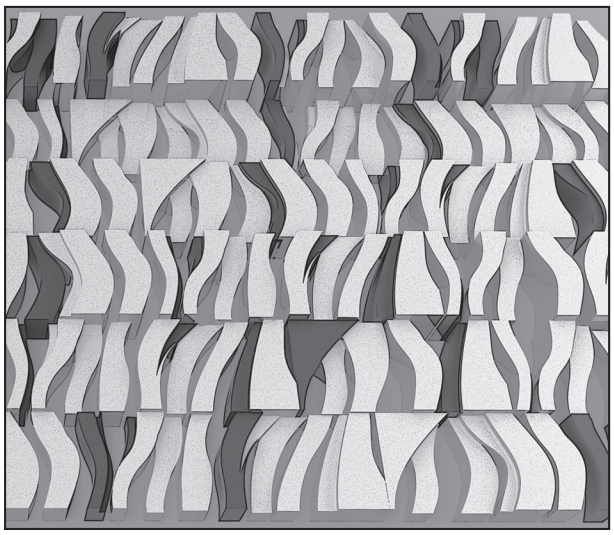
Revista

Superior Tribunal de Justiça



Publicação Oficial

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Volume 215, Ano 21
Julho/Agosto/Setembro 2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor
Ministro Felix Fischer

Chefe de Gabinete
Marcos Perdigão Bernardes

Assessora
Luciana Krissak Pinheiro Salum

Assistentes
Gerson Prado da Silva
Helena Maria Antunes de Oliveira e Silva
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim
Priscila Tentardini Meotti

Técnico em Secretariado
Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro
Jardesson Davi de Menezes Pereira

Estagiários
Edmir Gomes da Silva Júnior
Samuel da Mota Cardoso Oliveira

Superior Tribunal de Justiça
www.stj.jus.br, revista@stj.jus.br
Gabinete do Ministro Diretor da Revista
Setor de Administração Federal Sul, Quadra 6, Lote 1,
Bloco C, 2º Andar, Sala C-240, Brasília-DF, 70095-900
Telefone (61) 3319-8003, Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça – n. 1 -
Brasília: STJ, 1989
Trimestral
ISSN 0103-4286
1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil.
Superior Tribunal de Justiça

CDU 340.142(81)(05)

Revista

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Felix Fischer
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Cesar Asfor Rocha** *(Presidente)*
Ministro **Ari Pargendler** *(Vice-Presidente)*
Ministro **Nilson** Vital **Naves**
Ministro **Fernando Gonçalves**
Ministro **Felix Fischer** *(Diretor da Revista)*
Ministro **Aldir** Guimarães **Passarinho Junior**
Ministro **Gilson** Langaro **Dipp** *(Corregedor-Nacional de Justiça)*
Ministro **Hamilton Carvalhido**
Ministra **Eliana Calmon** Alves
Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto *(Corregedor-Geral da Justiça Federal)*
Ministra Fátima **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**
Ministro **Paulo** Geraldo de Oliveira **Medina**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Ministro José de **Castro Meira**
Ministra **Denise** Martins **Arruda**
Ministro **Arnaldo Esteves Lima**
Ministro **Massami Uyeda**
Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**
Ministra **Maria Thereza** Rocha **de Assis Moura**
Ministro Antônio **Herman** de Vasconcellos e **Benjamin**
Ministro **Napoleão** Nunes **Maia Filho**
Ministro **Sidnei** Agostinho **Beneti**
Ministro **Jorge Mussi**
Ministro Geraldo **Og** Nicéas Marques **Fernandes**
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Mauro** Luiz **Campbell Marques**
Ministro **Benedito Gonçalves**

Resolução n. 19-STJ, art. 3º.

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

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

Ministro **Cesar Asfor Rocha** *(Presidente)*
Ministro **Ari Pargendler** *(Vice-Presidente)*
Ministro **Nilson Naves**
Ministro **Fernando Gonçalves**
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Aldir Passarinho Junior**
Ministro **Gilson Dipp**
Ministro **Hamilton Carvalhido**
Ministra **Eliana Calmon**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Teori Albino Zavascki**

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

Ministro **Teori Albino Zavascki** *(Presidente)*

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

Ministra **Denise Arruda** *(Presidenta)*
Ministro **Hamilton Carvalhido**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Ministro **Benedito Gonçalves**

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

Ministro **Humberto Martins** *(Presidente)*
Ministra **Eliana Calmon**
Ministro **Castro Meira**
Ministro **Herman Benjamin**
Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

Ministro **Massami Uyeda** *(Presidente)*

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

Ministro **Sidnei Beneti** *(Presidente)*
Ministra **Nancy Andrighi**
Ministro **Massami Uyeda**
Ministro **Vasco Della Giustina***
Ministro **Paulo Furtado****

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

Ministro **Fernando Gonçalves** *(Presidente)*
Ministro **Aldir Passarinho Junior**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Luis Felipe Salomão**
Ministro **Honildo de Mello Castro** ***

* Desembargador convocado (TJ-RS)

** Desembargador convocado (TJ-BA)

*** Desembargador convocado (TJ-AP)

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

Ministra **Laurita Vaz** *(Presidenta)*

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

Ministro **Napoleão Maia Filho** *(Presidente)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Arnaldo Esteves Lima**
Ministro **Jorge Mussi**

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

Ministro **Nilson Naves** *(Presidente)*
Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**
Ministro **Og Fernandes**
Ministro **Celso Luiz Limongi***
Ministro **Haroldo Rodrigues****

* Desembargador convocado (TJ-SP) substituindo o Ministro Paulo Medina
** Desembargador convocado (TJ-CE)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Fernando Gonçalves** *(Presidente)*
Ministro **Felix Fischer**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministro **Castro Meira** *(Suplente)*

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro **Francisco Falcão** *(Presidente)*
Ministra **Laurita Vaz**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Ministro **Massami Uyeda** *(Suplente)*

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Aldir Passarinho Junior** *(Presidente)*
Ministro **Hamilton Carvalhido**
Ministra **Nancy Andrighi** *(Suplente)*

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Nilson Naves** *(Presidente)*
Ministro **Ari Pargendle**r
Ministro **Felix Fischer**
Ministra **Eliana Calmon**
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Felix Fischer** *(Corregedor-Geral)*
Ministro **Fernando Gonçalves** *(Efetivo)*
Ministro **Aldir Passarinho Junior** *(1º Substituto)*
Ministra **Eliana Calmon** *(2º Substituto)*

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Cesar Asfor Rocha** *(Presidente)*
Ministro **Ari Pargendler** *(Vice-Presidente)*

Membros Efetivos
Ministra **Eliana Calmon**
Ministro **Francisco Falcão**
Ministra **Lauria Vaz**
Juiz Jirair Aram Meguerian *(TRF 1ª Região)*
Juiz Paulo César M. Espirito Santo *(TRF 2ª Região)*
Juíza Marli Marques Ferreira *(TRF 3ª Região)*
Juiz Vilson Darós *(TRF 4ª Região)*
Juiz Luiz Alberto Gurgel de Faria *(TRF 5ª Região)*

Membros Suplentes
Ministro **Luiz Fux**
Ministro **João Otávio de Noronha**
Ministro **Teori Albino Zavascki**
Juiz Antônio Ezequiel da Silva *(TRF 1ª Região)*
Juíza Vera Lúcia Lima *(TRF 2ª Região)*
Juíza Suzana de Camargo Gomes *(TRF 3ª Região)*
Juiz Élcio Pinheiro de Castro *(TRF 4ª Região)*
Juiz Marcelo Navarro Ribeiro Dantas *(TRF 5ª Região)*



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

Corte Especial 15

Primeira Seção 95

Primeira Turma 135

Segunda Turma 219

Segunda Seção 347

Terceira Turma 387

Quarta Turma 481

Terceira Seção 601

Quinta Turma 631

Sexta Turma 727

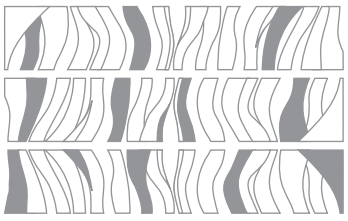
SÚMULAS 835

ÍNDICE ANALÍTICO 839

ÍNDICE SISTEMÁTICO 877

SIGLAS E ABREVIATURAS 883

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 889



Jurisprudência da **Corte Especial**

AGRAVO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA N. 2.496-US (2007/0081153-4)

Agravante: Refinadora Catarinense S/A
Advogado: Adriana Vieira de Resende e outro(s)
Agravado: IRB - Brasil Resseguros S/A e outros
Advogado: Antenor Pereira Madruga Filho e outro(s)
Jusrogante: Suprema Corte do Estado de Nova Iorque

EMENTA

Agravo regimental. Carta rogatória. Comparecimento espontâneo do interessado. Aplicação ao caso do art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil. Citação. Remessa dos autos à Justiça Federal. Ausência de necessidade.

- Nos termos do art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil, o comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação. Desnecessária, assim, a remessa dos autos à Justiça Federal para cumprimento do *exequatur*.

- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp e Paulo Gallotti.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Felix Fischer foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima.

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

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 03.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Trata-se de agravo regimental interposto pela Refinadora Catarinense S.A. contra decisão de seguinte teor (fls. 881-882):

> A Suprema Corte do Estado de Nova Iorque, Estados Unidos da América do Norte, solicitou, mediante esta carta rogatória, a citação da Refinadora Catarinense S.A., nos termos do texto rogatório de fls. 3-201.
>
> Concedido o *exequatur* (fls. 682-683), a interessada interpôs agravo regimental e embargos declaratórios, ambos rejeitados (fls. 837-845 e 858-861).
>
> O Instituto Brasileiro de Resseguros do Brasil S.A. - IRB, autor da ação em curso na Justiça americana, manifestou-se às fls. 865-868 para requerer a citação da interessada nos termos do Art. 13, § 3º, da Resolução n. 9/2005, segundo o qual 'quando cabível, o Presidente ou o Relator do Agravo Regimental poderá ordenar diretamente o atendimento à medida solicitada'.
>
> Às fls. 870-875, a interessada insurge-se contra o pedido do autor, por entender que o cumprimento do *exequatur* é da competência privativa do juiz federal, nos termos do Art. 109, X, da CF/1988.
>
> O Ministério Público Federal opina pelo deferimento do pedido do IRB, pois 'o art. 109-X da Constituição não impede que, quando cabível, o atendimento à medida solicitada pela Justiça estrangeira seja ordenado diretamente pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o § 3º do art. 13 da Resolução n. 9/2005 (quem pode o mais pode o menos)' (fl. 879).
>
> Decido:
>
> O sistema processual brasileiro é regido pelo princípio da instrumentalidade de formas. A nulidade do ato só se define quando não atinge suas finalidades, ou quando caracterizado o prejuízo às partes.
>
> Expressão desse princípio é o § 1º do Art. 214 do CPC, segundo o qual o comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação. No caso, a interessada tomou conhecimento do teor da comissão rogatória, a ponto de impugná-la e apresentar diversos recursos.

Acerca do tema, confiram-se os seguintes precedentes:

> 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 (REsp n. 772.648/Noronha).

> Não constitui nulidade a ausência de menção, na Certidão de Dívida Ativa, dos nomes dos sócios responsáveis, subsidiariamente, pelos débitos fiscais. Precedentes.
>
> 2. Silente a Lei de Execução Fiscal, deve ser aplicado, supletivamente, o Código de Processo Civil (art. 1º, Lei n. 6.830/1980), razão pela qual, ausente a regular citação do Executado, tem-se por suprida a nulidade com seu comparecimento espontâneo, a teor do art. 214, § 1º, do referido *Codex*.
>
> 3. Malgrado a falta do ato citatório, não houve qualquer prejuízo para o devedor, uma vez que este ofereceu embargos, exercitando plenamente seu direito de defesa.
>
> 4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 208.409/Laurita).

> O comparecimento espontâneo da parte e a ausência de comprovação do prejuízo, suprem o eventual defeito de citação (REsp n. 170.683/Humberto).

A Corte Especial, ao julgar caso semelhante ao dos autos, enfrentou o tema:

> – A simples citação, por si só, não apresenta qualquer situação de afronta à ordem pública ou à soberania nacional, destinando-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso e a permitir a defesa do interessado.
>
> – O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, pois ausente o prejuízo à parte que, à evidência, tomou conhecimento da comissão rogatória.
>
> Agravo improvido (AgRg na CR n. 544/Barros Monteiro).

> Diante do comparecimento espontâneo da interessada, entendo já ter sido cumprida esta comissão rogatória (Art. 214, § 1º do Código de Processo Civil e do Art. 13, § 3º, da Resolução n. 9/2005).
>
> Após o trânsito em julgado, devolvam-se os autos à Justiça rogante, por intermédio do Ministério da Justiça (Art. 14 da mencionada Resolução).

No recurso, a agravante sustenta que a aplicação ao caso do disposto no art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil e a dispensa de remessa dos autos à Justiça Federal representaria violação do princípio do juiz natural, bem como do art. 109, inciso X, da Constituição Federal, pois "compete, exclusivamente, ao juiz federal proceder à execução da Carta Rogatória que, no caso em tela, implica na prática dos atos necessários para promover a citação pessoal do Agravante". Reputa violado, ainda, o art. 13 da Resolução n. 9/2005 deste Tribunal, segundo o qual a "carta rogatória, depois de concedido o *exequatur*, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente" (fl. 880).

Em memorial, a recorrente argumenta acerca da incerteza gerada no caso concreto quanto ao início do prazo para contestação e cogita a possibilidade de prejuízo em razão do eventual decurso desse prazo na Justiça rogante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Insurge-se a interessada contra a determinação desta Presidência de dispensar a remessa dos autos à Justiça Federal para a sua citação pessoal. A decisão aplicou o disposto no art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil, que condiciona a validade do processo à citação do réu, mas estatui que o seu comparecimento espontâneo supre a falta de tal ato. Na ocasião, entendeu-se que o interessado atuou nos autos desde a intimação prévia, quando apresentou impugnação à carta rogatória e, após a concessão do *exequatur,* interpôs agravo regimental e embargos declaratórios, ambos rejeitados por esta Corte.

É cediço que o sistema processual rege-se pelo princípio da instrumentalidade de formas, segundo o qual as formalidades são afastadas quando o ato atinge sua finalidade, e a nulidade é declarada apenas quando presente o prejuízo às partes.

Cito, a propósito, os seguintes julgados:

Recurso especial. Ação rescisória. Violação. Lei federal. Princípio da justa indenização. Citação dos réus. Comparecimento espontâneo.

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 (REsp n. 772.648-PR, publicado no DJ de 13.03.2006, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha).

Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Sócios. Nome. Menção. Certidão da Dívida Ativa. Desnecessidade. Citação. Ausência. Devedor. Comparecimento espontâneo. Suprimento. Falta de prejuízo. Recurso conhecido e provido.

1. Não constitui nulidade a ausência de menção, na Certidão de Dívida Ativa, dos nomes dos sócios responsáveis, subsidiariamente, pelos débitos fiscais. Precedentes.

2. Silente a Lei de Execução Fiscal, deve ser aplicado, supletivamente, o Código de Processo Civil (art. 1º, Lei n. 6.830/1980), razão pela qual, ausente a regular citação do Executado, tem-se por suprida a nulidade com seu comparecimento espontâneo, a teor do art. 214, § 1º, do referido *Codex*.

3. Malgrado a falta do ato citatório, não houve qualquer prejuízo para o devedor, uma vez que este ofereceu embargos, exercitando plenamente seu direito de defesa.

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 208.409-CE, publicado no DJ de 04.11.2002, Segunda Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz).

Agente de viagens. Representação. Nulidade. Citação. Art. 12, VIII, CPC. Súmula n. 7-STJ. Comparecimento espontâneo. Prejuízo não demonstrado.

- Em recurso especial não se reexaminam provas (Súmula n. 7).

- O comparecimento espontâneo da parte e a ausência de comprovação do prejuízo, suprem o eventual defeito de citação (REsp n. 170.683-SP, publicado no DJ de 17.05.2004, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).

A Corte Especial, em outras comissões, enfrentou a questão e confirmou a possibilidade de aplicação desse entendimento às cartas rogatórias que tenham por objetivo a citação. Confiram-se os precedentes:

> Carta rogatória. Agravo regimental. Diligência rogada. Citação. Aplicação do art. 214, § 1º, do CPC. Prejuízo à defesa, ofensa à ordem pública e à soberania nacional. Inocorrência.
>
> – A simples citação, por si só, não apresenta qualquer situação de afronta à ordem pública ou à soberania nacional, destinando-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso e a permitir a defesa do interessado.
>
> – O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, pois ausente o prejuízo à parte que, à evidência, tomou conhecimento da comissão rogatória.
>
> Agravo improvido (CR n. 544-EX, publicado no DJ de 06.08.2007, Corte Especial, Relator Ministro Barros Monteiro).

> Carta rogatória. Agravo regimental. Nulidade da intimação prévia. Inocorrência.
>
> – O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de intimação.
>
> – Ausência de prejuízo à parte que, de todo modo, tomou conhecimento da comissão rogatória.
>
> Agravo improvido (AgRg na CR n. 327-BE, publicado no DJ de 11.09.2006, Corte Especial, Relator Ministro Barros Monteiro).

No caso, de forma induvidosa, a recorrente tomou conhecimento do pedido de citação formulado na carta rogatória, a ponto de impugná-la e apresentar diversos recursos. Ausente, assim, cerceamento de defesa por desconhecimento do conteúdo da comissão.

Ademais, a remessa dos autos à Justiça Federal faz-se necessária apenas quando pendente o cumprimento do *exequatur*, podendo o Presidente determinar diretamente o atendimento da medida solicitada. A própria Resolução n. 9/2005 deste Tribunal assim o prevê em seu art. 13, *in verbis*:

> Art. 13 A carta rogatória, depois de concedido o *exequatur,* será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente.
>
> (...)
>
> § 3º Quando cabível, o Presidente ou o Relator do Agravo Regimental poderá ordenar diretamente o atendimento à medida solicitada.

Na hipótese, não há mais o que ser cumprido, pois o comparecimento espontâneo da interessada supriu a necessidade de citação. A remessa da comissão à Justiça Federal atenta contra os princípios da celeridade e economia processual.

Diante disso, tenho por improsperável o inconformismo.

Contudo, diante das peculiaridades do caso concreto, a fim de evitar eventuais prejuízos à defesa da recorrente na Justiça rogante, considero consumada a sua citação na data da publicação deste acórdão.

Com tais considerações, nego provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA N. 1.922-PR (2008/0272549-2)

Relator: Ministro Presidente do STJ
Agravante: Associação dos Serventuários da Justiça do Estado do Paraná - Assejepar
Advogado: Walter Borges Carneiro e outro(s)
Agravado: Estado do Paraná
Procurador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho e outro(s)
Requerido: Desembargador Relator do Mandado de Segurança n. 4794081 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

EMENTA

Agravo regimental. Suspensão de segurança deferida. Portaria da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná. Estruturação das serventias judiciais não estatizadas. Efeitos restabelecidos.

– Na linha do entendimento firmado por esta Corte Especial, para efeito do cabimento do pedido de suspensão, não há necessidade de interpor recurso contra a decisão monocrática impugnada.

– A decisão do Tribunal *a quo* que suspendeu liminarmente a Portaria n. 140, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, a qual dispõe sobre a estruturação das varas e sobre o recolhimento das custas e emolumentos, em cumprimento à deliberação do CNJ, mostra-se contrária ao interesse público e prejudicial à população e à administração judiciária, lesiva, portanto, aos valores tutelados pela Lei n. 4.348/1964.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 12.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Agravo regimental interposto pela Associação dos Serventuários da Justiça do Estado do Paraná – Assejepar, em 10.12.2008, contra a decisão de fls. 254-257, publicada em 09.12.2008 (fl. 259), na qual deferi o presente pedido assim:

> O Estado do Paraná ingressa com o presente pedido para suspender a decisão do Desembargador Relator do Mandado de Segurança n. 479.408-1-TJPR, que deferiu a liminar requerida pela impetrante, Associação dos Serventuários da Justiça do Paraná - Assejepar, para sustar os efeitos do Provimento n. 140, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, dispondo sobre a estrutura das varas e do recolhimento de custas e emolumentos.
>
> Sustenta que 'a liminar que suspendeu os efeitos do provimento está a impedir que o Poder Judiciário do Estado do Paraná possa ter acesso ao valor arrecadado com custas judiciais. Com isso, não tem condições de prever a capacidade financeira do Estado, e das próprias serventias ainda não oficializadas, para suportar os custos de um modelo adequado de estrutura dos cartórios judiciais. Assim, inviabiliza que o Poder Judiciário do Paraná implemente as medidas imprescindíveis não só ao bom desempenho de suas funções, com vistas a

uma eficiente prestação jurisdicional, como também a realização dos estudos necessários à oficialização dos cartórios judiciais. É que, sem conhecer as reais condições dos cartórios e sua efetiva movimentação financeira, o Estado não tem como programar uma estrutura adequada e eficiente' (fl. 12).

Esclarece, ainda, que 'o Provimento simplesmente dispõe sobre a organização das serventias não estatizadas, mediante regras cuja efetivação se mostra imprescindível ao cumprimento da decisão do Conselho Nacional de Justiça que 'declarou estabilizadas todas as serventias judiciais indevidamente providas no Estado do Paraná, a partir de 05 de outubro de 1988' e determinou a *'estatização imediata, com a adoção de providências decorrentes'* (fl. 19). A decisão referida foi proferida, segundo o requerente, no Procedimento de Controle Administrativo n. 200810000013759 (cf. fls. 13-14).

Sobre o tema de mérito do mandado de segurança, alega o requerente que, ao contrário do que afirma a impetrante, 'o Provimento n. 140 *não disciplina responsabilidade civil ou penal dos notários*. Simplesmente prevê que, na eventual hipótese do descumprimento de suas normas, o 'magistrado em exercício na vara baixará portaria, instaurando processo administrativo disciplinar, *nos termos do que prevêem* o Código de Organização e Divisão Judiciárias e o Acórdão n. 7.556-CM' (fls. 17-18). Igualmente, o provimento em debate 'não implica redução dos vencimentos ou da remuneração dos serventuários da justiça' (fl. 18), não havendo obrigatoriedade de ouvir os servidores expressamente para que sejam implantadas as providências determinadas. Enfim, diz que o Provimento n. 140 está 'dentro dos limites das atribuições da Corregedoria-Geral da Justiça' (fl. 19).

Entendo que o presente requerimento preenche os requisitos legais para o seu deferimento.

Sem apontar qualquer ilegalidade flagrante na portaria impugnada no mandado de segurança, o Desembargador Relator deferiu a liminar mediante a seguinte fundamentação:

> Pois bem, num juízo provisório, em um primeiro momento, se mostram presentes os requisitos para a concessão da liminar pretendida (art. 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951).
>
> Com efeito, o *fumus boni iuris*, que consiste na probabilidade de existência do direito afirmado, no caso em exame, se externa na plausibilidade das alegações do Impetrante, mormente no respeitante a discussão acerca da possibilidade de ato administrativo, editado pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Paraná, regular a matéria.
>
> Ainda, resta configurado o *periculum in mora*, pelo fato de que o item 1.18.4 do Provimento n. 140 estabeleceu o prazo de 90 (noventa) dias para a respectiva adequação, sob pena sofrer processo administrativo disciplinar (item 1.18.7), e, tendo em vista que o presente mandado de segurança discute a legalidade do Provimento, e que seu final julgamento pode se

> estender além do prazo concedido para que se efetue as modificações, é necessária a suspensão de seus efeitos até a decisão final (fls. 82-84).
>
> Ocorre que a Portaria n. 140, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, reproduzida às fls. 3-7 e 23-26, busca padronizar as serventias judiciais não estatizadas, estabelecendo, ainda, normas relativas ao recolhimento de custas e despesas processuais para efeito de um maior controle por parte da Administração Judiciária. Somente assim é que, de fato, conforme alega o requerente, será possível fixar novas exigências, complexas ou não, quanto à organização das serventias, observados os custos das alterações necessárias diante das receitas auferidas.
>
> Tem-se, com isso, que a ausência de transparência na atividade cartorária inviabiliza mudanças profundas e indispensáveis, na exata medida frente à realidade, o que, sem dúvida, prejudica a população dependente de serviços de qualidade das respectivas serventias. Ademais, inolvidável que a estatização é um comando constitucional.
>
> Por outro lado, a decisão concessiva da liminar não demonstra, concretamente, quais são as dificuldades intransponíveis e os danos irreparáveis trazidos às serventias pelas modificações contidas na Portaria n. 140. Nesse caso, o interesse público deve prevalecer para evitar grave dano à ordem e à economia públicas.
>
> Se tanto não bastasse, o fundamento contido na liminar relativo ao *periculum in mora* está prejudicado, tendo em vista que as informações já foram prestadas (fls. 116-138), o Ministério Público já ofereceu o seu parecer pela denegação da segurança (fls. 146-177) e o Relator, em 07.10.2008, determinou que o feito seja incluído na pauta de julgamento (fl. 240).
>
> Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a liminar deferida no Mandado de Segurança n. 479.408-1 até o seu julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
>
> Comunique-se, com urgência, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
>
> Publique-se.

A agravante relata todo o feito em trâmite no Tribunal *a quo* (fls. 266-272) e sustenta que, "não tendo o Estado do Paraná aparelhado no momento próprio o recurso de agravo regimental perante o Tribunal de Justiça do Paraná, não pode, agora, sobrepondo-se à preclusão decorrente da não impugnação no juízo *a quo*, pretender desconstituir o ato do relator através do incidente de suspensão de segurança" (fl. 275). Além disso, não estão presentes os pressupostos enunciados no art. 4º da Lei n. 4.348/1964, já que não caracterizado o risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Ressalta que o "Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vem gestionando junto à Assembléia Legislativa Local, obtendo sucesso na criação do chamado 'Fundo da Justiça' (Lei Estadual n. 15.942, de 03 de setembro de 2008) para assegurar sustentabilidade ao sistema a ser oficializado, e onde se encontra tramitando anteprojeto de lei regulamentando o provimento de serventias vagas, providências que por si só fazem desmerecer toda a argumentação apresentada pelo Estado do Paraná" (fl. 280).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Na decisão agravada, deferi o pedido formulado pelo Estado do Paraná "para suspender a liminar deferida no Mandado de Segurança n. 479.408-1 até o seu julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná" (fl. 256). Com isso, ficou restabelecida a efetividade do Provimento n. 140, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, que dispõe sobre a estrutura das varas e do recolhimento de custas e emolumentos.

Preliminarmente, anoto que, consultando o *site* daquele Tribunal de Justiça, observei que o Mandado de Segurança n. 479.408-1 não foi ainda julgado, razão pela qual a decisão ora agravada permanece surtindo efeitos.

A alegação de descabimento de suspensão neste Tribunal por ausência de interposição de recurso contra a decisão ora atacada deve ser repelida. Na linha da jurisprudência firme desta Corte Especial, para efeito do cabimento do pedido de suspensão, não há necessidade de interpor recurso contra a decisão monocrática impugnada:

> Processual Civil. Decisão agravada. Irregularidade na intimação. Ausência de prejuízo. CPC, art. 249, § 1º. Superação. Suspensão de liminar e de sentença. Grave lesão à economia do Município requerente. Liminar confirmada.
>
> - Interposto recurso contra a decisão agravada, tempestivamente, tem-se por superada a irregularidade apontada pelo agravante, no tocante à ausência de seu nome na publicação no Diário da Justiça.
>
> - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, assim como a eg. Corte Especial desta Corte tem firmado sua competência para apreciar pedido de suspensão de liminar e de sentença manifestado contra decisão monocrática proferida na instância de origem pelo relator de apelação ou agravo de instrumento,

independente da prévia interposição de agravo interno para o órgão colegiado. (Precedente: AgRg na Pet n. 2.455-9, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1º.10.2004).

- A paralisação das obras de um *shopping center* e do complexo viário nas suas proximidades, devidamente autorizada pelas autoridades públicas competentes, e em vias de ser entregue à população, tem o condão de causar prejuízos à economia municipal, especialmente quando considerado o desenvolvimento que trará ao comércio local, com reflexos na geração de empregos, aumento da arrecadação de impostos, etc.

- Subsistentes os motivos que levaram ao deferimento da liminar requerida no presente incidente pela municipalidade, rejeitam-se os agravos regimentais (AgRg na SLS n. 299-SC, publicado em 29.06.2007, Relator o Ministro Peçanha Martins).

Suspensão de liminar ajuizada diretamente no Superior Tribunal. Afirmação da competência. Agravo de instrumento interposto na origem. Efeito ativo concedido pelo Relator. Antecipação de tutela restabelecida.

1. Por estar aberta a competência do Superior Tribunal, nele é viável o pedido de suspensão de liminar concedida pelo Relator em agravo de instrumento, mesmo que ainda não apreciado pelo colegiado de origem ou, no caso de interposto agravo interno, pendente de julgamento.

2. Em hipóteses tais, também a fim de se garantir a efetividade da tutela urgente buscada pela pessoa jurídica de direito público, é desnecessário o esgotamento da instância ordinária para que o ente público ajuíze aqui pedido visando à suspensão de decisão que repute causadora de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, que foi provido com o propósito de se reconhecer a competência do Superior Tribunal para apreciar o pedido de suspensão e de se devolverem os autos à Presidência a fim de que decida o pedido (EDcl no AgRg no AgRg na SL n. 26-DF, publicado em 02.04.2007, Relator originário o Ministro Barros Monteiro e Relator para acórdão o Ministro Nilson Naves).

Assim, a presente suspensão de liminar é cabível, sendo irrelevante a existência, ou não, de agravo interno contra a decisão concessiva da liminar no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Quanto aos requisitos para o deferimento da suspensão, reitero a possibilidade de grave dano à ordem e à economia públicas. Consoante afirmei na decisão ora agravada, "a Portaria n. 140, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, reproduzida às fls. 3-7 e 23-26, busca padronizar as serventias judiciais não estatizadas, estabelecendo, ainda, normas relativas ao recolhimento de custas e despesas processuais para efeito de um maior controle por parte

da Administração Judiciária. Somente assim é que, de fato, conforme alega o requerente, será possível fixar novas exigências, complexas ou não, quanto à organização das serventias, observados os custos das alterações necessárias diante das receitas auferidas".

A transparência nas contas e na atividade cartorária, buscada na Portaria n. 140, é que viabilizará as alterações indispensáveis ao melhoramento do serviço dos cartórios na exata medida, em face da realidade deles.

Nesse sentido, a decisão do Tribunal *a quo* que suspendeu os efeitos da referida portaria afronta o interesse público e prejudica a população usuária dos serviços cartorários e a administração judiciária, mostrando-se, por isso, lesiva aos valores tutelados pela Lei n. 4.348/1964.

A motivação acima, apresentada na decisão agravada, nem mesmo foi impugnada no regimental, tendo a agravante apresentado alegações genéricas quanto à ausência do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 978.782-RS (2009/0008948-5)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Embargante: Luciano Coelho
Advogado: Maurício Levenzon Unikowski e outro(s)
Embargado: Brasil Telecom S/A
Advogados: Jorge Rojas Carro e outro(s)
Rafael Magalhães Ferreira e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Recursos. Preparo. Matéria de ordem pública. Preclusão. O preparo do recurso é matéria cujo conhecimento independe da provocação da parte e, sendo de ordem pública, não se sujeita à preclusão. Embargos de divergência conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Nilson Naves. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 15.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: A Quarta Turma, relator o Ministro Fernando Gonçalves, negou provimento ao agravo regimental em acórdão assim ementado:

> Agravo regimental. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Valor patrimonial das ações. Balancete mensal. 1. A Segunda Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 975.834-RS, DJ de 26.11.2007, da relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa, firmou o entendimento no sentido de que o contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao seu valor patrimonial na data da contratação, apurado mediante balancete do mês do primeiro ou único pagamento. 2. Agravo regimental desprovido (fl. 365).

Lê-se no voto condutor, no que aqui interessa:

> De início, no que tange ao incidente de nulidade, assinalando haver descompasso entre o número do código de barras do comprovante de pagamento do porte de remessa e retorno e aquele constante da GRU, cumpre esclarecer que eventual vício existente no recolhimento das custas deve ser articulado e provado no devido tempo, no caso, nas contra-razões, primeira oportunidade que a parte teve acesso aos autos (art. 245 do Código de Processo

> Civil). Não tendo adotado esta providência, não é adequado fazê-lo depois de conferida à causa um resultado desfavorável (fl. 362).

Os presentes embargos de divergência apontam como paradigma o seguinte julgado:

> Tributário. Processual Civil. Execução fiscal. Anistia parcial. Art. 511 do CPC. Súmula n. 7-STJ.
>
> 1. Havendo análise da matéria suscitada nos autos, afasta-se a alegada afronta ao artigo 535 do CPC.
>
> 2. O preparo recursal é condição de recorribilidade, ou seja, pressuposto recursal específico, cujo conhecimento independe de alegação da parte. Tratando-se de matéria de ordem pública, não se sujeita à preclusão. Precedentes.
>
> 3. A comprovação do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, deve ser realizada no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção, a teor do que preceitua o art. 511 do CPC.
>
> 4. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula n. 7-STJ).
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido (REsp n. 810.410-AL, Segunda Turma, relator o Ministro Castro Meira, DJ de 28.06.2006).

Os embargos de divergência foram impugnados (fls. 442-446).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): O *thema decidendum* refere-se à natureza jurídica do preparo recursal, se matéria de ordem pública ou não, e à conseqüente necessidade de a parte indicar, no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, eventual irregularidade no seu recolhimento.

Salvo melhor juízo, a divergência está caracterizada e deve ser dirimida na linha do que foi decidido no acórdão paradigma, *in verbis*:

> O preparo recursal é condição de recorribilidade, ou seja, pressuposto recursal específico, cujo conhecimento independe de alegação da parte. Tratando-se de matéria de ordem pública, não se sujeita à preclusão (fl. 362).

Voto, por isso, no sentido de conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento para julgar deserto o recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, com a devida vênia do Sr. Ministro Relator, entendo que, se não foi alegado pela parte a falta do preparo ou qualquer equívoco, há que se conhecer da matéria de ofício na instância extraordinária apenas naqueles casos previstos na lei, como por exemplo, prescrição e outras matérias. No caso, não houve arguição, até porque esse problema do preparo no Tribunal é algo novo.

Não conheço da divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, peço vênia para acompanhar o voto do eminente Sr. Ministro Relator por entender que a questão é de ordem pública, porque se trata de um preparo legal que é condição para a admissibilidade do recurso, ressalvado, é claro, o exame individualizado da situação concreta de cada caso em que se alega a deserção.

Na tese, em si, quanto à possibilidade de exame de ofício pelo julgador da existência ou não, da suficiência ou não do preparo, acompanho V. Exa.

Conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento para julgar deserto o recurso especial.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.048.043-SP (2008/0270738-1)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo
Procurador: Waldir Francisco Honorato Junior e outro(s)
Embargado: Toro Indústria e Comércio Ltda
Advogada: Patrícia H. Nadalucci e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência. Direito Processual Civil. Exceção de pré-executividade julgada improcedente. Honorários advocatícios. Incabimento.

1. Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade julgada improcedente.

2. Precedentes.

3. Embargos de divergência conhecidos e rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp. Licenciada a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 17 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 29.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de divergência interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo contra acórdão da Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> Execução fiscal. Exceção de pré-executividade julgada improcedente. Honorários advocatícios. Não-cabimento. Precedentes.
>
> 1. A eventual nulidade da decisão monocrática, calcada no artigo 557 do CPC, fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de

> agravo regimental, como bem analisado no REsp n. 824.406-RS de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.05.2006.
>
> 2. "É cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade apresentada no executivo fiscal, somente nos casos de acolhimento do incidente." (REsp n. 1.014.560-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 06.08.2008).
>
> Agravo regimental improvido.

Alega a embargante divergência com aresto proferido pela Segunda Seção, no EREsp n. 756.001-RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, sumariado da seguinte forma:

> Exceção de pré-executividade. Julgamento de improcedência. Honorários de advogado.
>
> 1. Presente a improcedência da exceção de pré-executividade após a devida impugnação, configura-se a sucumbência sendo, portanto, cabível a condenação em honorários.
>
> 2. Embargos conhecidos e providos.

Aduz que ambos os casos versam sobre a possibilidade de imposição de honorários advocatícios em face do julgamento de improcedência de exceção de pré-executividade em que houve contraditório, havendo a Segunda Turma afirmado o incabimento da condenação na verba honorária e a Segunda Seção decidido pelo cabimento da aludida verba, não se podendo negar ao advogado o direito de receber pelos serviços prestados.

Os embargos foram admitidos por haver, em princípio, dissídio jurisprudencial acerca do cabimento da condenação em honorários advocatícios quando julgada improcedente exceção de pré-executividade, em razão do prosseguimento da execução.

Em contrarrazões, alega a embargada que a exceção de pré-executividade não possui natureza de ação, mas sim de incidente processual, que possui regra específica acerca do incabimento de verba honorária e que, somente quando tem como consequência a extinção do processo executivo, a exceção dá ensejo à condenação do vencido em verbas sucumbenciais.

O Ministério Público Federal veio pelo provimento dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, embargos de divergência interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo contra acórdão da Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> Execução fiscal. Exceção de pré-executividade julgada improcedente. Honorários advocatícios. Não-cabimento. Precedentes.
>
> 1. A eventual nulidade da decisão monocrática, calcada no artigo 557 do CPC, fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, na via de agravo regimental, como bem analisado no REsp n. 824.406-RS de Relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, em 18.05.2006.
>
> 2. "É cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade apresentada no executivo fiscal, somente nos casos de acolhimento do incidente." (REsp n. 1.014.560-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.06.2008, DJe 06.08.2008).
>
> Agravo regimental improvido.

Assim decidindo, alega a embargante, divergiu o acórdão embargado do aresto da Segunda Seção, no EREsp n. 756.001-RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, sumariado da seguinte forma:

> Exceção de pré-executividade. Julgamento de improcedência. Honorários de advogado.
>
> 1. Presente a improcedência da exceção de pré-executividade após a devida impugnação, configura-se a sucumbência sendo, portanto, cabível a condenação em honorários.
>
> 2. Embargos conhecidos e providos.

É que, enquanto a 2ª Turma julgou ser incabível a condenação na verba honorária em exceção de pré-executividade julgada improcedente por se tratar de mero incidente, admitindo-a apenas nos casos de acolhimento do incidente, a 2ª Seção decidiu pelo cabimento da aludida verba em razão da existência de contraditório e com base no princípio da causalidade.

Numa palavra, situa-se a divergência em se é cabível a verba honorária em exceção de pré-executividade julgada improcedente.

Manifesta a divergência entre julgados de Seção e de Turma pertencente a Seção diversa, devidamente comprovada na forma do disposto no artigo 255,

parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, conheço dos presentes embargos de divergência.

Acerca do tema, é certo que os embargos à execução, para impugnação de título executivo, dependem da garantia do juízo e constituem ação autônoma. Doutrina e jurisprudência admitem, contudo, a impugnação, sem a necessidade de penhora ou depósito, quando se cuidar de questão que possa ser conhecida de ofício pelo Juiz em qualquer tempo e não demande dilação probatória.

Em casos tais, a impugnação ocorre por meio de simples petição nos próprios autos e possui natureza de mero incidente processual, para o qual a lei processual não prevê o cabimento de honorários advocatícios, ao dispor:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
>
> § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

Comentando o aludido dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery arrematam que "O vencido no incidente processual deve arcar com as despesas dele decorrentes. No entanto, não há condenação em honorários de advogado em incidente processual." (Código de Processo Civil Comentado, 7ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 380).

Solução diversa, somente tem lugar, vale dizer, somente tem cabida a incidência de honorários em incidentes tais, quando resolvem a execução, pondo-lhe fim em provimento com força de definitividade, pois que, aí, o incidente revela pretensão autônoma e efetiva sucumbência.

Tem-se, assim, que, tratando-se a objeção à executividade, ou exceção de pré-executividade, em regra, de mero incidente processual, não é cabível a condenação em honorários advocatícios, se não resulta na extinção do processo executivo.

A propósito do tema, veja-se a doutrina de Yussef Said Cahali:

> (...)
>
> No sistema processual do Código de 1939, o adjetivo (sentença final), com um conceito restrito de causa, levou o Tribunal de Justiça de São Paulo a proclamar que o art. 64 não se aplicava aos processos incidentes: 'Somente incidirá na decisão final da causa principal, quando se apreciam todas as questões discutidas,

inclusive as incidentes, apurando-se então a sucumbência das partes em toda a sua extensão.

O novo Código de Processo refere-se simplesmente à sentença, sem atribuir-se qualquer qualificativo, como sendo o provimento judicial com que se 'condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios' (art. 20); entendendo-se, porém, como a sentença final ou definitiva, do Direito anterior e da doutrina.

Segue-se, porém, o primeiro parágrafo que, se não for interpretado em consonância com o todo do dispositivo e divorciado do sistema do processo, pode degenerar em contradições, ao estatuir que 'o juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido'.

Inobstante o teor da disposição legal, trata-se, em realidade de caso em que não tem aplicação a regra da sucumbência, mas, sim e exatamente, o princípio da causalidade, senão, mesmo, da culpa.

(...)

Pois, antecipando o que melhor será examinado oportunamente (cap. XII), referindo-se especificamente o § 1º do art. 20 a despesas, nestas não se incluem necessariamente - segundo a pretensa linguagem técnica do novo Código de Processo Civil - os honorários de advogado; o que, aliás, é realçado pelo próprio Pontes de Miranda.

Entenda-se, pois - e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida - que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidi-lo, condenará nas despesas, e só nelas, sem, portanto, a condenação em honorários de advogado (base na regra da sucumbência do art. 20), aquele que o provocou, que lhe deu causa inutilmente.

(...)

Em linha de princípio, tem-se que, na técnica do novo Código de Processo, qualifica-se como incidente toda e qualquer questão suscitada no curso do processo e que se resolve através de um provimento judicial sem as características de uma sentença. As questões suscitadas, e que, *acolhidas*, determinam a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), e bem assim a extinção do processo com julgamento de mérito (art. 269), como provimento judicial de que caberá apelação (art. 515), passam a constituir a questão principal na decisão da lide, resolvida sob a forma de provimento final e definitivo sob forma de sentença; e, como tal, a carga de responsabilidade das custas e dos honorários de advogado se faz segundo a regra do art. 20, *caput*.

(...)

Mas, retomados os critérios convencionais antes enunciados, qualificam-se como questões incidentes aquelas resolvidas mediante simples despacho

> de expediente ou decisão interlocutória, sem que ponham termo ao processo principal. E, como incidentes resolvidos durante a tramitação do feito, apenas ensejam o reembolso das custas, sem condenação em honorários de advogado. Exemplificativamente, se o juiz defere o processamento da inicial; se o juiz deixa de declarar extinto o processo, mesmo que tenha ficado parado durante mais de um ano, por negligência das partes, ou quando, por não promover os atos e diligências que lhe competiam, o autor houver abandonado a causa por mais de 30 dias; se o juiz admite, em princípio, a ocorrência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; se o juiz rejeita a alegação de perempção, litispendência e de coisa julgada; se o juiz admite, em princípio, a ocorrência das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; se o juiz deixa de homologar desistência da ação; se o juiz recusa declarar extinto o processo, determinando o seu prosseguimento, não considerando que a ação seria intransmissível. Portanto, em todos aqueles casos em que o juiz deixa de declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito, como lhe seria permitido na forma do art. 267 do código, determinando assim o seu regular prosseguimento. (*in* Honorários Advocatícios, 2ª ed., RT, p. 215-220).

Nesse sentido, colhem-se reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, dos quais extraio os seguintes:

> Agravo regimental. Recurso especial. Processo Civil. Exceção de pré-executividade rejeitada. Honorários de sucumbência. Não incidência. Agravo improvido.
>
> 1. Esta Corte possui o entendimento de que a exceção de pré-executividade rejeitada não impõe ao excipiente condenação em ônus sucumbenciais, pois, nesse caso, há o prosseguimento da execução.
>
> 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.097.822-RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *in* DJe 04.05.2009).

> Processual Civil e Tributário. Dispositivos legais que não contêm comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. Súmula n. 284-STF. Exceção de pré-executividade. Improcedência. Incidência de honorários advocatícios. Descabimento. Precedentes desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.083.532-MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *in* DJe 30.03.2009).

> Processual Civil. Exceção de pré-executividade rejeitada. Honorários advocatícios. Não-cabimento.
>
> 1. São indevidos honorários advocatícios em Exceção de Pré-executividade rejeitada. Precedentes do STJ.

2. Não pode o referido incidente ser equiparado aos embargos à execução para fins de fixação de verba honorária, pois não há necessidade de constituição de novo patrono.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp n. 679.242-RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *in* DJe 11.03.2009).

Processual Civil. Exceção de pré-executividade. Rejeição. Não cabimento de honorários advocatícios.

1. A sucumbência, por força da exceção de pré-executividade, pressupõe extinção total ou parcial da execução, não incindindo quando há prosseguimento da execução fiscal, com possibilidade de interposição de embargos à execução.

2. A exceção de pré-executividade rejeitada não impõe ao excipiente condenação em ônus sucumbenciais (Precedentes do STJ: AgRg no REsp n. 999.417-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 1º.04.2008, DJ 16.04.2008; REsp n. 818.885-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.03.2008, DJ 25.03.2008; EDcl no REsp n. 698.026-CE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.02.2006; e AgRg no Ag n. 489.915-SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02.03.2004, DJ 10.05.2004).

3. Recurso especial desprovido. (REsp n. 806.362-PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, *in* DJe 06.10.2008).

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Condenação em honorários advocatícios. Cabimento somente nas hipóteses de acolhimento do incidente.

1. É cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade apresentada no executivo fiscal, somente nos casos de acolhimento do incidente com a extinção do processo executivo.

2. Verificada a rejeição da exceção de pré-executividade, indevida é a verba honorária, devendo a mesma ser fixada somente no término do processo de execução fiscal.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp n. 818.885-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *in* DJe 25.03.2008).

Processual Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Improcedência. Verba honorária. Incabível. Art. 20, § 1º, do CPC.

I. Improcedente o incidente de exceção de pré-executividade, devido o pagamento das despesas respectivas pelo peticionário à parte contrária, mas não de honorários, haja vista o prosseguimento da execução (art. 20, § 1º, do CPC), sem que tenha termo o processo.

II. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (REsp n. 694.794-RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *in* DJ 19.06.2006).

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. FGTS. Exceção de pré-executividade. Honorários advocatícios. Extinção da execução. Cabimento. Precedentes da Corte.

1. A questão posta nos autos resume-se ao cabimento de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade. O acórdão atacado excluiu a CEF da condenação à verba honorária por entender que como não houve redirecionamento, tampouco responsabilização do recorrente, a exceção sequer deveria ter sido acolhida pelo juízo de primeiro grau. Ademais, ressaltou que os honorários advocatícios só serão devidos quando o acolhimento da exceção de pré-executividade gerar a extinção da execução, hipótese esta inocorrente nos autos.

2. Discordo do entendimento do colendo Tribunal *a quo*. Primeiro porque a inclusão do nome do particular no rol dos co-obrigados, mesmo por equívoco da exeqüente, gerou naquele a necessidade de contratar advogado com o desiderato de demonstrar sua ilegitimidade passiva. Segundo porque, no caso dos autos, o acolhimento da exceção de pré-executividade gerou a extinção do feito executório, embora tão-somente para a pessoa do excipiente. Não vislumbro qualquer empecilho à condenação da vencida nos ônus da sucumbência. Não seria razoável tolher a parte vencedora do recebimento da verba honorária, fazendo-a retirar do próprio patrimônio os recursos para a remuneração do procurador que fora obrigada a contratar.

3. A jurisprudência desta Corte vem consolidando-se no sentido de admitir a condenação em honorários advocatícios nos incidentes de pré-executividade tão-somente quando o acolhimento da exceção gerar a extinção da demanda executória. Precedentes do Tribunal.

4. Recurso especial provido para condenar a CEF em honorários advocatícios tal como fixados na decisão de primeiro grau. (REsp n. 705.046-RS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, *in* DJ 04.04.2005).

Processual Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Exceção rejeitada. Honorários de sucumbência. Não incidência. Recurso especial desprovido.

A Quinta Turma tem firmado entendimento no sentido de que a condenação ao pagamento de verba honorária somente é cabível no caso em que a exceção de pré-executividade é julgada procedente, com a conseqüente extinção da execução. Logo, se vencido o excipiente-devedor, como no caso dos autos, prosseguindo a execução, descabe a sua condenação em verba honorária.

Recurso especial desprovido. (REsp n. 576.119-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, *in* DJ 02.08.2004).

Agravo regimental. Matéria de fato (Súmula n. 7-STJ). Execução. Exceção de pré-executividade. Improcedência. Honorários advocatícios. Descabimento.

1. O reexame de matéria probatória é defeso nesta fase recursal, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

2. Julgada improcedente a objeção de não-executividade, e prosseguindo-se na execução, descabe a condenação em honorários advocatícios.

3. Agravo regimental provido parcialmente. (AgRg no Ag n. 489.915-SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, *in* DJ 10.05.2004).

Pelo exposto, presente a divergência, conheço dos embargos, mas os rejeito, mantendo o acórdão embargado.

É o voto.

RECLAMAÇÃO N. 1.914-MS (2005/0097600-8)

Reclamante: José Ancelmo dos Santos
Reclamante: Paulo Roberto Capiberibe Saldanha
Reclamante: Cícero Antônio de Souza
Reclamante: Augusto Maurício da Cunha e Menezes Wanderley
Reclamante: Franklin Rodrigues Mashura
Reclamante: Carlos Ronald Albaneze
Reclamante: Osmar Ferreira Dutra
Advogado: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro
Reclamado: Juíza Federal da 2ª Vara da 1ª Subseção da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul-MS
Reclamado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Reclamação. No contexto de uma investigação iniciada para apurar irregularidades em Tribunal de Contas, a intimação do Presidente deste, pelo Juízo de 1º grau, para que justifique um procedimento administrativo, usurpa competência do Superior Tribunal de Justiça. Procedência da reclamação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a reclamação nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Sustentou oralmente o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin pelos reclamantes.

Brasília (DF), 06 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 18.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O Ministério Público Federal, a fim de instruir processo investigatório, requereu a quebra de sigilo da movimentação financeira do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 51-52 e 57-60), deferida pela MM. Juíza Federal da Segunda Vara de Campo Grande, Dra. Janete Lima Miguel Cabral (fls. 54-55).

O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul impetrou mandado de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ordem foi denegada, nos termos do acórdão assim ementado:

> Mandado de segurança. Cassação da decisão de quebra de sigilo. Irregularidades de pagamento. Desvio de recursos. Exame de contas do impetrante. *Notitia criminis* de fatos causadores de prejuízos à União Federal. Presença dos requisitos para a quebra de sigilo. Ordem denegada. 1. As denúncias de supostos pagamentos irregulares por parte do impetrante devem ser investigadas, mesmo que sejam anônimas. 2. Como não há informação da prática de delito por membro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, a competência é da Primeira Seção deste Tribunal, sendo, portanto, incabível a prerrogativa de foro. 3. Justificada a conveniência da medida consistente na

> quebra de sigilo, uma vez estarem presentes os requisitos embasadores da mesma, com amparo no disposto no art. 1º, § 4º, da Lei Complementar n. 105/2001. 4. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente concedida (fls. 96-97).

José Ancelmo dos Santos e outros ajuizaram a presente reclamação (fls. 02-19), requerendo a remessa dos autos da investigação de que trata o processo n. 2003.60.00.6969-3, que tramita na Segunda Vara Federal de Campo Grande-MS, para o Superior Tribunal de Justiça em virtude de serem Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, e - provocados pelo despacho de fl. 102 - emendaram a petição inicial, requerendo que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região fosse incluído no pólo passivo (fls. 105-106).

A medida liminar foi deferida em 23 de junho de 2005 "tão-só para sustar a investigação de que trata o processo 2003.60.00.6969-3, que tramita na 2ª Vara de Campo Grande" (fl. 107).

Prestadas as informações (fls. 132-135 e 139-152), o Ministério Público Federal, na pessoa do eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Antônio Carlos Pessoa Lins, opinou "no sentido de que seja mantida a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mantendo a competência da Justiça Federal para processamento das investigações em curso" (fl. 160).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. Os autos dão conta de que, por provocação de três petições sem assinaturas, bem assim de um procedimento investigatório levado a efeito pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Mato do Grosso do Sul, e ainda de requerimento "subscrito por entidades sindicais e de classe" (fl. 87), o Ministério Público Federal

I. *primeiro, requereu* "... a expedição de ofícios requisitórios às instituições bancárias com filiais nesta Capital (relação em anexo) determinando-lhes que forneçam a movimentação bancária do Tribunal de Contas do Estado nos anos de 2001 até 2002" *(fls. 51-52); e*

II. *depois*, pediu a requisição de documentos ao Tribunal de Contas do Estado, à Secretaria da Receita Federal, ao Banco do Brasil S/A e ao Banco HSBC S/A (fls. 57-60).

Ambos os pedidos foram deferidos (fls. 54-55 e 62).

A primeira petição denuncia despesas exageradas no âmbito do Tribunal de Contas, sem que nada as justifique (fls. 29-32); a segunda, pagamentos *por fora* de servidores do órgão, sem consequentemente a retenção do imposto de renda na fonte (fl. 34); e a terceira, procedimentos "para sonegar impostos e desviar os recursos públicos" (fls. 36-39).

O expediente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Mato Grosso do Sul teve início em razão "de notícias veiculadas pela imprensa ainda no final do ano de 2001, dando conta de que o Conselheiro Cícero de Souza havia nomeado diversos parentes seus para exercerem cargos e funções naquele Tribunal" (fl. 42), e apurou que "estas ocorrências não são restritas somente ao Conselheiro Cícero de Souza, mas atingindo os demais Conselheiros, os quais também empregam pessoas em cargos em comissão, sem serem servidores públicos" (fl. 45), alguns desses cargos "ocupados por pessoas que não tem a formação exigida" (fl. 45).

A existência de requerimento "subscrito por entidades sindicais e de classe, o qual comunica irregularidades no Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul" foi mencionada no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sem que do exame dos autos se saiba qual o respectivo conteúdo.

2. A presente reclamação tem como objeto a segunda decisão da MM. Juíza Federal Janete Lima Miguel Cabral, assim motivada:

> De fato, para que a seqüência de investigações possa prosseguir de forma a chegar-se a uma conclusão a respeito da idoneidade ou não das ações praticadas pelo TCU-MS, necessárias as informações requeridas pelo *Parquet*, sob pena de se frustrar a futura e eventual aplicação da lei penal, bem como permitir que supostos delitos continuem a ser praticados.
>
> De outro lado, as informações servirão também para demonstrar a possível lisura dos procedimentos do TCU, e conseqüentemente a legalidade de seus atos (fl. 62).

Como se vê, a decisão teve em vista apurar a "a idoneidade ou não das ações praticadas pelo TCU-MS", bem como a "lisura dos procedimentos do TCU" (fl. 62), na linha do que do que havia sido requerido pelo Ministério Público Federal, *in verbis*:

> Diante dos extratos bancários do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, evidencia-se a necessidade de novas diligências, para que se promova a cabal apuração da aventada ocorrência dos crimes suscitados.

> O Ministério Público Federal avaliando os extratos bancários percebeu que os pagamentos efetuados pelo Tribunal de Contas do Estado, em especial a movimentação da conta corrente do Banco do Brasil, foram realizados através da *emissão de cheques*, forma inusual de pagamentos a cargo de órgãos públicos, visto que tais pagamentos normalmente são realizados por meio de Ordem Bancária, a qual acelera a ultimação do processamento e faculta a imediata contabilização da despesa, e, em conseqüência, a efetiva apuração de eventual saldo ocioso, na conta da Unidade.
>
> Assim, verifica-se a necessidade de que todos os documentos emitidos pelo Tribunal de Contas do Estado sejam verificados com o objetivo de apurar eventual irregularidade, requisitando-se as diligências a seguir especificadas (fls. 57-58).

Já na alínea **a**, pede-se seja determinado ao Presidente do Tribunal de Contas a apresentação de "cópia das ordens bancárias de pagamentos efetuados pelo Tribunal, movimento da conta corrente 88.629-7, ou apresente justificativa da movimentação ter sido realizada por intermédio de cheques" (o sublinhado não consta do texto original, fls. 59).

Essa circunstância, no contexto em que a investigação foi iniciada, revela que o próprio Presidente do Tribunal de Contas está sujeito às determinações do Juízo de 1º grau, nada importando que este tenha dito que "não há qualquer informação nos presentes autos de prática de delito por membro do TCE-MS, de forma que este Juízo afigura-se, *a priori*, competente para apreciar as questões pertinentes ao caso" (fl. 135).

Voto, por isso, no sentido de julgar procedente a reclamação nos termos do pedido.

RECLAMAÇÃO N. 2.125-CE (2006/0046699-7)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido
Reclamante: Maria Arivan de Holanda Lucena
Advogado: Antônio Nabor Areias Bulhões e outro(s)
Reclamado: Juiz de Direito da 1ª Vara de Limoeiro do Norte-CE
Interes.: Ministério Público do Estado do Ceará

EMENTA

Reclamação. Direito Processual Penal. Homicídio. Autoria intelectual imputada a desembargador e seu cônjuge. Competência. Regras fixadas pela Constituição Federal. Separação dos processos. Obrigatoriedade. Necessidade de desconstituição da competência prorrogada e preventa deste Superior Tribunal de Justiça. Nulidade do recebimento do aditamento da denúncia pelo Juízo do primeiro grau e declinação da competência para o mesmo juízo. Parcial procedência da reclamação.

1. A norma constitucional de competência, somente excluída por outra da mesma natureza e hierarquia, afasta a incidência da norma legal que determina a unidade de processo e julgamento em razão da continência.

2. Em caso de co-autoria em crime doloso contra a vida, o privilégio de foro ostentado por um dos agentes, porque desembargador, não atrai para competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento do outro envolvido, que deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, seu juiz natural. Precedentes do STF e do STJ.

3. O reconhecimento da competência do Tribunal do Júri para processar e julgar a reclamante não prescinde da prévia desconstituição da competência até então prorrogada e preventa deste Superior Tribunal de Justiça em decorrência de anterior deferimento de quebra dos sigilos bancário e telefônico dos acusados, que não podia ser ignorada nem pelo Ministério Público, nem pelo Juízo do primeiro grau, nos seus efeitos jurídico-processuais.

4. Declaração de nulidade do recebimento do aditamento da denúncia pelo Juízo do primeiro grau, exclusão da reclamante da condição de investigada no inquérito fluente neste Superior Tribunal de Justiça e de todas as medidas probatórias jurisdicionais a ela relativas, com declinatória de competência para o Juízo do Júri.

5. Reclamação parcialmente procedente.

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 do Sr. Ministro Luiz Fux acompanhando a divergência, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Felix Fischer, e o voto do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, julgar parcialmente procedente a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Luiz Fux. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Nilson Naves. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Eliana Calmon.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 05.02.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Reclamação ajuizada por Maria Arivan de Holanda Lucena, em razão do recebimento, pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, de aditamento da denúncia, em que se imputa à reclamante a autoria intelectual do homicídio do radialista Nicanor Linhares Batista, fato-crime também objeto do Inquérito n. 429-CE, em curso nesta Corte Superior de Justiça, no qual é co-indiciado José Maria de Oliveira Lucena, marido da reclamante, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Afirma a requerente que a denúncia recebida "(...) tem o escopo de separar o processo do STJ, em desrespeito à competência deste, já firmada *ex vi* do art. 105, I, **a**, da Constituição Federal, art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica do Magistratura Nacional, e do art. 78, III, do Código de Processo Penal." (fls. 4-5).

Sustenta, para tanto, que "Se o e. STJ, provocado pelo MP, decidiu investigar judicialmente a suposta *autoria intelectual* daquele delito, atribuída conjeturalmente a um magistrado federal de segundo grau e à sua consorte, já firmou definitivamente sua competência em relação até a uma ação penal pública

originária, se o inquérito não chegar a ser arquivado, e em que se colocariam como acusados os dois hoje indiciados", pena de "(...) dupla atuação da Justiça Criminal quanto a *um mesmo fato,* relacionado a *uma mesma pessoa,* o condenável *bis in idem*, traduzindo, ademais, gravíssima lesão à sobranceira competência do colendo *Superior Tribunal de Justiça*, jurisdição de maior graduação a impor-se sobre quaisquer tribunais inferiores e juízos monocráticos da Justiça comum federal ou estadual, inclusive sobre o Tribunal do Júri." (fls. 5-6).

Aduz, ainda, que "(...) não se argumente que a competência da *reclamada*, afinal competência do Tribunal do Júri, do qual é Presidente, em se tratando de crime doloso contra a vida, seria de índole constitucional e imporia a separação do processo, o que conduziria a *reclamante* ao julgamento do Tribunal Popular", eis que "(...) as duas competências da espécie são ambas constitucionais - a do *Superior Tribunal de Justiça* e a do Tribunal do Júri - e, assim, incidirá necessariamente a regra processual do art. 78, III, do CPP, devendo predominar a jurisdição de maior graduação, que, ninguém nega, é a do *Superior Tribunal de Justiça*, e isto no saudável propósito de evitar decisões conflitantes e, de conseqüência, o descrédito da própria sociedade." (fl. 9).

Postula, ao final, "(...) o julgamento pela procedência da *reclamação*, avocando-se os autos da *Ação Penal n. 554/2006*, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, instaurada exclusivamente contra *Maria Arivan de Holanda Lucena*, como pretensa *autora intelectual* do crime, para serem apensados aos do Inq n. 429-CE, do STJ, e aguardarem o destino final do mesmo *inquérito judicial* (RISTJ, art. 191)." (fl. 16).

A liminar foi deferida, para "(...) suspender a eficácia de todos os atos judiciais referentes à Maria Arivan de Holanda Lucena, no processo da ação penal que tem curso na Justiça do Ceará (Ação Penal n. 554/2006, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte), especialmente o recebimento da denúncia, suspendendo, em conseqüência, o interrogatório designado para o dia 05 de abril de 2006, às 10h30."

O Ministério Público Federal, que interpôs agravo regimental da decisão concessiva de liminar (fls. 93-99), veio pela improcedência da reclamação, em promoção assim sumariada:

> Reclamação. Competência. Ação penal. Homicídio. Prerrogativa de foro. Tribunal do Júri.
>
> Compete ao Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida. A existência de co-réu titular de foro especial por prerrogativa de função não autoriza que os demais autores sejam processados e julgados no foro especial.

> As regras de conexão e continência, de natureza infraconstitucional, não podem ser invocadas para afastar a competência constitucional do Tribunal do Júri.
>
> A circunstância de existir investigação em curso contra a Paciente no Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente também para afastar a competência constitucional do Tribunal do Júri.
>
> Parecer pela improcedência da Reclamação. (fl. 61).

As informações da autoridade estão às fls. 110-112 dos autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, cuida-se de reclamação ajuizada por Maria Arivan de Holanda Lucena, em face do recebimento, pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, de aditamento da denúncia, em que se lhe imputa a autoria intelectual do homicídio do radialista Nicanor Linhares Batista, fato que constitui o objeto do Inquérito n. 429-CE, em curso nesta Corte Superior de Justiça e no qual figura como indiciada, juntamente com o seu marido, o Desembargador Federal José Maria de Oliveira Lucena.

Assim dispõe a Constituição da República em seus artigos 5º, inciso XXXVIII, e 105, inciso I, alínea **a**, *verbis*:

> Art. 5º (...)
>
> XXXVIII - É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
>
> a) a plenitude de defesa;
>
> b) o sigilo das votações;
>
> c) a soberania dos veredictos;
>
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
>
> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> I - processar e julgar, originariamente:
>
> a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos

> Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Tem-se, assim, no que interessa ao deslinde da questão em exame, que ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar originariamente os Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais, enquanto ao Tribunal do Júri, os crimes dolosos contra a vida.

Concorrem, pois, *in casu*, as duas competências constitucionais, eis que se cuida de crime de homicídio, praticado em concurso de agentes, dos quais um, porque desembargador, ostenta privilégio de foro.

Em casos tais, a norma constitucional de competência, de natureza absoluta, somente excluída por outra da mesma natureza e hierarquia, afasta a incidência da norma legal que determina a unidade de processo e julgamento, em razão da continência (Código de Processo Penal, artigos 78 e 79), o que faz obrigatória, pena de inconstitucionalidade, a separação de processos e de julgamentos, devendo, em conseqüência, o desembargador ser processado e julgado no seu foro privilegiado e a reclamante no Tribunal do Júri, garantia constitucional, inclusive.

Ouça-se, a propósito, o magistério de *Tourinho Filho:*

> Trata-se, aqui, de hierarquia jurisdicional. Havendo conexão ou continência envolvendo pessoas sujeitas a jurisdições hierarquicamente diferentes, prevalece a de maior graduação. Assim, se um Juiz de Direito comete estelionato, tendo como partícipe um comerciante, há continência (concurso de pessoas): deve haver um só processo. Como o comerciante deve ser julgado pela jurisdição de primeiro grau, prevalece esta, devendo ambos ser processados e julgados pelo Tribunal de Justiça. E se, nesse mesmo exemplo, o crime fosse da competência do Júri? Haveria, então, a disjunção dos processos: o Juiz seria julgado pelo Tribunal de Justiça (por força do art. 96, III, da CF), enquanto o comerciante, pelo Tribunal do Júri, pela simples razão de a competência do Júri vir estabelecida na Constituição Federal, e, por isso mesmo, não pode o CPP, lei infraconstitucional, alterar regra de competência estabelecida na Lei Maior. (*in* Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, vol. 1, p. 263).

E também a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

> Criminal. REsp. Homicídio. Delegado e agentes de polícia em missão. Inquérito desarquivado. Provas novas. Dúvidas acerca da incidência da excludente da

legítima defesa. Atos investigatórios praticados pelo Ministério Público. Possibilidade. Prerrogativa de foro de um dos recorrentes, Deputado Estadual. Cisão do processo. Legalidade. Recurso desprovido.

I - Hipótese em que o Juízo monocrático deferiu pleito de arquivamento formulado pelo Ministério Público relativamente ao homicídio perpetrado pelos recorrentes - delegado e agentes de polícia, em missão - pois a conduta estaria amparada pela excludente do inciso II do artigo 23 do Código Penal - legítima defesa.

II - Desarquivamento do inquérito procedido pelo Ministério Público, com fulcro no art. 18 do CPP, tendo em vista a superveniência de novas provas a embasarem a acusação, quais sejam, depoimentos prestados por testemunhas nos autos de procedimento destinado a apurar diversas denúncias feitas àquele Órgão.

III - Se as provas obtidas são capazes de autorizar o início da ação penal, por permitirem uma modificação contundente no cenário probatório dos autos quanto à ocorrência da legítima defesa, deve ser admitida a hipótese de desarquivamento do inquérito.

IV - Denúncia que cumpre os requisitos do art. 41 do CPP, haja vista não haver dúvidas acerca da autoria e materialidade do delito, mas somente quanto à incidência da excludente da legítima defesa.

V - O entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público.

VI - A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.

VII - O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial.

VIII - A fixação da competência do Tribunal de Justiça, em razão da prerrogativa de foro de um dos recorrentes - deputado estadual - não se estende aos demais, que deverão ser processados e eventualmente julgados pelo Juízo do Tribunal do Júri. Precedentes do STJ e do STF.

IX - Recurso desprovido. (REsp n. 738.338-PR, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 21.11.2005 - nossos os grifos).

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes de homicídio tentado e consumado duplamente qualificado contra a mulher do Prefeito, a mando deste. Decreto de prisão preventiva. Argüição de excesso de prazo e falta de provas da autoria. Improcedência. Competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar o Prefeito, não o co-réu que não possui prerrogativa de foro. Competência do Tribunal do Júri. Cisão do processo. Concessão de ordem de ofício.

1. Muito embora não se tenha examinado o pedido especificamente com relação ao ora Paciente, pelas mesmas razões declinadas nos julgamentos de impetrações anteriores do co-réu, evidencia-se a ausência das ilegalidades apontadas.

2. Há robustos indícios de autoria dos crimes que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a frieza e a periculosidade do agente, no caso, apontado como executor de homicídio, primeiro, tentado e, depois, consumado, contra a esposa do Prefeito, a mando deste, a indicar a necessidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

3. Além de o excesso de prazo reclamado ter sido plenamente justificado, mormente em face da atuação da própria defesa, a questão resta superada, na medida em que já fora concluída a instrução criminal. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo" (Súmula n. 52 do STJ).

4. Conquanto não argüida na impetração, verifica-se flagrante ilegalidade diante da incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para processar e julgar o ora Paciente, que não possui prerrogativa de foro, por crime doloso contra a vida.

5. Inexistindo prerrogativa de foro para o co-réu, exsurge a competência do Júri Popular para julgá-lo, devendo os dispositivos constitucionais serem harmonizados, isto é, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o Prefeito (art. 29, inciso X, CF); e, com relação ao co-réu, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea ***d****, CF). Precedentes do STJ e do STF.*

6. *Habeas corpus* denegado, mas concedida a ordem, de ofício, para declarar a incompetência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para processar e julgar o ora Paciente na ação penal originária, devendo ser cindido o julgamento para a preservação da competência do Tribunal do Júri. (HC n. 36.844-MA, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 1º.08.2005 - nossos os grifos).

Habeas corpus. Processo Penal. Homicídio qualificado praticado por Juiz de Direito. Ofensa ao juiz natural. Inocorrência. Prerrogativa de função. Competência do Tribunal de Justiça. Ordem denegada.

- Diversamente do que ocorre com o procedimento adotado para o crime de homicídio, cometido pelo cidadão comum, que é submetido ao Júri Popular, a prerrogativa de função, ostentada pelo paciente, conferiu-lhe o direito de se ver processado pelo e. Tribunal de Justiça de seu Estado. Isso porque, em se tratando de duas competências com assento constitucional, a específica deve prevalecer sobre a genérica.

- Precedentes do STF.

- Ordem denegada. (HC n. 28.738-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *in* DJ 24.05.2004 - nossos os grifos).

Habeas corpus. Ato de Desembargador. Prefeito Municipal. Juízo natural. Fato ocorrido antes da Constituição de 1988. Direito adquirido a ser julgado pelo Júri. Intimação pessoal.

1. Compete ao STJ processar e julgar *habeas corpus* contra ato de Desembargador.

2. A competência do Tribunal do Júri não é absoluta, motivo pelo qual compete-lhe julgar co-réu envolvido em crime doloso contra a vida, mesmo havendo quanto a algum acusado prerrogativa de foro definida no artigo 29, VIII, da Constituição, cuja competência é do Tribunal de Justiça por seu Plenário ou Órgão fracionário.

3. É direito do réu ser intimado para a sessão de julgamento pelo Tribunal. (HC n. 2.259-MT, Relator Ministro Jesus Costa Lima, *in* DJ 28.02.1994 - nossos os grifos).

Penal. Processual. Competência. Acusado juntamente com Prefeito de crime doloso contra vida. Soberania do Tribunal do Júri.

1. Em caso de co-autoria em crime doloso contra a vida, o foro privilegiado por prerrogativa de função, a que tem direito um dos acusados, não atrai competência para o julgamento dos outros envolvidos.

2. Na hipótese dos autos, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar o acusado que era Prefeito Municipal na época do crime (CF, art. 29, VIII). Os demais acusados são processados na comarca do lugar onde ocorreu o crime e julgados pelo Tribunal do Júri.

3. *Habeas Corpus* originário conhecido; parcial deferimento. (HC n. 1.999-MG, Relator Ministro Edson Vidigal, *in* DJ 20.09.1993 - nossos os grifos).

Processo Penal. *Habeas corpus.*

Incompetência do órgão julgador. Inépcia da denúncia. Deficiência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Excesso de prazo na formação da culpa. Insubsistência das alegações.

Competência do Tribunal de Justiça firmada na conformidade do disposto no art. 96, III, da Constituição Federal. Conquanto constitucionalmente definida a competência do Tribunal do Júri, para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não pode sobrepor-se à do Tribunal de Justiça, por prerrogativa de função, igualmente cometida pela Constituição.

Denúncia que atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41, do CPP, com a exposição do fato criminoso propiciando o exercício da defesa em toda a sua amplitude.

Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado, demonstrando-se a necessidade da medida, no resguardo da ordem pública.

Pequeno atraso verificado na formação da culpa plenamente justificado pela complexidade da instrução da causa.

Ordem indeferida. (HC n. 638-RJ, Relator Ministro Costa Leite, *in* DJ 06.05.1991 - nossos os grifos).

Habeas Corpus. 2. Co-réu, militar da Polícia Militar, denunciado, por infringir o art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, do Código Penal, juntamente com ex-Secretário de Segurança Pública do Estado, e outros. 3. Desmembramento do processo, que atende à orientação do STF definida pelo Plenário, no julgamento do HC n. 69.325-GO. *4. O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente, não afasta os demais do juiz natural,* ut *art. 5º, XXXVIII, alínea* ***d****, da Constituição.* 5. Hipótese em que o paciente servia no Gabinete Militar do Governo do Estado e a arma não pertencia à Polícia Militar, mas, sim, a órgão da Governadoria estadual. Não cabe falar em competência da Justiça Militar do Estado. 6. *Habeas Corpus* conhecido como recurso ordinário contra decisão em *habeas corpus*, originariamente, impetrado no STJ. Recurso desprovido. (HC n. 73.235-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, *in* DJ 18.10.1996 - nossos os grifos).

Competência. Crime doloso contra a vida. Co-autoria. Prerrogativa de foro de um dos acusados. Inexistência de atração. Prevalência do juiz natural. Tribunal do Júri. Separação dos processos.

1. A competência do Tribunal do Júri não é absoluta. Afasta-a a própria Constituição Federal, no que prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de Tribunais - artigos 29, inciso VIII; 96, inciso III; 108, inciso I, alínea ***a****; 105, inciso I, alínea* ***a*** *e 102, inciso I, alíneas* ***b*** *e* ***c****.*

2. A conexão e a continência - artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal - não consubstanciam formas de fixação da competência, mas de alteração, sendo que nem sempre resultam na unidade de julgamentos - artigos 79, incisos I, II e §§ 1º e 2º e 80 do Código de Processo Penal.

3. O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro como tal definida constitucionalmente, não afasta, quanto ao outro, o juiz natural revelado pela alínea ***d*** *do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Federal. A continência, porque disciplinada mediante normas de índole instrumental comum, não é conducente, no caso, a reunião dos processos. A atuação de órgãos diversos integrantes do judiciário, com duplicidade de julgamento, decorre do próprio texto constitucional, isto por não se lhe poder sobrepor preceito de natureza estritamente legal.*

4. Envolvidos em crime doloso contra a vida conselheiro de tribunal de contas de município e cidadão comum, biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro o Superior Tribunal de Justiça e o segundo o Tribunal do Júri. Conflito aparente entre as normas dos artigos 5º, inciso XXXVIII, alínea **d**, 105, inciso I, alínea **a** da Lei Básica Federal e 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal.

> 5. A avocação do processo relativo ao co-réu despojado da prerrogativa de foro, elidindo o crivo do juiz natural que lhe é assegurado, implica constrangimento ilegal, corrigível na via do *habeas corpus*. (HC n. 69.325-GO, *Tribunal Pleno*, Relator para acórdão Ministro Marco Aurélio, *in* DJ 04.12.1992 - nossos os grifos).

Vale averbar, no mais, que "(...) a Súmula n. 704 do Supremo Tribunal Federal, (...), não se aplica ao caso vertente. Com efeito, dispõe o verbete sumular: 'Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.' *Os precedentes que levaram à edição da súmula, contudo, não se referem à concorrência entre a prerrogativa de foro e ao Tribunal do Júri*" (HC n. 36.844-MA, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 1º.08.2005 - nossos os grifos).

Deferi a cautelar, contudo, para suspender a ação penal proposta contra a reclamante perante o Tribunal do Júri, porque fluía, como ainda flui, no âmbito da Corte Especial, inquérito instaurado, em que figura como indiciado não só José Maria de Oliveira Lucena, Desembargador Federal, mas também Maria Arivan de Holanda Lucena, ora reclamante, no qual o relator originário, Ministro Paulo Gallotti, ***ao acolher o pedido do Ministério Público Federal da sua instauração contra ambos***, deferiu a quebra dos sigilos bancário e telefônico dos indiciados (fls. 34-52 do Inq n. 429-CE), medida por mim ampliada relativamente ao período de quebra do sigilo telefônico (fls. 703-724), também a requerimento do *Parquet*, presentificado pela Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, que oficia na presente reclamação e requereu a instauração do inquérito a que antes se aludiu.

É que as medidas probatórias jurisdicionais deferidas, quais sejam, quebra dos sigilos bancário e telefônico, produziram, *enquanto efeitos jurídico-processuais*, prevenção para a ação penal em favor do Superior Tribunal de Justiça, que havia, como há, de ser desconstituída, ou por declinatória em favor do Tribunal do Júri, relativamente à reclamante, ou por suscitação de conflito de jurisdição.

Esta, com efeito, a letra do artigo 83 do Código de Processo Penal:

> Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, *um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa* (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, **c**). (nossos os grifos).

Leia-se *Mirabete*:

> Firma-se a competência pela prevenção (de prevenire, vir antes, chegar antes, antecipar). Está preventa, ou prevenida a competência de um juiz quando ele se antecipa a outro, também competente, por haver praticado algum ato ou ordenado alguma medida do processo, mesmo antes do oferecimento da denúncia ou da queixa. São exemplos de atos que fixam a competência pela prevenção a decretação da prisão preventiva, a concessão de fiança, o reconhecimento de pessoas ou coisas, qualquer diligência que dependa de autorização judicial (violação de domicílio, do sigilo bancário, da comunicação telefônica etc.), pedido de explicações em juízo nos crimes contra a honra previstos nos arts. 144 do CP e 25 da Lei n. 5.250, de 09.02.1967 (Lei de Imprensa), pedido de busca e apreensão nos crimes contra a propriedade imaterial etc. A prática desses atos, em que há uma carga decisória, tomando o juiz conhecimento formal do fato, impede a posterior distribuição dos autos de inquérito a outro juiz. (...) (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 11ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2003, p. 324).

E *Nucci*:

> (...) ato do processo é decisão jurisdicional pertinente à ação penal em andamento, como ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa. Medida a este relativa significa a possibilidade de não haver processo instaurado e, durante a fase de investigação, o magistrado ser chamado a proferir decisão de caráter jurisdicional, como a concessão de mandado de busca e apreensão, a decretação de uma prisão preventiva ou até a decretação de uma medida assecuratória. Nessas hipóteses, torna-se prevento para julgar o caso, bem como as infrações conexas ou continentes. (...) (*in* Código de Processo Penal Comentado, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 234).

Preferiu, contudo, o Juízo, abusivamente, ignorar a prevenção de competência do Superior Tribunal de Justiça, recebendo simplesmente a denúncia, sob o argumento puro de que se entendia competente para tanto, ao invés de suscitar o obrigatório conflito.

Assim, embora se deva reconhecer, por fato superveniente, a atual competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento de Maria Arivan de Holanda Lucena, como é da Constituição Federal e da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, faz-se induvidosa a ilegalidade do recebimento do aditamento da denúncia pelo Juízo do Júri, porque anterior à desconstituição da prevenção existente, que não podia ser ignorada nem pelo Ministério Público, nem pelo Juízo do primeiro grau.

Quer-se dizer, embora esteja preventa a competência própria e prorrogada deste Superior Tribunal de Justiça para a ação penal, pode outro juízo - por saber ou não saber, abuso ou usurpação de competência -, de tudo fazer tábula rasa, instaurando processo de ação penal contra a mesma pessoa e relativamente ao mesmo fato, sem que antes se desconstitua o vínculo já estabelecido entre o fato-crime, considerado objetiva e subjetivamente, e a competência desta Corte Superior de Justiça?

Entendemos que a resposta há de ser negativa, para, em conseqüência, afirmar, como afirmamos, a nulidade do recebimento do aditamento da denúncia, pelo Juízo do Tribunal do Júri, objeto da presente reclamação.

Os efeitos da extinção do mandato político de Maria Arivan de Holanda Lucena, enquanto supervenientes à prorrogação e prevenção de competência deste Superior Tribunal de Justiça, devem ser, porque não operam *ipso iure*, necessariamente, objeto de decisão, ou declinatória, ou de conflito de competência.

A modificação factual havida o foi na dimensão da competência prorrogada, que seria irrelevante, em regra, por força da *perpetuatio iurisdictionis*, mas que não o é, *in casu*, por se cuidar de garantia individual a soberania do Júri, que há de prevalecer a qualquer tempo.

Não é demasia esclarecer, em remate, não só que a competência prorrogada deste Superior Tribunal de Justiça teve lugar, ao seu tempo, em relação com a do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e, não, com a do Tribunal do Júri, mas também que persiste, subjacente e indissociavelmente, a ser decidida em sede e tempo próprios, porque atinge o *status libertatis* dos indiciados, o conflito, que parece ser só aparente, instalado na *opinio delictis* do Estado, que ora vê, ora não vê, suficiência de um mesmo conjunto de elementos de prova para a justa causa da demanda penal.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a reclamação, para declarar nulo o recebimento, pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, do aditamento da denúncia (Ação Penal n. 554/2006), declinar, para o mesmo Juízo, da competência para processar e julgar Maria Arivan de Holanda Lucena, excluir a reclamante da condição de investigada no Inquérito n. 429-CE e julgar, relativamente a ela, extintas todas as medidas probatórias jurisdicionais.

Prejudicado, por fim, o agravo regimental do Ministério Público Federal.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Reclamação interposta por *Maria Arivan de Holanda Lucena*, com pedido liminar, em vista de alegada usurpação de competência do STJ pela *Juíza de Direito da 1ª Vara de Limoeiro do Norte-CE*.

Segundo consta dos autos, em 30.06.2003, o radialista *Nicanor Linhares Batista* foi alvejado a tiros, vindo a falecer em virtude dos ferimentos. A investigação policial chegou à conclusão de que houvera conduta subsumida à figura típica prevista no art. 121, § 2º, I e IV do CP, apontando como executores do delito oito pessoas que foram, naquele mesmo ano, denunciadas na Ação Penal de n. 2.047/2003 da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, onde ocorreu o crime, como incursos nas penas do *supra* citado artigo, em concurso de pessoas.

Concluiu-se, também, que o homicídio teria sido cometido a mando de dois inimigos do réu, quais sejam, a ora reclamante, *Maria Arivan*, que na época dos fatos era prefeita da cidade de Limoeiro do Norte-CE, e de seu marido, *José Maria de Oliveira Lucena*, Desembargador do TRF-5ª Região.

A inimizade entre os envolvidos teria se iniciado quando a vítima passou a apoiar o adversário político da futura prefeita em seu programa de rádio, ainda durante a campanha eleitoral.

Em 2004, o Ministério Público Federal requereu, perante o STJ e em face do disposto no art. 105, I, **a** da CF, a instauração de inquérito contra *José Maria* e *Maria Arivan*, reproduzindo uma série de evidências, já amealhadas pela investigação levada a cabo pela Polícia Civil do Ceará e pelo MP daquele Estado, acerca da participação dos dois como mentores e mandantes do homicídio.

Esse Inquérito tomou o n. 429-CE e, em decisão publicada no DJ de 18.05.2004, o então relator, i. Min. Paulo Gallotti, deferiu o pedido de abertura de inquérito, que tomou o n. 429-CE no STJ, e a quebra do sigilo bancário e telefônico dos indiciados e de outros envolvidos.

Após a abertura do inquérito neste Tribunal, contudo, o MP cearense ofereceu aditamento à denúncia que originou a Ação n. 2.047/2003, da 1ª Vara de Limoeiro do Norte-CE, para nela incluir a ora reclamante, *Maria Arivan*, em seu pólo passivo, apontando a denunciada como incursa nas penas dos arts. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 29 e c.c. o art. 299, parágrafo único, todos do CP. Este aditamento foi recebido pela juíza em 20.02.2006, mas, como a Ação n. 2.047/2003 já se encontrava em fase bastante avançada, houve o

desmembramento do feito, de modo que o aditamento, na verdade, deu início à Ação n. 554/2006, na mesma Vara.

A presente Reclamação fundamenta-se, destarte, no que seria uma usurpação da competência do STJ, esta decorrente do recebimento de denúncia contra pessoa que já se encontrava na posição de indiciada, pelos mesmos fatos, em Inquérito instaurado neste Tribunal. Sustenta a reclamante, textualmente, que "Se o e. STJ, provocado pelo MP, decidiu investigar judicialmente a suposta autoria intelectual daquele delito, atribuída conjeturalmente a um magistrado federal de segundo grau e à sua consorte, já firmou definitivamente sua competência em relação até a uma ação penal pública originária" (fls. 05).

Requer, assim, a avocação dos autos da Ação n. 554/2006 da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, para serem apensados ao Inquérito n. 429-CE, nesta instância, e a partir daí tomando o mesmo destino a ser dado a este.

O Parecer do Ministério Público Federal, de lavra da i. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, foi pela improcedência da reclamação.

A fls. 70-77, o i. Relator, Min. Hamilton Carvalhido, deferiu a liminar "(...) para suspender a eficácia de todos os atos judiciais referentes à Maria Arivan de Holanda Lucena, no processo da ação penal que tem curso na Justiça do Ceará (Ação Penal n. 554/2006, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte), especialmente o recebimento da denúncia, suspendendo, em conseqüência, o interrogatório designado" (fl. 77), ao argumento de que haveria conflito no exercício simultâneo de atribuições por membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, o primeiro a requerer instauração de inquérito e o segundo a oferecer, de pronto, a denúncia.

Dessa decisão, o Ministério Público Federal interpôs agravo a fls. 93-99, sustentando, em síntese, que a decisão recorrida reconheceu, em um primeiro momento, a necessidade de separação dos processos, mantendo-se o foro por prerrogativa de função no STJ para o i. Desembargador Federal e o foro do Tribunal do Júri para sua esposa, ora reclamante, nos termos da melhor jurisprudência; contudo, a seguir, determinou providência dissociada desse entendimento, pois, se o STJ não tem competência para julgar a ora reclamante, não há como se opor aos atos praticados pelas autoridades em tese competentes, quais sejam, o Promotor e o juízo estaduais.

O voto do i. Min. Relator foi no sentido de julgar parcialmente procedente a reclamação, para declarar nulo o recebimento, pela Juíza de Direito da 1ª

Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, do aditamento da denúncia, declinando, contudo, ao mesmo juízo, a competência para processar e julgar *Maria Arivan*, excluindo-a da condição de investigada no Inquérito n. 429-CE, em trâmite nesta Corte.

É o relatório.

A questão controvertida se resume a definir se a previsão de foro constitucional por prerrogativa de função a um dos supostos co-autores de crime contra a vida acarreta, necessariamente, a unidade de processo e julgamento para todos os demais.

Como tanto o foro por prerrogativa de função quanto a competência do Tribunal do Júri têm assento na Constituição Federal, entendeu o i. Relator, inicialmente, e na esteira de uma série de precedentes do STJ (REsp n. 738.338-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 21.11.2005; HC n. 36.844-MA, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 1º.08.2005; HC n. 28.738-SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 24.05.2004; HC n. 2.259-MT, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ de 28.02.1994; HC n. 1.999-MG, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 20.09.1993; HC n. 638-RJ, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 06.05.1991) e do STF (HC n. 73.235-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 18.10.1996 e HC n. 69.325-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 04.12.1992) que a interpretação mais correta é determinar o desmembramento dos feitos, mantendo nesta instância apenas o suposto co-autor que exerce, efetivamente, a função privilegiada pelo foro especial.

Existem, contudo, precedentes em sentido oposto, inclusive no STF, o que dá a noção exata da complexidade da controvérsia. Tais precedentes, geralmente, apegam-se ao desconforto que causa a idéia de se admitir o curso de dois processos em diferentes instâncias para analisar um mesmo fato.

Entendo, na esteira do voto do i. Relator, que, na especial hipótese da prática de crimes contra a vida, não é possível, a não ser com muita dificuldade, estabelecer um critério válido de interpretação que justifique a extensão do foro privilegiado por prerrogativa de função àqueles que não exercem efetivamente um dos cargos públicos ali previstos, por duas ordens de motivos, expostos a seguir.

Em primeiro lugar, a prevalência completa do foro por prerrogativa de função, em desfavor do foro do Tribunal do Júri, só é possível a partir de uma interpretação que desvirtue a natureza e a finalidade daquele foro. Com efeito, não se pode olvidar que a previsão excepcional de foro privilegiado só tem

sentido em face do cargo ocupado pela pessoa; não é possível admiti-lo como se fora um benefício pessoal, pois tal entendimento violaria, inclusive, o princípio republicano. A justificativa para o privilégio consiste em uma deferência às altas funções exercidas pelo investigado; é a importância da função exercida, ou, em última análise, o próprio interesse público, que dá sustentação à excepcional previsão constitucional.

Outro não é o motivo pelo qual, recentemente, o STF cancelou sua Súmula n. 394, que permitia o prosseguimento do processo no foro especial mesmo após o término do mandato do réu. Nessa situação, entende-se que não há mais interesse público em garantir o tranqüilo exercício da função, de modo que a prerrogativa do cargo, se mantida para além do período em que determinada pessoa foi seu titular, tornar-se-ia um privilégio de ordem pessoal.

Essa posição, hoje, tornou-se tão arraigada que o STF também declarou, no julgamento da ADIn n. 2.797-DF, em 15.09.2005 (DJ de 19.12.2006), a inconstitucionalidade da Lei n. 10.682/2002, que inserira no CPP dispositivo com o objetivo de revigorar o mesmo entendimento sumular anteriomente revogado, cuja ementa, na parte que mais interessa à questão, explicitou:

> (...) Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula n. 394-STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula n. 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq n. 687-QO, 25.08.1997, Rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente (...).

Assim, em resumo, é possível vislumbrar que o STF adotou por duas vezes, nos últimos anos, posicionamento claro no sentido de indicar que o foro por prerrogativa de função só tem sentido quando conectado diretamente ao exercício de funções públicas por um agente assim investido, e enquanto durar sua investidura.

Dessa forma, a prevalência do foro por prerrogativa de função sobre o foro do júri, para os co-réus não expressamente privilegiados, depende de se conferir àquele uma extensão que é contraditória com as manifestações mais modernas do STF acerca da delimitação do conteúdo material daquele foro.

O afastamento da competência do Tribunal do Júri, em outras palavras, demandaria a adoção de um raciocínio minado em suas próprias bases, pois depende, diretamente, de uma conceituação material que estenda os limites do foro por prerrogativa de função, quando o STF vem sinalizando justamente o contrário, ou seja, a necessidade de restrição desse mesmo âmbito.

A partir dessa premissa, é necessário ir além para ressaltar que a discussão, aqui, versa sobre a interpretação de duas normas constitucionais originárias, estas devendo ser alvo de uma interpretação norteada pela necessidade de compatibilização de seus comandos, com vistas a extrair, de cada um deles, a maior significação possível.

Assim, solução outra que não a cisão dos processos depende, em primeiro lugar, da adoção dessa duvidosa concepção *supra* referida a respeito do conteúdo material do foro por prerrogativa de função, em si mesma já bastante problemática; como também exige, em operação posterior tomada a partir desta concepção, a construção de uma interpretação cujo resultado seria um indesejável desbalanceamento entre as normas constitucionais, na medida em que restaria completamente aniquilado o alcance da previsão constitucional do júri, em desfavor de uma alternativa que teria o condão de manter o mínimo de aplicabilidade a cada uma das normas. Ocorreria, nesta interpretação, a completa submissão da previsão do júri, em favor de uma hipertrofia do foro por prerrogativa de função; hipertrofia essa, aliás, artificial, porque não fundamentada no caminho que a jurisprudência do STF parece ter passado a trilhar.

Resta, porém, considerar, como contraponto necessário, que o STF editou, em 2003, a Súmula n. 704-STF, segundo a qual "não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados".

O fato de que essa Súmula também é relativamente recente reflete a complexidade e as vacilações que cercam a questão, mas não abala, de modo algum, as conclusões já expendidas.

Em primeiro lugar, essa Súmula não se refere ao específico confronto entre foro por prerrogativa de função e Tribunal de Júri, mas apenas aos demais delitos que não têm relação com os crimes contra a vida, quando, então, está ausente a necessidade de conciliar dois dispositivos constitucionais.

Igualmente não retira a força de um dos argumentos expostos anteriormente, no sentido de que o STF estaria a indicar uma tendência a restringir o alcance do foro por prerrogativa de função, porque a conjugação dos entendimentos jurisprudenciais consubstanciados na revogação da Súmula n. 394 e na edição da Súmula n. 704 indicam a admissão, apenas, de uma conexão bastante atípica em certos casos, conquanto temporalmente limitada ao exercício de algum cargo ou função por um dos co-réus. Assim, analisada a questão sob o aspecto temporal, é o processamento de todos os investigados no foro especial que adquire contornos de situação especial e provisória, e não o contrário; o foro comum continua sendo o destino natural para a solução dessas lides, conforme o tempo de duração do processo, geralmente, acaba por determinar.

Há, ainda, um segundo argumento autônomo, conforme referido no início deste voto.

A prevalência do foro por prerrogativa sobre o foro do Júri é sustentada, geralmente, com base na análise de dispositivos do CPP relativos à conexão e à continência, especialmente no art. 78, III, que diz respeito ao concurso de jurisdições de diversas categorias, segundo o qual, nesses casos, prevaleceria 'a de maior graduação'.

Contudo, há que se ressalvar, aqui, que a CF não pode ser interpretada a partir das regras infraconstitucionais sobre prevenção no processo penal. Há, nessa hipótese, uma indevida inversão, porque é a interpretação da Constituição Federal que deve aclarar o sentido da legislação ordinária, e não o contrário: não se pode interpretar a Constituição com base na legislação que dela tira seu fundamento de validade.

Se a interpretação constitucional sobre determinado assunto leva a uma conclusão diversa do que diz a legislação infraconstitucional, o problema se transfere à verificação da compatibilidade vertical desta em face da CF, derivando assim a análise para as questões de inconstitucionalidade material das leis editadas na vigência de uma Constituição ou de não-recepção das normas que lhe são anteriores; mas nunca será possível limitar a exegese da Constituição que se afigura como sendo a mais ponderada para privilegiar o que dispõe uma lei ordinária, ou então para salvaguardá-la da necessidade de adequação a uma nova realidade constitucional.

Forte em tais razões, *acompanho* os termos do voto do i. Min. Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Por fim, julgo prejudicado o agravo regimental do Ministério Público.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, julgando parcialmente procedente a reclamação e declaro nula, *ab initio*, a ação penal relativamente à indiciada. Não estou negando a competência do júri. Estou cassando a decisão de recebimento, que não podia ter lugar antes de desconstituída a prevenção. E excluo da investigação a reclamante, assim como julgo extintas todas as providências probatórias jurisdicionais adotadas no inquérito em relação à reclamante.

Por fim, julgo prejudicado o agravo regimental do Ministério Público.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Cuidam os autos de reclamação ajuizada por Maria Arivan de Holanda Lucena visando preservar a competência desta eg. Corte, que teria sido usurpada pela Exma. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, quando do recebimento de aditamento à denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Ceará para incluí-la no pólo passivo de ação penal que já tramitava perante aquele juízo, em que se averigua fato já objeto do Inq n. 429-CE, em curso neste Tribunal.

Dos autos constam que, em razão do assassinato do radialista Nicanor Linhares Batista, em 30.06.2003, na cidade de Limoeiro do Norte-CE, o Ministério Público do Estado do Ceará ofereceu denúncia contra oito pessoas, apontado-as como executoras do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, do CP. Tal exordial foi recebida pela Exma. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, ainda no ano de 2003 e autuada como APn n. 2.047/2003.

Em 2004, o Ministério Público Federal requereu, perante este Tribunal, a instauração de inquérito policial contra José Maria de Oliveira Lucena, Desembargador do TRF da 5ª Região, sua esposa, Maria Arivan de Holanda

Lucena, ora reclamante, e mais outras quatro pessoas, visando averiguar possível participação deles como mentores e mandantes do homicídio do radialista.

A abertura do referido inquérito foi deferida pelo eminente Ministro Paulo Gallotti (Inq n. 429-CE) em decisão publicada em 18.05.2004, ocasião em que foi determinada a quebra do sigilo bancário e telefônico dos indiciados.

Contudo, em 2006, o Ministério Público do Estado do Ceará ofereceu aditamento à denúncia para incluir a ora reclamante no pólo passivo da APn n. 2.047/2003, apontando-a como incursa nas penas do art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 29 c.c. com o art. 299, parágrafo único, do CP. Requereu, ainda, a decretação da prisão preventiva da denunciada.

O aditamento foi recebido pela Exma. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, em 20.02.2006, que, em razão da fase avançada da APn n. 2.047/2003, determinou o desmembramento do feito e a autuação separada do aditamento, o qual deu origem à APn n. 554/2006.

Cinge-se, portanto, a controvérsia em se definir o juízo competente para processar e julgar a reclamante pelo possível cometimento do crime de homicídio do radialista Nicanor Linhares Batista (este STJ, em razão do inquérito que aqui tramita desde 2004, onde a reclamada figura como indiciada, juntamente com seu marido, o Desembargador Federal José Maria de Oliveira, ou a 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, onde já foi recebida denúncia contra ela).

Ressalto, de início, que a requerente gozava de foro privilegiado por prerrogativa de função perante o TJCE, durante os anos de 2003 e 2004 (época da instauração do Inq n. 429-CE neste STJ), dada a sua condição de prefeita do município de Limoeiro do Norte, não ocupando, no momento, qualquer cargo que lhe assegure a mesma prerrogativa.

Entendo, na esteira do voto do eminente Relator, que, atualmente, a competência é do juízo da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, em face do disposto no art. 5º, XXXVIII, da CF, que atribuiu ao Tribunal de Júri a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sejam eles tentados ou consumados.

Em se tratando de crime doloso contra a vida, o STJ só tem competência para apreciar e julgar, originariamente, as pessoas investidas nas funções públicas elencadas no art. 105, I, **a**, da CF, e enquanto durar essa investidura, não alcançando co-réus e partícipes do mesmo crime que não gozem de qualquer prerrogativa de foro, os quais devem ser processados e julgados perante o júri popular, impondo-se, portanto, o desmembramento do processo.

É que tal norma constitucional, de natureza absoluta, somente pode ser excluída, a meu ver, por outra de mesma natureza e hierarquia, não podendo prevalecer a regra meramente processual de reunião dos processos pela conexão e pela continência, estabelecidas nos arts. 77 e 78 do CPP, norma hierarquicamente inferior à CF.

Contudo, embora esteja reconhecendo, por fato superveniente, a atual competência do Tribunal do Júri para processar e julgar a reclamada pelo crime de homicídio do radialista Nicanor, tenho que a eminente Juíza reclamada usurpou a competência deste Tribunal ao receber o aditamento à denúncia, enquanto existente inquérito em andamento perante o STJ, onde se apurava o envolvimento da requerente no mesmo fato criminoso, inclusive com a quebra do seu sigilo bancário e telefônico.

É que a extinção do mandato político da requerente não operou efeitos automáticos no tocante à competência deste órgão jurisdicional para processá-la e julgá-la, em face do princípio da perpetuação da jurisdição. Era indispensável, portanto, o expresso reconhecimento da superveniente incompetência para a causa por este próprio STJ, ou pelo STF, através de conflito de competência.

Acompanho, assim, o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de reclamação ajuizada por Maria Arivan de Holanda Lucena, pelo fato de a Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-Ceará, ter recebido pela via do aditamento, denúncia, em que lhe é emprestada a autoria intelectual do homicídio do radialista Nicanor Linhares Batista, fato-crime que está também sendo investigado neste STJ, no Inquérito n. 429-CE, no qual é co-indiciado José Maria Lucena de Oliveira, marido da reclamante, Desembargador do TRF-5ª Região.

O eminente Min. Hamilton Carvalhido, relator, votou pela parcial procedência da reclamação, declarando nulo o recebimento do aditamento da denúncia e excluindo a reclamante da condição de investigada no inquérito em curso neste STJ. Em conseqüência da exclusão referida, declarou, para o mesmo juízo de primeiro grau, a competência para processar e julgar a reclamante pelo fato contra si denunciado.

Ouso divergir.

Os autos demonstram que a reclamante e seu esposo estão sendo investigados neste STJ, em sede de inquérito, em forma de co-autoria, são autores intelectuais do homicídio em que foi vítima Nicanor Linhares Batista.

O Ministério Público Federal, em promoção da lavra da Dra. Cláudia Sampaio Marques, de modo explícito, ao requerer a instauração de inquérito, posicionou-se do modo seguinte (fls. 2-4):

> O *Ministério Público Federal*, pela Subprocuradora-Geral da República signatária (Portaria PGR n. 61, de 26 de fevereiro de 2004), no exercício da função institucional prevista no art. 7°, II, da Lei Complementar n. 75/1993, vem requerer a instauração de *inquérito* contra *José Maria Lucena,* brasileiro, casado, Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, residente à Rua Teofreudo Goiania, 1.504, Fortaleza, Ceará, e *Arivan Lucena,* brasileira, casada, Professora, Prefeita da cidade de Limoeiro do Norte, residente à Rua Cel. José Estácio n. 2.464, Limoeiro do Norte, Ceará, em razão dos fatos a seguir relatados.
>
> [...]
>
> 4. ***Existem fortes e fundadas suspeitas de que os mandantes do crime tenham sido o Desembargador Federal José Maria Lucena e sua mulher, a Prefeita de Limoeiro do Norte, Arivan Lucena.***
>
> 11. Sobre o relacionamento entre Nicanor Linhares e ***os Investigados,*** pode ser citado, como o mais elucidativo de todos eles, o depoimento prestado pelo Deputado Estadual Paulo Carlos Silva Duarte, *verbis*:
>
> [...]
>
> 13. Desse depoimento (***Paulo Carlos da Silva Duarte,*** *Deputado Estadual, Candidato a Prefeito de Limoeiro do Norte derrotado por* ***Arivan Lucena*** *- informação da defesa*) extrai-se vários fatos relevantes, indicativos de que ***os Investigados*** foram os mandantes do crime:
>
> [...]
>
> 23. ***Voltando aos indícios da participação dos Indiciados como mandantes do crime,*** é importante ressaltar que desde a eleição de ***Arivan Lucena*** como Prefeita de Limoeiro do Norte, a ***inimizade*** entre ***Nicanor Linhares*** e ***o casal Investigado*** tornou-se pública. O seu ponto culminante ocorreu quando as rádios Educadora e Regional FM passaram a veicular uma "novelinha" satirizando Nicanor, sua família e sua amante.
>
> [...]
>
> 29. ***Outro fato gravemente revelador da*** *autoria mediata do crime pelos* ***Investigados*** *[...]*:
>
> [...]

38. Todos esses elementos constituem ***indícios veementes*** da ***autoria mediata*** do ***crime*** pelo ***Desembargador Federal José Maria Lucena*** e sua mulher ***Arivan Lucena,*** diga-se, as únicas pessoas que efetivamente tinham interesse em matar Nicanor Linhares e que tinham manifestado anteriormente essa vontade.

[...]

Brasilia, 04 de abril de 2004.

Cláudia Sampaio Marques

Subprocuradora-Geral da República

Em novo pronunciamento, a referida Subprocuradora afirmou (fls. 4-5):

1. O Ministério Público Federal requereu a instauração do presente inquérito em 14 de maio de 2004, visando apurar a autoria intelectual do homicídio do radialista Nicanor Linhares, *valendo-se, para tanto, da* ***prova colhida nos autos da ação penal que tramita em Limoeiro do Norte,*** onde estão denunciados os executores e o intermediário do crime.

2. Desde então fatos novos aconteceram que tornaram ainda mais evidente a autoria mediata do delito pelos *investigados José Maria Lucena* e *Arivan Lucena*.

[...]

5. Ora, as únicas pessoas "vinculadas a este processo" que não figuram como rés no mesmo, são o *Desembargador* e sua ***esposa, que estão sendo investigados perante esse colendo Tribunal dada a prerrogativa de foro de que é titular José Maria Lucena.*** Os demais, executores e intermediários, estão todos sendo processados em Limoeiro do Norte, exatamente no processo criminal em que prestado o depoimento.

[...]

7. Outros fatos reveladores da *participação* do *Desembargador* e sua *mulher* no *evento criminoso* ainda podem ser referidos

[...]

50. Além disto, é necessário aprofundar a presente investigação, com a realização de *diligências* que *propiciem* a *colheita de provas definitivas* de que o *Desembargador José Maria Lucena* e sua mulher, *Arivan Lucena*, foram os *mandantes do crime*.

51. É necessário saber-se dos *contatos mantidos* pelos *Investigados* nos *dias* que *antecederam* e *sucederam* à *morte* de *Nicanor Linhares*.

[...]

Brasília, 28 de abril de 2005.

Cláudia Sampaio Marques

Subprocuradora-Geral da República

Configurado esse panorama, estou que deve prevalecer o decidido na APn n. 259-PE, relatada pelo Min. Cesar Rocha, julgada em 19.03.2003, quando a Corte Especial, de modo unânime, acolhendo o voto do relator, exarou o seguinte posicionamento (fls. 9-11):

> Da competência do Tribunal do Júri, no crime de aborto, para os acusados sem prerrogativa de foro.
>
> É certo que o inciso XXXVIII do artigo 5° da Constituição assegura a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
>
> Ocorre que é também a Lei Maior que atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 105, I, **a**).
>
> O Código de Processo Penal, nos artigos 76 a 79, disciplina a competência nos casos de conexão ou continência, como na hipótese dos autos, quando a mesma infração houver sido praticada por mais de uma pessoa.
>
> Razões de segurança, coerência e de economia impõem *a unidade* do processo.
>
> Foge, por completo, aos referidos princípios e à lógica do razoável, causando enorme prejuízo para o alcance da verdade real e para a aplicação da lei, a pretendida separação do processo, em se tratando de um mesmo fato delituoso.
>
> Ademais, sem embargo dos precedentes citados pela defesa, a análise que faço do artigo 78 do Código de Processo Penal enseja conclusão diversa. Diz o inciso I que, "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do Júri". E o inciso III que, "no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação".
>
> O júri é órgão da jurisdição comum e, quando em concurso com órgão jurisdicional de superior hierarquia, predomina este por ser o de "maior graduação" consoante previsto no inciso III.
>
> O artigo 79, de sua vez, determina que "a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar; e II – no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores". A situação aqui figurada, como visto, não constitui exceção à regra da *unidade* do processo imposta pelo legislador processual penal.
>
> Reconhecido que o foro especial por prerrogativa de função, constitucionalmente estabelecido, prevalece sobre o do Tribunal do Júri, assim também há de ser entendido para os co-autores em decorrência da conhecida *vis attractiva*.
>
> Reconheço, dessarte, a competência deste eg. Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da ação penal, pelo crime de aborto, contra os denunciados sem prerrogativa de foro.

A citada decisão da Corte Especial está em harmonia com o apregoado pela Súmula n. 704 do STF, de teor seguinte:

> Não viola as garantias do juiz natural da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativas de função de um dos denunciados.

O STF, no *Habeas Corpus* n. 83.580-PE, relatado pela Min. Ellen Gracie, acompanhou igual entendimento ao acima registrado, conforme ementa do referido julgado (fls. 12):

> Competência. Crime doloso contra a vida. Atração por conexão do co-réu ao foro por prerrogativa de função.
>
> 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, **a**), ***todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão.*** *Incidência da Súmula n. 704-STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes.*
>
> 2. HC indeferido.

Há, ainda, outros precedentes do STF em igual sentido, a saber: RE n. 170.125, DJ 09.06.1995; HC n. 68.846, DJ 16.06.1995, RTJ 157/563; HC n. 75.841, DJ 06.02.1998; HC n. 74.573, DJ 30.04.1998.

No caso em exame, os precedentes jurisprudenciais acima citados devem prevalecer, em face de aspectos especiais apresentados pelos fatos em apuração, conforme bem anotou o eminente Min. Hamilton Carvalhido, na decisão que concedeu a liminar para suspender a eficácia de todos os atos judiciais praticados por juiz de primeiro grau. Eis o teor da sua fundamentação (fls. 76-77):

> Há, entretanto, particularidade que singulariza a espécie. Ofereceu-se aditamento à denúncia em processo em curso perante a Justiça do Estado do Ceará, para incluir Maria Arivan de Holanda Lucena, já indiciada em investigação criminal requerida pelo Ministério Público Federal, perante este Superior Tribunal de Justiça.
>
> Tanto não significa, por óbvio, que a existência da investigação criminal contra a indiciada, fluente neste Superior Tribunal de Justiça, derrogue a competência constitucional do Tribunal do Júri do *locus delicti*.
>
> Todavia, põe-se a questão da legalidade da denúncia oferecida, sem a prévia adoção de cabíveis providências legais que podem ser entendidas necessárias à legalidade da pretendida ação penal, pelo Ministério Público Estadual.

> Afinal, há exercício simultâneo de atribuição de membros de Ministérios Públicos diversos e em aparente conflito no próprio da suficiência da prova inquisitorial, relativa a fato-crime gravado pela continência processual, a saber, o Federal que entende não haver elementos bastantes à denúncia, e o Estadual que a oferece.
>
> Pelo exposto, presentes os pressupostos legais das medidas cautelares, defiro o pleito liminar, para suspender a eficácia de todos os atos judiciais referentes à Maria Arivan de Holanda Lucena, no processo da ação penal que tem curso na Justiça do Ceará (Ação Penal n. 554/2006, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte), especialmente o recebimento da denúncia, suspendendo, em conseqüência, o interrogatório designado para o dia 05 de abril de 2006, às 10h30.
>
> 2. Comunique-se e solicitem-se informações à autoridade reclamada.

Em face do exposto, voto pela total procedência da Reclamação, pelo que devem ser avocados os autos da Ação Penal n. 554/2006, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-Ceará, instaurada exclusivamente contra a reclamante, para serem apensados aos do Inq n. 429-CE, em curso neste STJ para os fins de direito.

É como voto.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: A reclamação foi requerida por *Maria Arivan de Holanda Lucena* contra o recebimento pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-Ceará - através de aditamento - de denúncia onde acusada da autoria intelectual da morte do radialista Nicanor Linhares Batista, delito em fase de apuração perante o Superior Tribunal de Justiça - Relator o Min. *Hamilton Carvalhido* - nos autos do Inquérito n. 429-CE, figurando - também - como indiciado José Maria Lucena de Oliveira, Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

O voto do Ministro Relator, em essência, é no sentido de acolher parcialmente a reclamação, declinando da competência para o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte para processar e julgar a ora reclamante, com sua exclusão da condição de investigada no inquérito em curso no Superior Tribunal de Justiça.

Há divergência do Min. *José Delgado* que, apoiado no HC n. 83.580-PE - do Supremo Tribunal Federal - Relatora a Min. *Ellen Gracie*, dá pela procedência

integral da reclamação, avocados os autos da Ação Penal n. 554/2006, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-Ceará - instaurada exclusivamente contra a reclamante Maria Arivan de Holanda Lucena, que deverão ser apensados aos autos do Inquérito n. 429-CE, em curso neste Superior Tribunal de Justiça.

Em função da aberta divergência entre a posição do eminente Relator e aquela declinada pelo Min. José Delgado, o pedido de vista teve objetivo de melhor compreensão acerca da controvérsia.

O voto divergente apóia-se fundamentalmente no precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, constante do *Habeas Corpus* n. 83.583-0-Pernambuco - que, por sinal, confirma decisão desta Corte Especial, no julgamento da APn n. 259-PE - relatada pelo em. Min. *Cesar Asfor Rocha*, onde, em resumo, reconhecido "que o foro especial por prerrogativa de função, constitucionalmente estabelecido, prevalece sobre o do Tribunal do Júri, assim também há de ser entendido para os co-autores em decorrência da conhecida *vis attractive*, sendo, portanto, firmada, no caso, a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da ação penal, pelo crime de aborto, contra os denunciados sem prerrogativa de foro".

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento daquele *habeas corpus* (83.583-0), deu inconteste *referendum* à tese esposada pela Corte Especial, sendo, então, por disciplina intelectual, de bom governo acompanhar a divergência no caso, até mesmo para se evitar a ocorrência de juízo discriminatório.

Admito que não se movimenta em terreno pacífico, mas, pelo contrário, contaminado pela dúvida e pela incerteza, até porque os precedentes dos quais se originaram a Súmula n. 704 do STF, nenhum deles cuida da matéria de competência do Tribunal do Júri. Um diz respeito ao chamado "escândalo da previdência" - crimes de quadrilha e peculato contra o INSS; outro é relativo ao delito de corrupção ativa; o seguinte, do mesmo modo, é pertinente a crimes contra a Previdência Social; idem quanto ao último.

De qualquer modo, especificamente, há o HC n. 69.325-3-Goiás - Relator o Min. *Marco Aurélio* - onde o Pleno do Supremo Tribunal Federal destaca que, envolvidos "em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles a prerrogativa de foro", biparte-se a competência, processando e julgando o primeiro (Conselheiro do Tribunal de Contas) o Superior Tribunal de Justiça e o segundo (cidadão comum) o Tribunal do Júri.

Ocorre que esta decisão é de 1992, bem anterior à edição da Súmula n. 704-STF que, malgrado não se ancorar em precedentes específicos de crimes

dolosos contra a vida, também não faz qualquer ressalva a respeito, sendo, inclusive, placetada pelo HC n. 83.583-0, de 2004.

Por enquanto, minha opção é seguir a jurisprudência da Casa. Com a vênia devida, acompanho a divergência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luiz Fux:

> Reclamação. Ação penal originária. Corte Especial. Homicídio. Supostos executores do crime denunciados em juízo criminal de primeiro grau. Investigações que culminaram na denúncia de Desembargador Federal e sua esposa, ora reclamante, no âmbito deste STJ. Supostos mentores intelectuais do ilícito. Recebimento do aditamento à denúncia para incluir a reclamante no pólo passivo do feito em trâmite no Juízo de Limoeiro do Norte-CE. Incidência da regra do *simultaneus processus.* Celeridade e economia processual. Conveniência e reunião das ações. Usurpação de competência deste STJ configurada. Procedência da reclamação.
>
> 1. Reclamação ajuizada contra decisão que recebeu o aditamento à denúncia, para incluir a reclamante no pólo passivo da ação penal em trâmite no juízo criminal de 1º grau, sob o argumento de que a mesma restou anteriormente indiciada neste sodalício, juntamente com seu marido que ostenta prerrogativa de foro por função, usurpando a competência deste STJ.
>
> 2. A competência do Tribunal do Júri, *ex vi* do art. 5º, XXXVIII, e a deste STJ, por força do art. 105, são constitucionalmente fixadas, de modo que ambas concorrem entre si.
>
> 3. A controvérsia gravitante em torno da prevalência do foro deve ser obrigatoriamente analisada sob o prisma da conexão e continência, segundo as prescrições dos arts. 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal; sem que reste configurado confronto de leis; mas, antes, integração entre a Carta Magna e o Código de Processo Penal.
>
> 4. *In casu*, há evidente conexão entre as condutas atribuídas aos denunciados pelo homicídio (art. 77, I, do CPP), de modo que incide da regra do *simultaneus processus,* a prevalecer a competência da jurisdição especial, *ex vi* do art. 78, III, do CPC.

5. O princípio do *simultaneus processus* restou preconizado pela Suprema Corte com a editação do Verbete Sumular n. 704-STF, o qual dispõe que, *litteris*: "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados" (precedentes: *HC n. 83.583-PE*, Relatora Ministra *Ellen Gracie*, Segunda Turma, DJ de 07 de maio de 2004 e *HC n. 42.576-MG*, Relator Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, Quinta Turma, DJ de 27 de junho de 2005).

6. A doutrina do tema não discrepa do referido entendimento; senão, vejamos:

> Pode acontecer, ainda, de um magistrado cometer um crime doloso contra a vida em concurso com uma pessoa, digamos Tício, que não tenha prerrogativa de função. Neste caso, a regra seria o magistrado ser julgado pelo Tribunal de Justiça e Tício ser julgado pelo Tribunal do Júri. Porém, como há continência (cf. art. 77, I, CPP), ou seja, o magistrado é Tício serão acusados pela mesma infração, e o efeito da continência é unidade de processo e julgamento (cf. art. 79 do CPP), prevalecerá a competência do Tribunal de Justiça, por força do art. 78, III, do CPP. Não se diga que a competência do Tribunal do Júri é constitucional e por isso devesse haver separação do processo. Não Ambas são constitucionais, porém a do Tribunal de Justiça é de maior grau de jurisdição, aplicando-se a regra, processual, do art. 78, III, do CPP.
>
> Assim, evitaremos decisões conflitantes, pois pode acontecer de o juiz ser absolvido e Tício condenado, ou vice-versa, e, neste caso, a sociedade ficar desacreditada. Nada impede que no julgamento pelo Tribunal de Justiça isto possa acontecer, porém será pelo mesmo órgão jurisdicional. Deve-se levar em conta, ainda, que o principal efeito da continência é a unidade do processo e julgamento. (*in Tourinho Filho*, Direito Processual Penal, 13ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 336).

7. *In casu*, o arcabouço fático dos autos evidencia que o feito deve ser mantido *uno*, porquanto: *(i)* as investigações iniciais culminaram apenas na denúncia dos supostos executores do crime, no bojo da Ação Penal n. 2.047/2003, em curso no Juízo de Limoeiro do Norte-CE, e que o avanço das mesmas hipoteticamente revelou os mentores intelectuais do delito, quais sejam, a reclamante e seu marido, juiz do TRF da 5ª Região, os quais, ato contínuo, foram indiciados no âmbito do STJ, evidenciando a extensão do foro especial à reclamante.

8. Os princípios da economia e celeridade processual conspiram contra o desmembramento da APn n. 517-CE, em curso nesta Corte; porquanto não se revela razoável iniciar uma novel ação penal em face da reclamante, que já responde em co-autoria pelo homicídio em trâmite nesta Corte Especial, juntamente com seu marido.

9. Deveras, no Inq n. 323-PE, que resultou na APn n. 259-PE, a Corte Especial, em caso semelhante, decidiu que:

> Foge, por completo, aos referidos princípios e à lógica do razoável, causando enorme prejuízo para o alcance da verdade real e para a aplicação da lei, a pretendida separação do processo, em se tratando de um mesmo fato delituoso.
>
> Ademais, sem embargo dos precedentes citados pela defesa, a análise que faço do artigo 78 do Código de Processo Penal enseja conclusão diversa. Diz o inciso I que, "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do Júri". E o inciso III que, "no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação".
>
> (Inq n. 323-PE, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 19.03.2003, DJ 30.06.2003 p. 118)

10. Reclamação procedente, acompanhando a divergência.

Trata-se de reclamação ajuizada por *Maria Arivan de Holanda Lucena* contra ato judicante do *Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE*, consubstanciado no recebimento do aditamento à denúncia oferecida contra a reclamante, imputando a si a autoria intelectual do homicídio do radialista *Nicanor Linhares Batista*; fato-crime também sob apuração no âmbito deste STJ, no Inquérito n. 429-CE, posteriormente convolado na APn n. 517-CE, da relatoria do nobre Ministro *Hamilton Carvalhido*, figurando nele como indiciados a reclamante e José Maria Lucena de Oliveira, seu marido e juiz do Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

Os autos noticiam que, em 30 de junho de 2003, o radialista *Nicanor Linhares Batista* faleceu em razão de ferimentos ocasionados por disparo de arma de fogo. Na Ação Penal n. 2.407/2003, em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, local onde se sucedera o homicídio, foram denunciadas as pessoas supostamente responsáveis pelo crime. Segundo a investigação policial, o crime foi encomendado pela reclamante e seu marido, eis que a vítima

apoiava o adversário político daquela, então prefeita de Limoeiro do Norte, em seu programa de rádio; razão pela qual, no idos do ano de 2004, o Ministério Público Federal requereu a instauração de inquérito no âmbito da egrégia Corte Especial deste STJ em desfavor da reclamante e seu marido.

O supracitado inquérito restou autuado neste sodalício sob o n. 429-CE; tendo sido deferido no feito em foco o pedido de quebra de sigilo bancário e telefônico dos indiciados e outros envolvidos pelo então relator o nobre Ministro *Paulo Gallotti*, em 15 de maio de 2004.

Todavia, após a instauração do presente inquérito, o Ministério Público do Estado do Ceará ofereceu aditamento à denúncia, no afã de incluir a reclamante no pólo passivo da Ação Penal n. 2.047/2003, como incursa nas penas dos arts. 121, § 2º, I e IV, na forma dos arts. 29 c.c. o 229, parágrafo único, todos do Código Penal. O aditamento desdobrou-se na Ação Penal n. 554/2006 em virtude que o feito anterior, qual seja, a Ação Penal n. 2.047/2003, encontrava-se em fase bastante adiantada.

Ao ajuizar a reclamação que ora se apresenta, a reclamante aduziu que a denúncia recebida "tem o escopo de separar o processo do STJ, em desrespeito à competência deste, já firmada *ex vi* do art. 105, I, **a**, da Constituição Federal, art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica do Magistratura Nacional, e do art. 78, III, do Código de Processo Penal" (fls. 4-5).

Neste sentido, argumentou que "Se o e. STJ, provocado pelo MP, decidiu investigar judicialmente a suposta autoria intelectual daquele delito, atribuída conjeturalmente a um magistrado federal de segundo grau e à sua consorte, já firmou definitivamente sua competência em relação até a uma ação penal pública originária, se o inquérito não chegar a ser arquivado, e em que se colocariam como acusados os dois hoje indiciados", pena de "dupla atuação da Justiça Criminal quanto a um mesmo fato, relacionado a uma mesma pessoa, o condenável *bis in idem*, traduzindo, ademais, gravíssima lesão à sobranceira competência do colendo *Superior Tribunal de Justiça*, jurisdição de maior graduação a impor-se sobre quaisquer tribunais inferiores e juízos monocráticos da Justiça comum federal ou estadual, inclusive sobre o Tribunal do Júri" (fls. 5-6).

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência da presente reclamação.

O eminente Relator Ministro *Hamilton Carvalhido* deferiu o requerimento liminar "para suspender a eficácia de todos os atos judiciais referentes à Maria

Arivan de Holanda Lucena, no processo da ação penal que tem curso na Justiça do Ceará (Ação Penal n. 554/2006, da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte), especialmente o recebimento da denúncia, suspendendo, em conseqüência, o interrogatório designado para o dia 05 de abril de 2006, às 10h30" (fls. 70-77).

Inconformado, o *Parquet* interpôs agravo regimental às fls. 93-99, aduzindo ser descabida a reclamação que se apresenta, asseverando que não há se falar na usurpação da competência deste sodalício, se o órgão jurisdicional competente para processar e julgar a reclamante é o Tribunal do Júri.

O voto do Ministro Relator foi no sentido de julgar parcialmente procedente a presente reclamação, "para declarar nulo o recebimento, pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE, do aditamento da denúncia (Ação Penal n. 554/2006), declinar, para o mesmo Juízo, da competência para processar e julgar Maria Arivan de Holanda Lucena, excluir a reclamante da condição de investigada no Inquérito n. 429-CE e julgar, relativamente a ela, extintas todas as medidas probatórias jurisdicionais."

O nobre Ministro *José Delgado* inaugurou a divergência, com o fim de julgar *in totum* procedente a presente reclamação, com supedâneo em precedente oriundo desta Corte Especial, encartado no Inquérito n. 323-PE, que resultou na APn n. 259-PE, da relatoria do e. Ministro Cesar Asfor Rocha, sendo oportuna a transcrição do seguinte excerto do retro citado precedente, *verbis:*

> Da competência do Tribunal do Júri, no crime de aborto, para os acusados sem prerrogativa de foro.
>
> É certo que o inciso XXXVIII do artigo 5° da Constituição assegura a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
>
> Ocorre que é também a Lei Maior que atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 105, I, **a**).
>
> O Código de Processo Penal, nos artigos 76 a 79, disciplina a competência nos casos de conexão ou continência, como na hipótese dos autos, quando a mesma infração houver sido praticada por mais de uma pessoa.
>
> Razões de segurança, coerência e de economia impõem *a unidade* do processo.
>
> Foge, por completo, aos referidos princípios e à lógica do razoável, causando enorme prejuízo para o alcance da verdade real e para a aplicação da lei, a pretendida separação do processo, em se tratando de um mesmo fato delituoso.

> Ademais, sem embargo dos precedentes citados pela defesa, a análise que faço do artigo 78 do Código de Processo Penal enseja conclusão diversa. Diz o inciso I que, "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do Júri". E o inciso III que, "no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação".
>
> O júri é órgão da jurisdição comum e, quando em concurso com órgão jurisdicional de superior hierarquia, predomina este por ser o de "maior graduação" consoante previsto no inciso III.
>
> O artigo 79, de sua vez, determina que "a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo: I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar; e II – no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores". A situação aqui figurada, como visto, não constitui exceção à regra da *unidade* do processo imposta pelo legislador processual penal.
>
> Reconhecido que o foro especial por prerrogativa de função, constitucionalmente estabelecido, prevalece sobre o do Tribunal do Júri, assim também há de ser entendido para os co-autores em decorrência da conhecida *vis attractiva*.
>
> Reconheço, dessarte, a competência deste eg. Superior Tribunal de Justiça para o julgamento da ação penal, pelo crime de aborto, contra os denunciados sem prerrogativa de foro.
>
> (Inq n. 323-PE, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 19.03.2003, DJ 30.06.2003 p. 118)

À luz do precedente invocado, solicitei vista dos autos para melhor análise da questão posta.

Os autos me vieram conclusos para decisão em 17 de abril de 2008, consoante termo de fl. 137.

É o relatório.

O cerne da controvérsia respeita saber se competência para processar e julgar a reclamante, denunciada no âmbito deste sodalício juntamente com seu marido (juiz do Tribunal Regional Federal da Quinta Região), ambos pela suposta autoria intelectual do homicídio de *Nicanor Linhares Batista*, permanece neste STJ, haja vista o recebimento do aditamento à denúncia pelo Juízo de Limoeiro do Norte-CE, para inserir a reclamante no pólo passivo da ação penal em curso naquele juízo, na qual são processados os supostos executores do crime.

Em ambos os casos, trata-se de competência constitucionalmente estabelecida; a do Tribunal do Júri *ex vi* do art. 5º, XXXVIII, e a deste STJ por força do art. 105, I. Portanto, *in casu*, tem-se concorrência entre duas

competências constitucionais, na medida em que se cuida de homicídio cometido em concurso de agentes, sendo que um deles, por ser desembargador federal, ostenta prerrogativa de foro.

Sucede que, quanto a prevalência do Tribunal do Júri ou da jurisdição especial, a doutrina pátria posiciona-se de forma divergente, ora manifestando-se pela desunião dos feitos, ora pelo *simultaneus processus*.

À guisa de cotejo, oportunamente colaciona-se os seguintes excertos das obras de *Tourinho Filho* e *Paulo Rangel*, respectivamente, *verbis*:

> Trata-se, aqui, de hierarquia jurisdicional. Havendo conexão ou continência envolvendo pessoas sujeitas a jurisdições hierarquicamente diferentes, prevalece a de maior graduação. Assim, se um Juiz de Direito comete estelionato, tendo como partícipe um comerciante, há continência (concurso de pessoas): deve haver um só processo. Como o comerciante deve ser julgado pela jurisdição de primeiro grau, prevalece esta, devendo ambos ser processados e julgados pelo Tribunal de Justiça. E se, nesse mesmo exemplo, o crime fosse da competência do Júri? Haveria, então, a disjunção dos processos: o Juiz seria julgado pelo Tribunal de Justiça (por força do art. 96, III, da CF), enquanto o comerciante, pelo Tribunal do Júri, pela simples razão de a competência do Júri vir estabelecida na Constituição Federal, e, por isso mesmo, não pode o CPP, lei infraconstitucional, alterar regra de competência estabelecida na Lei Maior. (*in* Código de Processo Penal Comentado, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, vol. 1, p. 263).

> Pode acontecer, ainda, de um magistrado cometer um crime doloso contra a vida em concurso com uma pessoa, digamos Tício, que não tenha prerrogativa de função. Neste caso, a regra seria o magistrado ser julgado pelo Tribunal de Justiça e Tício ser julgado pelo Tribuna do Júri. Porém, como há continência (cf. art. 77, I, CPP), ou seja, o magistrado é Tício serão acusados pela mesma infração, e o efeito da continência é unidade de processo e julgamento (cf. art. 79 do CPP), prevalecerá a competência do Tribunal de Justiça, por força do art. 78, III, do CPP. Não se diga que a competência do Tribunal do Júri é constitucional e por isso devesse haver separação do processo. Não Ambas são constitucionais, porém a do Tribunal de Justiça é de maior grau de jurisdição, aplicando-se a regra, processual, do art. 78, III, do CPP.
>
> Assim, evitaremos decisões conflitantes, pois pode acontecer de o juiz ser absolvido e Tício condenado, ou vice-versa, e, neste caso, a sociedade ficar desacreditada. Nada impede que no julgamento pelo Tribunal de Justiça isto possa acontecer, porém será pelo mesmo órgão jurisdicional. Deve-se levar em conta, ainda, que o principal efeito da continência é a unidade do processo e julgamento. (*in* Direito Processual Penal, 13ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 336).

A jurisprudência emanada pela Suprema Corte e este STJ também é nebulosa, existindo precedentes que adotam as duas linhas de entendimento; senão, vejam-se os precedentes:

> Competência. Crime doloso contra a vida. Atração por conexão do co-réu ao foro por prerrogativa de função.
>
> 1. Tendo em vista que um dos denunciados por crime doloso contra a vida é desembargador, detentor de foro por prerrogativa de função (CF, art. 105, I, **a**), todos os demais co-autores serão processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, por força do princípio da conexão. Incidência da Súmula n. 704-STF. A competência do Tribunal do Júri é mitigada pela própria Carta da República. Precedentes.
>
> 2. HC indeferido (HC n. 83.583-PE, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 07 de maio de 2004).

> *Habeas Corpus*. 2. Co-réu, militar da Polícia Militar, denunciado, por infringir o art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, do Código Penal, juntamente com ex-Secretário de Segurança Pública do Estado, e outros. 3. Desmembramento do processo, que atende à orientação do STF definida pelo Plenário, no julgamento do HC n. 69.325-GO. 4. O envolvimento de co-réus em crime doloso contra a vida, havendo em relação a um deles foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente, não afasta os demais do juiz natural, *ut* art. 5º, XXXVIII, alínea **d**, da Constituição. 5. Hipótese em que o paciente servia no Gabinete Militar do Governo do Estado e a arma não pertencia à Polícia Militar, mas, sim, a órgão da Governadoria estadual. Não cabe falar em competência da Justiça Militar do Estado. 6. *Habeas Corpus* conhecido como recurso ordinário contra decisão em *habeas corpus*, originariamente, impetrado no STJ. Recurso desprovido (HC n. 73.235-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ de 18 de outubro de 1996).

> Criminal. REsp. Homicídio. Delegado e agentes de polícia em missão. Inquérito desarquivado. Provas novas. Dúvidas acerca da incidência da excludente da legítima defesa. Atos investigatórios praticados pelo Ministério Público. Possibilidade. Prerrogativa de foro de um dos recorrentes, Deputado Estadual. Cisão do processo. Legalidade. Recurso desprovido.
>
> *(omissis)*
>
> VIII - A fixação da competência do Tribunal de Justiça, em razão da prerrogativa de foro de um dos recorrentes - deputado estadual - não se estende aos demais, que deverão ser processados e eventualmente julgados pelo Juízo do Tribunal do Júri. Precedentes do STJ e do STF.
>
> IX - Recurso desprovido (REsp n. 738.338-PR, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 21 de novembro de 2005).

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes de homicídio tentado e consumado duplamente qualificado contra a mulher do Prefeito, a mando deste. Decreto de prisão preventiva. Argüição de excesso de prazo e falta de provas da autoria. Improcedência. Competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar o Prefeito, não o co-réu que não possui prerrogativa de foro. Competência do Tribunal do Júri. Cisão do processo. Concessão de ordem de ofício.

(*omissis*)

5. Inexistindo prerrogativa de foro para o co-réu, exsurge a competência do Júri Popular para julgá-lo, devendo os dispositivos constitucionais serem harmonizados, isto é, mantém-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, o Prefeito (art. 29, inciso X, CF); e, com relação ao co-réu, a competência é do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea **d**, CF). Precedentes do STJ e do STF.

6. *Habeas corpus* denegado, mas concedida a ordem, de ofício, para declarar a incompetência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão para processar e julgar o ora Paciente na ação penal originária, devendo ser cindido o julgamento para a preservação da competência do Tribunal do Júri (HC n. 36.844-MA, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 1º de agosto de 2005).

Habeas corpus. Homicídio triplamente qualificado. Prisão preventiva. Decreto devidamente fundamentado. Art. 312 do CPP. Revogação. Impossibilidade. Excesso de prazo. Instrução encerrada. Súmula n. 52-STJ. Prefeito. Foro por prerrogativa de função. Continência. Unidade de processo e julgamento. Graduação de jurisdição. Competência do Tribunal de Justiça. Ausência de nulidade absoluta.

Tendo o decreto de custódia cautelar se fundado em indícios suficientes de autoria e prova da existência do delito, a que se acresce a necessidade de manter-se a ordem pública, descogita-se, no caso, de constrangimento ilegal.

Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando fundada nos requisitos do artigo 312 do CPP.

Excesso de prazo na instrução criminal plenamente justificado e superado pelo término da instrução criminal. Súmula n. 52 do STJ.

"O foro por prerrogativa de função relativo aos Prefeitos Municipais tem assento na Constituição Federal. Embora a competência do Tribunal do Júri também decorra de norma constitucional, o foro do Tribunal de Justiça prevalece sobre o Colegiado Popular, em razão da maior graduação daquele sobre este, conforme dispõe o artigo 78, inciso III, do Código de Processo Penal."

Ordem parcialmente concedida para que seja determinada a remessa dos autos da Ação Penal n. 000.304.011.362-7, em trânsito perante o Juízo de Direito da Comarca de Abre Campo-MG, ao eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo em

> *vista a sua atração por continência ao foro por prerrogativa de função do co-réu e Prefeito Davis Antônio Cardoso Junior* (HC n. 42.576-MG, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 27 de junho de 2005) (grifamos).

No afã de pacificar o tema, a Suprema Corte sumulou a questão, editando o Verbete n. 704-STF, o qual dispõe que, *litteris*:

> Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Não se pode olvidar que a controvérsia deve ser obrigatoriamente analisada sob o prisma da conexão e continência, segundo as prescrições dos arts. 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal. Não se diga que a previsão constitucional é hierarquicamente superior ao CPP. É que não trata de confronto de leis; mas, antes, a integração entre ambos os diplomas.

In casu, há evidente conexão entre as condutas que resultaram no homicídio de *Nicanor Linhares Batista* (art. 77, I, do CPP), de modo que incide da regra do *simultaneus processus,* a prevalecer a competência da jurisdição especial, *ex vi* do art. 78, III, do CPC, que assim reza, *verbis:*

> Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
>
> (...)
>
> III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

Sob este enfoque, evidenciada a conexão ou continência, exsurge que a regra do *simultaneus processus*, que apenas não prevalece em havendo motivo relevante que o magistrado repute imprescindível a separação dos feitos ou pelas hipóteses objetivas do supracitado dispositivo.

Inclusive, essa orientação restou perfilhada pela colenda Corte Especial, que, na sessão realizada no dia 19 de junho de 2006, unanimemente não acolheu a questão de ordem suscitada nos autos do *Habeas Corpus* n. 36.596-SP, da relatoria do eminente Ministro *Hamilton Carvalhido*, com a qual se pretendia unir, por continência, o referido *writ*, a APn n. 214-SP e a APn n. 226-SP, estas duas últimas de minha relatoria e todos versando a construção do TRT de São Paulo, na esteira do voto vista confeccionado por mim, preconizando que "O art. 80 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de separação de ações

mercê da conexão ou continência em face de óbices ao regular andamento do feito, bem como diante da possibilidade de ocorrência de prescrição quanto a um dos delitos persequíveis."

Sucede que, *in casu*, o arcabouço fático dos autos evidencia que o feito deve ser mantido *uno*. É que as investigações iniciais culminaram apenas na denúncia dos supostos executores do crime, no bojo da Ação Penal n. 2.047/2003, em curso no Juízo de Limoeiro do Norte-CE, e que o avanço das mesmas hipoteticamente revelou os mentores intelectuais do delito, quais sejam, a reclamante e seu marido, juiz do TRF da 5ª Região, os quais, ato contínuo, foram indiciados no âmbito do STJ, evidenciando a extensão do foro especial à reclamante.

Os princípios da economia e celeridade processual conspiram contra o desmembramento da APn n. 517-CE, em curso nesta Corte; porquanto não se revela razoável iniciar uma novel ação penal em face da reclamante, que já responde em co-autoria pelo homicídio em trâmite nesta Corte Especial, juntamente com seu marido.

Nessa esteira, remanescendo a competência deste STJ para processar e julgar a reclamante pelos fatos veiculados na APn n. 517-CE, cabível a presente reclamação, de modo que o agravo regimental interposto pelo ilustre membro do *Parquet* oficiante no feito deve ser desprovido.

Isto posto, acompanho a divergência, a fim de julgar totalmente procedente a presente reclamação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, julgando parcialmente procedente a reclamação.

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA N. 831-FR (2005/0031310-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Requerente: Spie Enertrans S/A

Advogado: Hugo Ibeas e outro(s)
Requerido: Inepar S/A Indústria e Construções
Advogado: Maria de Fátima Temer Barbosa Cursino e outro(s)

EMENTA

Sentença estrangeira. Juízo arbitral. Contrato internacional firmado anteriormente à edição da Lei de Arbitragem (9.307/1996). Acordo de Consórcio inadimplido. Empresa brasileira que incorpora a original contratante. Sentença homologada.

1. Acordo de consórcio internacional, com cláusula arbitral expressa, celebrado entre empresas francesa e brasileira.

2. A empresa requerida, ao incorporar a original contratante, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, inserida no Acordo de Consórcio que restou por ela inadimplido.

3. Imediata incidência da Lei de Arbitragem aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. Precedente da Corte Especial.

4. Sentença arbitral homologada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o pedido de homologação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha.

Sustentou oralmente o Dr. Ricardo Ramalho de Almeida, pela requerente.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 19.11.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: *Spie Enertrans S/A* (SET), sociedade com sede na França, requer a homologação de Sentença Arbitral Estrangeira de (fls. 160-263, vol. 1), proferida em 07.05.2003, contra *Inepar S/A Indústria e Construções*, sociedade com sede no Rio de Janeiro-RJ, pela *International Court of Arbitration, da International Chamber of Commerce* – ICC.

A requerente alega que a empresa ora requerida (Inepar) sucedeu, por incorporação, sua subsidiária *Sade Vigesa Industrial e Serviços S/A* (SVIS) nos termos do art. 227 da Lei das S.A., e que a SVIS tornou-se cessionária e assumiu, total e incondicionalmente, todos os direitos e obrigações da empresa *Sade Vigesa S/A*, cujo nome foi posteriormente alterado para *S/V Engenharia S/A* e referida no laudo como SVE ou Sade.

Acrescenta que esta última (SVE) fora, originariamente, contraparte da ora requerente (SET) em consórcio firmado com a *Ethiopian Electric Light & Power Authority*, em 23.06.1995, para o fornecimento, construção e colocação de linha de transmissão de energia na Etiópia.

Sustenta que, por força de cessão contratual e em razão do "inadimplemento das obrigações que deram origem à arbitragem, esta foi iniciada contra a SVIS, sendo ela logo após substituída, depois de ser incorporada e extinta, pela própria Inepar, a qual passou a atuar e a integrar, diretamente como parte, o processo de arbitragem, inclusive firmando a 'Ata de Missão' prevista no art. 18 do Regulamento de Arbitragem da ICC (vide item 28 da sentença arbitral)".

Alega que, em razão do inadimplemento pela SVE (sucedida pela SVIS e, posteriormente, pela Inepar), a ora requerente (SET) incorreu em substanciais despesas e custos adicionais, reconhecidos pela sentença arbitral.

Afirma que o Tribunal arbitral enfrentou, exaustivamente, as alegações de suposta não-sujeição da requerida (Inepar) à cláusula arbitral, "inclusive sob o argumento de não ter havido a cessão, com a respectiva assunção dos

direitos e obrigações... e, portanto, segundo essa mesma alegação, não ter havido, tampouco, a transferência e assunção da cláusula arbitral".

Argumenta que, pelo "Instrumento Contratual de Assunção de Dívida, de Confissão de Dívida, de Dação em Pagamento, de Cessão de Contratos, de Transferência de Empregados e outros Pactos", de 31.10.1996 – que na sentença passou a ser chamado de "Documento Contratual" –, a Inepar assumiu todos os bens e ativos operacionais, até então possuídos ou mantidos pela SVE. Alega que toda a "'passagem' se deu através da SVIS, em seguida transformada em subsidiária da Inepar via compra de ações e em ato subseqüente incorporada pela própria Inepar".

Alega, por fim, que a sentença arbitral atende a todos os requisitos necessários à sua homologação.

Em sua contestação (fls. 505-525, vol. 3), a requerida aduz, preliminarmente, vício na citação, bem como ineficácia da cláusula arbitral, *in casu,* uma vez que o Acordo de Consórcio fora firmado entre a SET (requerente) e a SVE em 1995, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei de Arbitragem Brasileira (Lei n. 9.307, de 23.09.1996). Assim sendo, defende a aplicação dos arts. 584, IV, e 1.097 do CPC, que exigiam a dupla homologação de sentença arbitral estrangeira, o que não ocorreu.

Ademais, aponta violação à soberania nacional, à ordem pública e ao princípio do contraditório, afirmando que: a arbitragem é um direito personalíssimo; a cláusula arbitral é intransferível; era necessária a sua expressa e manifesta declaração de vontade nesse sentido, o que não existiu; as questões foram apreciadas de acordo com a legislação belga, o que resultou em prejuízo para si; participou do processo arbitral, com muito esforço, mas teve seus pedidos de produção de provas indeferidos, porque o Tribunal Arbitral considerou suficientes as evidências de danos sofridos, conforme indicação da ora requerente.

Sustenta, ainda, que, conforme "a Lei de Arbitragem, o árbitro tem poderes para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis", no entanto "a alegada sucessão da SVE pela requerida não é uma decisão de caráter patrimonial disponível".

Pugna, ao final, pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, para que sejam acolhidas as preliminares por ela argüidas e, se assim não for, pela improcedência do pedido de homologação, ficando a requerente condenada na verba de sucumbência.

A requerente apresentou réplica (fls. 1.182-1.256, vol. 6), aduzindo que: inexiste o alegado vício de citação; o reconhecimento de firmas dos documentos atendeu ao disposto no Acordo de Cooperação em Matéria Civil, firmado entre o Brasil e França, em 2000 (art. 23), à Convenção de Nova Iorque (art. 4º) e ao Regulamento da Corte Abitral (art. 28); a alegação de ineficácia da cláusula compromissória é infundada, uma vez que a requerida participou de todo o processo arbitral; a Lei de Arbitragem se aplica nos casos pendentes de julgamento, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais brasileiros, no sentido de que, "tendo as normas de natureza processual da Lei n. 9.307/1996 eficácia imediata, devem ser observados os pressupostos nela previstos para homologação da sentença arbitral estrangeira, independentemente da data de início do respectivo processo perante o juízo arbitral" (SEC n. 5.828-NO, DJ 23.02.2001).

Quanto ao mérito, a requerente afirma que, "a despeito de tudo quanto alegou em sua contestação, a Inepar não foi capaz de provar qualquer um dos óbices que, em tese, seriam capazes de justificar o indeferimento da homologação".

Aduz, em suma, que, nos termos da Convenção de Nova Iorque: as partes na arbitragem são plenamente capazes e a cláusula arbitral absolutamente válida e obrigatória para ambas; à requerida foi assegurado o pleno exercício do direito ao contraditório e ao devido processo legal; o litígio foi decidido pelo Tribunal arbitral nos exatos limites em que a ele foi submetido pelas partes; a instituição da arbitragem observou, integralmente, o Regulamento da CCI, uma vez que os árbitros foram livremente indicados pelas partes, inclusive com estrita obediência à "ata de missão" que estas, como previsto no art. 18 do citado regulamento, também livremente ajustaram e assinaram, em conjunto com os árbitros, nela fixando a matéria objeto da arbitragem, suas respectivas pretensões e postulações, as regras procedimentais que pautariam a arbitragem, em atestado inequívoco de sua submissão à arbitragem, ao competente regulamento e ao Tribunal arbitral por elas livremente constituído para a solução do litígio, sendo, pois, a sentença arbitral, decisão final, obrigatória para as partes, inclusive por disposição expressa do regulamento, a qual foi devidamente aprovada pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI e notificada às partes.

Ressalta, ademais, que a sentença arbitral não foi anulada ou suspensa por qualquer espécie de decisão judicial do País em que foi proferida – no caso, a França –, e nem contraria a ordem pública, uma vez que o objeto do litígio

envolvia apenas direitos patrimoniais disponíveis, suscetíveis de serem resolução por arbitragem.

Alega, por fim, restarem atendidos todos os requisitos previstos no mencionado art. V da Convenção de Nova Iorque, bem como aqueles estabelecidos nos arts. 38 e 39 de nossa Lei de Arbitragem para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, observando, ainda, que a nossa lei fez coincidir os seus próprios requisitos com os daquela Convenção, antes mesmo de sua eficácia em nosso sistema jurídico.

Assim, afirmando estarem afastadas as questões preliminares argüidas pela Inepar e preenchidos os requisitos formais deste procedimento, a requerente reitera o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira.

O Ministério Público Federal manifestou-se perante o Supremo Tribunal Federal requerendo diligências (fls. 1.258-1.259 e 1.330-1.331, vols. 6 e 7).

A requerida apresentou memorial (fls. 1.265-1.267, vol. 6) e a requerente prestou esclarecimentos (fls. 1.312-1.323, vol. 7).

Em razão do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou a competência para o processamento e julgamento dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras, foram os autos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

O então relator, Min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, às fls. 1.340, determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal, que exarou o parecer de fls. 1.342-1.356, opinando, conclusivamente, pelo deferimento do pedido.

Em razão da aposentadoria do relator, os autos foram encaminhados sucessivamente ao Min. *Jorge Scartezzini*, à Min. *Nancy Andrighi* e, em 03.07.2007, a mim atribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, a empresa francesa *Spie Enertrans S/A* (SET) e a brasileira *S/V Engenharia S/A* (SVE) foram contrapartes em um consórcio firmado com a *Ethiopian Electric Light & Power Authority*, em 23.06.1995, para o fornecimento, construção e colocação de linha de transmissão de energia na Etiópia. É de se ressaltar a

existência de cláusula arbitral no referido acordo de consórcio. Ocorre que a SVE fora sucedida pela SVIS e, posteriormente, pela Inepar.

Em razão do inadimplemento do contrato pela empresa brasileira, a requerente, *Spie Enertrans S/A* (SET), objetiva a homologação da sentença arbitral proferida contra *Inepar S/A Indústria e Construções* pela *International Court of Arbitration, da International Chamber of Commerce* – ICC.

Relevante trazer a lume o bem lançado parecer do Subprocurador-Geral da República *Edson Oliveira de Almeida*, que, opinando pelo deferimento do pedido, asseriu (fls. 1.350-1.356, vol. 7):

> As preliminares apontadas como óbices ao seguimento do processo não se verificam, de fato – caso da alegação de vício da citação, ou foram supridas em tempo hábil, como se deu com a entrega pela própria requerida da procuração do representante da empresa, outorgada antes da data da formalização do ato citatório, e se assim não fosse, seu comparecimento espontâneo aos autos para contestar o feito, suprida estaria a falta de citação e, em conseqüência a renovação da ordem.
>
> O presente caso merece algumas considerações em face da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 – Lei de Arbitragem. A jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal tinha firme entendimento, antes do advento da referida Lei, de que os laudos arbitrais produzidos no estrangeiro só mereceriam homologação se fossem aprovados por decisão jurisdicional do Estado em que se formaram.
>
> A Lei de Arbitragem trouxe modificação em nosso ordenamento jurídico que possibilita a homologação de decisões arbitrais estrangeiras sem chancela, no país de origem, de órgão judiciário, sendo certo que a alegação de ineficácia da cláusula compromissória na forma como pretendida pela requerida, quando alega que o "Acordo de Consórcio" foi assinado antes da Lei n. 9.307/1996, é de total improcedência.
>
> O legislador nacional equiparou os efeitos da sentença arbitral aos da decisão proferida em processo de conhecimento e o fez de forma expressa, estabelecendo que, *verbis*:
>
> > Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.
>
> A não-aplicabilidade da Lei de Arbitragem ao caso em apreço, em vista de o "Acordo de Consórcio" ter sido firmado antes de sua promulgação, como entende a empresa requerida, tenho que, além de esgotado pela réplica o assunto, o referido diploma legal, de conteúdo nitidamente processual, tem incidência

imediata em todos os casos pendentes de julgamento (RE n. 91.839/60, Min. *Rafael Mayer*, DJ de 15.05.1981). Causa espécie, essa alegação da requerida quando, no mérito, suscita que a sentença homologanda não poderá ser reconhecida porque não assinou, repita-se o "Acordo de Consórcio". Todavia, pretende que o mesmo não alcance os efeitos da Lei n. 9.307/1996, contrariando, assim, o foco principal de sua peça contestatória.

Não merecendo acolhida qualquer das preliminares argüidas pela empresa requerida, onde buscou óbice ao prosseguimento do presente feito tendende a conferir a eficácia da sentença estrangeira arbitral, também, não cabe ao juízo homologatório rediscutir matéria reservada ao mérito do que decidido pela *International Court of Arbitration da International Chamber of Constructions* – ICC.

Entretanto, porquanto válidas no país onde proferidas, as questões relativas ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, proferida fora do território nacional têm por regência a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 e, – a rigor – o que preconiza o art. 35 e seguintes da norma especial em comento e as disposições da Convenção de Nova York, com eficácia interna autorizada pelo Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002, as quais sem qualquer contrariedade, complementam-se em busca de solução de litígios no comércio internacional.

Ademais, no que se refere à exeqüibilidade da decisão, impele elucidar que o escopo do pedido homologatório não é, certamente, conferir a eficácia do contrato em que se baseou o juízo arbitral para decidir, mas a própria sentença dele emanada, que deverá atender, para tanto, os pressupostos gerais de homologabilidade exigidos pela legislação brasileira. Devendo "a parte contra a qual ela é invocada" comprovar os impedimentos previstos no art. V da Convenção sobre o Reconhecimento e a execução de sentenças Arbitrais estrangeiras – incorporada à nossa lei interna pelo Decreto n. 4.113, de 23.07.2002.

Do contexto dos autos, não resta menor dúvida da existência de um contrato inadimplido, onde foi previsto o recurso de arbitragem, e da realização desta segundo as regras legais aplicáveis, na forma como convencionada pelas partes (Acordo de Consórcio - fls. 75-108 - tradução, vol. 1), e atos que comprovem a participação das partes perante o juízo arbitral, sem que tenha ocorrido ofensa ao princípio do contraditório, conforme podemos aferir do texto homologando.

Observe-se, ainda que a sentença arbitral homologanda decidiu conflito entre sociedade comerciais sobre direitos disponíveis: a existência e o montante de crédito a título de indenização por descumprimento contratual.

Por outro lado, a decisão arbitral é definitiva e portanto obrigatória entre as partes. Note-se, a propósito o documento traduzido a fl. 160, cuja autenticação encontra-se a fl. 263 – vol. 1, bem assim o documento de fls. 376-379 – tradução.

Na acirrada defesa de seus pontos de vista as partes carrearam aos autos farta documentação, argumentos fundamentados na melhor doutrina e jurisprudência brasileira e internacional. O caso acha-se, portanto, suficientemente instruído.

Entretanto, é na inteligência da decisão arbitral que encontro respaldo para opinar sobre o reconhecimento ou homologação pretendida.

O laudo arbitral cuja homologação é pretendida, resulta de inadimplemento do "Acordo de Consórcio" constituído entre a empresa postulante "SET" e incorporadora Inepar S/A, Indústrias e Construções, em decorrência do Contrato firmado com a Autoridade Etíope de Energia Elétrica – *Ethiopian Electric Light and Power Authority*, denominada empregadora, em 31 de maio de 1995, o qual tinha por objeto o fornecimento, construção e colocação em operação e garantia de uma linha de transmissão de 230 KV na Etiópia.

É certo que a Inepar S/A, embora não tenha sido contratante original, obrigou-se em face de uma cessão do "Acordo de Contrato" pela SVE à SVIS, subsidiária da ora requerida e que foi por esta incorporada e extinta.

Por necessário e conclusivo, do que dos autos consta, verifico que diante da posição assumida pela Inepar, refere ao Acordo de Consórcio, no juízo arbitral e por força da cessão decorrente do "Documento Contratual", assim denominado o "Instrumento Contratual de Assunção de Dívida, de Confissão de Dívida, de Dação em pagamento, de Cessão de Contratos, de Transferência de Empregados e Outros Pactos, datado de 31 de outubro de 1996, firmados entre a Sade e a SVIS, sendo esta última, repito, incorporada pela Inepar, e da aceitação da referida transferência pela SET, em 23 de julho de 1999, fica afastada a ilegitimidade passiva da empresa brasileira Inepar, tanto na Corte arbitral como no presente feito.

A posição assumida pela Inepar ao incorporar a SVIS em relação a cessão de contratos é prova inequívoca da transmissão da cláusula arbitral. Vide no "*Ato* Contratual" os efeitos gerados pela cessão de direitos previstos nas cláusulas 6.2, 6.3, I, II e III.

Agrega-se a esta assertiva, a transmissão da cláusula arbitral prevista no Acordo de Consórcio - art. 19.

> 19.1. Divergência entre as partes. Todas as divergências surgidas com relação ao presente Acordo serão solucionadas definitivamente de acordo com as Normas de Conciliação e Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio, por um ou mais árbitros nomeados de acordo com essas normas. O lugar de arbitragem será Paris (França) – fls. 100-101 – vol. 1 – tradução.

Estabelecendo, ainda, no art. 22 a Lei de Regência, *verbis:*

> O presente Acordo será regido pela Lei da Bélgica (fl. 102 – vol. 1 – tradução).

Na cessão de Contrato, não ocorre apenas a substituição de uma parte. O cessionário assume todos os direitos e obrigações do cedente, que se lhe

transmite globalmente por efeito do negócio único que estipularam – no caso específico, a cláusula arbitral, prevista no Acordo de Consórcio, que resultou inadimplido pelo cessionário SVIS – Inepar – vide art. 1.116 e seguintes do C.C.B./2002.

Observe-se, que na instauração do procedimento arbitral, as partes nomearam seus árbitros, confirmaram as normas reguladoras do processo de arbitragem, ou seja, as compreendidas no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional "e que Paris é o local da arbitragem", documento denominado pelo art. 18 do Regulamento de Arbitragem de "*ata de missão*" – equivalente ao compromisso arbitral.

A mais, resulta comprovado e não contestado pela requerida que, em 13 de setembro de 2000, no curso do juízo arbitral, as partes assinaram um "Adendo à *ata de missão* de 31 de maio de 2000", onde resultou consignado:

> A Inepar Indústrias e Construções, sucessora da Sade Vigesa Industrial e Serviços S.A., pela presente substitui esta última (Sade Vigesa Industrial e Serviços) em todos os direitos e obrigações resultantes da Ata de Missão firmada em 31 de maio de 2000 (fl. 168 – tradução).

Como pode a Inepar alegar, neste momento, violação ao princípio do contraditório, o que por certo ofenderia a soberania nacional e a ordem pública, quando resulta sobejamente demonstrado que exerceu em plenitude o seu direito de defesa perante a Corte Arbitral, onde, além de discutir a jurisdição, veio a aceitá-la – *adendo* à *ata de missão*, transcrita no parágrafo anterior, apresentou defesa de mérito e pela mesma razão confirmou a cláusula arbitral.

Neste ponto tenho por esgotada a matéria passível de discussão em sede de homologação de sentença estrangeira (SEC n. 4.738, Min. *Celso de Mello*, DJ de 07.04.1995). Bem a propósito, nesse particular, a farta doutrina e os precedentes trazidos pela empresa requerente nas oportunidades em que veio aos autos infirmam as alegações da empresa requerida, que adoto por convenientes.

Foram atendidas as exigências da Lei de Arbitragem, as disposições da Convenção de Nova Iorque de 1958, integrada ao direito positivo pátrio através do Decreto n. 4.311, publicado no Diário Oficial da União em 24 de junho de 2002.

Por seu turno a requerida não demonstrou quaisquer dos impedimentos da lei de regência sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. O objeto do litígio é suscetível de ser resolvido por arbitragem e não ocorre qualquer circunstância de ofensa à ordem pública.

É firme o entendimento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade da Lei n. 9.307, de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem), e da sua aplicação imediata, conforme o

julgado citado em inúmeras decisões desta Corte: AgRg na SE n. 5.206-Reino da Espanha, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, julgado em 12.12.2001 e publicado no DJ de 30.04.2004.

Importante frisar que, quando do julgamento da SEC n. 831-EX, *leading case* na matéria, da relatoria da Min. *Eliana Calmon*, DJ de 21.05.2007, a Corte Especial, após acurado exame da questão, decidiu pela imediata incidência da Lei de Arbitragem aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. O aresto restou assim ementado:

> Sentença estrangeira. Juízo arbitral. Contrato internacional assinado antes da Lei de Arbitragem (9.307/1996).
>
> 1. Contrato celebrado no Japão, entre empresas brasileira e japonesa, com indicação do foro do Japão para dirimir as controvérsias, é contrato internacional.
>
> 2. Cláusula arbitral expressamente inserida no contrato internacional, deixando superada a discussão sobre a distinção entre cláusula arbitral e compromisso de juízo arbitral (precedente: REsp n. 712.566-RJ).
>
> 3. As disposições da Lei n. 9.307/1996 têm incidência imediata nos contratos celebrados antecedentemente, se neles estiver inserida a cláusula arbitral.
>
> 4. Sentença arbitral homologada.

Destarte, como bem salientou o Ministério Público, em seu acurado parecer, a empresa Inepar, ao incorporar a SVIS, assumiu todos os direitos e obrigações da cedente, inclusive a cláusula arbitral em questão, que fora prevista no Acordo de Consórcio firmado com a ora requerente, o qual restou inadimplido.

Descabidas, portanto, as alegações, postas pela requerida, de violação à soberania nacional e à ordem pública, bem como da não-incidência da Lei de Arbitragem, porque o Acordo de Consórcio fora assinado em 1995, antes, portanto, da edição da referida lei; tampouco é aplicável, *in casu*, a sistemática anteriormente prevista pelos arts. 584, IV, e 1.097 do CPC, que exigiam a dupla homologação da sentença arbitral estrangeira.

Ademais, verifica-se inexistir o alegado vício na citação ou violação ao princípio do contraditório, sendo certo que a requerida participou do processo arbitral.

Em suma, bem ponderada a questão, não ocorre nenhum dos óbices suscitados pela requerida. Além disso, cotejando-se o que consta destes autos com as exigências inscritas na Lei n. 9.307/1996, sobretudo o § 2º do art.

21 c.c. 32 e incisos, nada existe, juridicamente, que se oponha à pretendida homologação.

No que se refere à verba honorária, *in casu*, levando-se em conta que houve contestação da requerida, aplicam-se, analogicamente, as regras do CPC, especialmente o § 4º do seu art. 20. Cumpre registrar, ademais, que houve trabalhos bem elaborados dos procuradores das partes, mas é certo que está sendo acolhida a pretensão homologatória, o que significa, em termos, a "sucumbência" da requerida, requisito básico para responsabilizá-la por tal verba, ainda que não se trate de "causa", estritamente considerada. A condenação incide a título objetivo e visa ressarcir a parte que necessitou ingressar em Juízo, buscando a prevalência de um direito, dos custos incorridos, para tanto, incluindo-se a verba advocatícia.

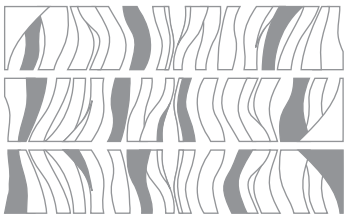
Em conclusão, *defiro o pedido de homologação da sentença arbitral estrangeira*, ficando a requerida condenada em custas e honorários advocatícios, arbitrados, eqüitativamente, em R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais).

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, quando a Corte Especial discutiu a respeito da aplicação da Lei n. 9.307, de 1996, às cláusulas compromissórias ajustadas anteriormente, fiquei vencido.

Portanto, ressalvando a minha posição, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, deferindo o pedido de homologação da sentença estrangeira.



Jurisprudência da **Primeira Seção**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.017-DF (2008/0271496-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Impetrante: Pagrisa Pará Pastoril e Agrícola S/A
Advogado: Cláudio Bonato Fruet e outro(s)
Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Portaria MTE n. 540/2004. Inclusão do nome da impetrante no cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo. Ato determinado pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego em avocatória ministerial. Legitimidade passiva. Ausência de violação dos princípios da legalidade e da presunção de inocência. Legitimidade da atuação dos auditores-fiscais do trabalho. Inadequação do mandado de segurança para verificar se a empresa pratica trabalho escravo.

1. Hipótese em que o Mandado de Segurança foi impetrado contra ato imputado ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, referente à determinação de inclusão do nome da impetrante no *cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo*, instituído pela Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

2. Os fatos descritos nos Autos de Infração lavrados contra a impetrante são extremamente graves: condições degradantes de trabalho; alojamentos superlotados (onde os empregados dormiam em redes); retenção intencional de salários; jornada excessiva, com início às 4h30; não-fornecimento de água potável; intervalos menores que uma hora para repouso e alimentação dos trabalhadores; proibição expressa de que os obreiros pudessem parar para comer o lanche que eles mesmos levavam para as frentes de trabalho; recibos de pagamentos com valores zerados ou irrisórios; inexistência de instalações fixas ou móveis de vasos sanitários e lavatórios (segundo os fiscais, "em uma das frentes de trabalho, encontramos uma tenda montada, com um buraco

de 50 cm de profundidade, sem vaso sanitário e nas outras frentes de trabalho não havia qualquer instalação sanitária"); ausência de fornecimento e de utilização de equipamentos de proteção adequados aos riscos da atividade; falta de material necessário à prestação de primeiros socorros, *etc*.

3. Os precedentes do STJ reconhecem, em julgados análogos, a ilegitimidade do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego para figurar no pólo passivo do *mandamus*. No entanto, o caso em análise apresenta uma peculiaridade: todos os processos administrativos referentes aos autos de infração lavrados contra a empresa foram *avocados* pelo Ministro de Estado do Trabalho, conforme autoriza o art. 638 da CLT. A avocatória ministerial deveu-se à "excessiva demora na conclusão dos autos no âmbito da Superintendência Regional do Pará" e foi realizada "como medida de correição, para se evitar novas irregularidades na aplicação da lei e no procedimento administrativo", inclusive com sugestão de abertura de "processo administrativo disciplinar, para fins de apuração de responsabilidade."

4. Em síntese, a impetrante alega que: a) a Portaria n. 540/2004 é inconstitucional, pois fere o Princípio da Legalidade e o da Presunção de Inocência; b) os auditores fiscais do trabalho carecem de atribuição legal para fiscalizar a empresa; c) não há trabalho escravo em suas dependências.

5. No Direito Constitucional contemporâneo, inexiste espaço para a tese de que determinado ato administrativo normativo fere o Princípio da Legalidade, tão-só porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Ao contrário dos modelos constitucionais retórico-individualistas do passado, despreocupados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Social brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos aspectos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o texto constitucional autorizar.

6. A empresa defende uma concepção ultrapassada de *legalidade*, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm *status* de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora.

7. A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de *superlegalidade*. No Estado Social, seu texto estabelece amiúde direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional. Mesmo que assim não fosse, há regramento infraconstitucional sobre a matéria, diferentemente do que afirma a impetrante.

8. A Portaria MTE n. 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, IV, da CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV, da CF). Em acréscimo, foi editada em conformidade com a regra do art. 21, XXIV, da CF, que prescreve ser da competência da União "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho." Por fim, não se pode olvidar que materializa o comando do art. 186, III e IV, da CF, segundo o qual a função social da propriedade rural é cumprida quando, além de outros requisitos, observa as disposições que regulam as relações de trabalho e promove o bem-estar dos trabalhadores.

9. Some-se a essas normas o disposto no art. 87, parágrafo único, I e II, da Constituição de 1988, pelo qual compete ao Ministro de Estado, entre outras atribuições estabelecidas na Constituição e na lei, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e "expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos".

10. Além de ter fundamento na Constituição, a Portaria n. 540/2004 encontra amparo na legislação infraconstitucional. O art. 913 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro ao estabelecer que "o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio expedirá instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessários à execução desta Consolidação."

11. Também os Tratados e Convenções internacionais, que, segundo a teoria do Monismo Moderado, ingressam no Direito Brasileiro com *status* de lei ordinária, veiculam diversas normas de combate ao trabalho em condições degradantes. Em rol exemplificativo, deve-se registrar a Convenção sobre a Escravatura (Decreto n.

58.562/1966) e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho números 29 (Trabalho Forçado e Obrigatório) e 105 (Abolição do Trabalho Forçado), ambas ratificadas pelo Brasil (Decreto n. 41.721/1957 e Decreto-Lei n. 58.882/1966, respectivamente).

12. Não há, pois, como falar em violação do Princípio da Legalidade.

13. No mais, a impetrante alega que a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo é crime (art. 149 do Código Penal) e, como tal, a constatação administrativa de sua prática só pode produzir efeitos após o trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de violação do Princípio da Presunção de Inocência.

14. Como se sabe, no Direito brasileiro, as instâncias penal, civil e administrativa não se confundem. Vale dizer: se o processo administrativo observou os trâmites legais, e nele foi produzida prova suficiente para bem caracterizar a conduta reprovável, a sanção (ou, no caso dos autos, medida administrativa) pode ser aplicada independentemente de prévia condenação criminal.

15. No caso dos autos, conforme regra inscrita no art. 2º da Portaria n. 540/2004, a determinação para inclusão do nome da empresa no Cadastro foi tomada após decisão *final* em processo administrativo que observou os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

16. Vale lembrar que o processo administrativo rege-se pelos Princípios da Administração Pública, dentre os quais se destaca o Princípio da Publicidade. Daí a conclusão de que o Cadastro que veicula o nome das empresas que tiveram seus autos de infração declarados subsistentes, em processo administrativo regular, não penaliza a pessoa jurídica, apenas assegura transparência à atuação do Administrador, *in casu* também contribuindo para informar a sociedade sobre as ações dos órgãos públicos destinadas a erradicar o trabalho degradante no Brasil.

17. Ao contrário do afirmado pela impetrante, o art. 11 da Lei n. 10.593/2002, que dentre outros temas dispõe sobre a Carreira de Auditor-Fiscal do Trabalho, legitima a fiscalização realizada por esses agentes públicos.

18. A impetrante acrescenta que o Ministério Público do Trabalho esteve por duas vezes em suas dependências e não constatou a existência de trabalho escravo. Contudo, importa observar que a fiscalização pelo MPT e pelo Ministério do Trabalho são independentes, sem falar que a inspeção realizada pelo *Parquet* ocorreu em data bem anterior à fiscalização que ensejou a presente impetração.

19. Por fim, verificar a ausência de trabalho escravo na empresa demandaria análise de fatos e ampla dilação probatória, incompatível com o rito do Mandado de Segurança.

20. O trabalho escravo - e tudo o que a ele se assemelhe - configura gritante aberração e odioso desvirtuamento do Estado de Direito, sobretudo em era de valorização da dignidade da pessoa, dos direitos humanos e da função social da propriedade.

21. O Poder Público acha-se obrigado, pela Constituição e pelas leis, não só a punir com rigor o trabalho escravo e práticas congêneres, como a informar à sociedade sobre a sua ocorrência, por meio de mecanismos como o cadastro de empregadores: em síntese, um modelo oposto ao silêncio-conivência da Administração, que até recentemente era a tônica da posição do Estado em temas de alta conflituosidade.

22. A rigor, a impetrante busca, pela via transversa do ataque ao cadastro de empregadores, impugnar os auspiciosos efeitos do *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*, o que não é objeto, nem poderia ser, do presente Mandado de Segurança.

23. Mandado de Segurança denegado, cassada a liminar anteriormente concedida e prejudicado o Agravo Regimental da União.

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: "A Seção, por unanimidade, denegou a segurança e cassou a liminar anteriormente concedida, restando prejudicado o agravo regimental interposto pela União, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell

Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou, oralmente, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, pela impetrante.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.07.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, referente à determinação de inclusão do nome da impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em Condição Análoga à de Escravo, instituído pela Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A impetrante atribui a prática do ato coator ao Ministro do Trabalho, pois, segundo informa, a autoridade "avocou a decisão dos processos administrativos (...) e determinou em todos eles o seguinte: '(...) Cumpra-se o disposto no art. 2º Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, incluindo-se o nome da empregadora no cadastro de que trata a citada portaria'." (fl. 4).

Em síntese, a impetrante sustenta que a) a Portaria n. 540/2004 é inconstitucional; b) o cadastro tem natureza punitiva, uma vez que, "ao contrário de outros cadastros, como o Cadin ou Serasa, que são de consulta restrita ao interessado, essa 'lista suja' é pública e divulgada por todos os órgãos de imprensa (...)." (fl. 9).

Argumenta que não explora trabalho escravo, mencionando que foi fiscalizada pelo Ministério Público do Trabalho e "nada foi constatado com relação a trabalho em condições análogas a de escravo." (fl. 13).

Justificou o pedido de concessão de liminar ao fundamento de que a próxima atualização do referido Cadastro ocorreria em dezembro de 2008, com a inclusão do nome da impetrante. Especifica que terá enormes prejuízos com a medida, pois, como empresa produtora de álcool anidro carburante e açúcar

cristal, "especialmente com a suspensão dos contratos de compra e venda de álcool com as grandes distribuidoras de combustível, seus principais clientes. Essa suspensão das compras não é uma mera suposição, pois o *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo* proíbe que as empresas que aderiram estabeleçam relações comerciais com os 'sujos'". (fl. 15).

Determinei a oitiva da autoridade impetrada em 72 horas, exclusivamente quanto aos requisitos para a concessão da liminar (fl. 589), o que foi cumprido às fls. 593-626.

Inicialmente indeferi a liminar (fls. 629-630), mas reconsiderei a decisão às fls. 645-646, após novos argumentos e pedido da empresa. Dessa decisão a União interpôs Agravo Regimental.

A Autoridade Impetrada apresentou Informações também quanto ao mérito da impetração (fls. 653-660), sustentando que a Portaria n. 540/2004 tem fundamento constitucional e legal.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança, defendendo a ilegitimidade passiva do Ministro de Estado, a impetração contra lei em tese e a necessidade de dilação probatória.

É o *relatório.*

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Discute-se nos autos o cabimento de Mandado de Segurança contra ato que determinou a inclusão do nome da empresa impetrante no *cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo*, instituído pela Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Por relevante, desde já registro que a Pagrisa é sociedade anônima, produtora de álcool, açúcar, além de milho, soja e outros produtos. De acordo com o Ministério do Trabalho, a fazenda em que se localiza a Pagrisa tem uma área de aproximadamente 17.000 ha (dezessete mil hectares), com produção de 300 mil litros de álcool por dia. A empresa também está investindo na produção de açúcar, contando com incentivos fiscais fornecidos pelo Estado do Pará.

1. Os autos de infração lavrados contra a empresa

A determinação foi tomada pelo Ministro do Trabalho após fiscalização procedida pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, no período de

28 de junho a 08 de agosto do ano de 2007, quando foram lavrados 23 (vinte e três) autos de infração contra a empresa, dos quais 21 (vinte e um) foram julgados procedentes na esfera administrativa.

Por ocasião da fiscalização *in loco*, o GEFM imputou inúmeras condutas à empresa, dentre as quais destaco:

> a empresa transportando trabalhadores em ônibus que não possui assentos para todos os ocupantes, levando os trabalhadores a viajarem de pé ou sentados sobre as barras de ferro dos bancos, colocando em risco a segurança dos trabalhadores. (fl. 91)
>
> mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana e a jornada de seus trabalhadores excedia em muito o limite legal de duas horas extraordinárias diárias, posto que a jornada de alguns trabalhadores iniciava-se às 04:30 da manhã, com o embarque nos ônibus que conduziam os trabalhadores às frentes de trabalho, período que faz parte da jornada pelo fato do trajeto não ser servido por transporte público. (fl. 112)
>
> a existência de diversas lesões trabalhistas relativas a direitos assegurados nas convenções internacionais da OIT números 29 e 105, ratificadas pelo Brasil, e integrantes do ordenamento jurídico, dentre elas a pressão exarcerbada que os empregados sofriam para uma grande produtividade, fundamentadas nas ordens expressas que os empregados recebiam para trabalhar, ainda que doentes, pois segundo estes, as enfermidades raramente eram consideradas pelo médico da empresa como sendo justificativas para a falta ao trabalho, além da proibição expressa de que os obreiros pudessem parar para consumir o lanche que os próprios levavam para as frentes de trabalho, o que poderia ser fundamental para restabelecer a energia em uma jornada tão exaustiva como é a atividade no corte de cana. Demonstra-se assim a negligência da empresa no respeito aos direitos fundamentais dos seus empregados, praticando as mais diversas irregularidades, que aviltavam a dignidade dos obreiros, chegando ao ponto inclusive de entregar recibos de pagamentos com valores zerados ou irrisórios e sequer entregar para estes os valores devidos, ainda que mínimos. (fls. 136-137)
>
> a empresa não garante a remuneração de um salário mínimo proporcional ao número de dias trabalhados, o que lesa o trabalhador. (fl. 164)
>
> a empresa não pagava para muitos empregados o valor de trinta por cento do salário mínimo em dinheiro, havendo casos de empregados que não receberam pagamentos em dinheiro ou com valores irrisórios. (fl. 178)
>
> a mesma mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana e concedia intervalos menores do que uma hora para repouso e alimentação dos trabalhadores. Os trabalhadores com jornada acima de seis horas diárias tinham menos de uma hora de intervalo para almoço. (fl. 229)

a empresa mantinha trabalhadores na aplicação de agrotóxicos e estes trabalhadores, quando desenvolviam esta atividade, utilizavam suas roupas pessoais por baixo das vestimentas destinadas à proteção contra os efeitos dos agrotóxicos, o que contraria dispositivo normativo citado na capitulação do auto de infração. (art. 13 da Lei n. 5.889/1973) (fl. 252)

a mesma descontava de seus empregados o valor referente à alimentação. Ocorre que quando os trabalhadores trabalhavam menos do que trinta dias do mês, pelo fato de terem iniciado a prestação de serviços após o início do mês, a empresa utilizava como base o percentual de 25% do salário mínimo integral, sem redução do desconto proporcionalmente aos dias trabalhados, o que lesava o trabalhador. (fl. 313)

a empresa mantém empregados em alojamentos onde se utiliza redes trazidas pelos próprios empregados, tendo em vista que não são fornecidas camas, colchões, roupas de cama nem redes pelo empregador. Além disso os alojamentos encontravam-se superlotados e a separação entre as redes dos empregados era menor do que o espaçamento mínimo de 1,00 (um metro) previsto pelas normas de proteção à saúde do trabalhador. (fl. 404)

a empresa possui 1.630 empregados e o dimensionamento de seu serviço especializado em segurança e saúde do trabalho rural (SESTR) não cumpre a quantidade mínima de profissionais legalmente habilitados exigidos no quadro I do item 31.6.11 da NR n. 31, possuindo apenas 2 técnicos de segurança e não possuindo enfermeiro do trabalho. (fl. 433)

a empresa mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana-de-açúcar e não disponibilizava aos trabalhadores nas frentes de trabalho instalações fixas ou móveis compostas de vasos sanitários e lavatórios, na proporção de um conjunto para cada grupo de quarenta trabalhadores ou fração. Em uma das frentes de trabalho, encontramos uma tenda montada, com um buraco de 50 cm de profundidade, sem vaso sanitário e nas outras frentes de trabalho não havia qualquer instalação sanitária. (fl. 478)

a empresa mantém empregados em atividades de plantio e corte de cana. Por ocasião da verificação física nas frentes de trabalho, foi constatado que a empresa não cumpria sua obrigação de exigir dos empregados a utilização de equipamentos de proteção adequados aos riscos da atividade. Entre os empregados por nós encontrados nas frentes de plantio sem luva, citamos: (nomes omitidos). (fl. 524)

a empresa mantém empregados em trabalho e não disponibiliza a estes material necessário à prestação de primeiros socorros. Nas frentes de trabalho por nós inspecionadas, não havia qualquer material de primeiros socorros. (fl. 549)

mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana-de-açúcar e não disponibilizava aos trabalhadores abrigos, fixos ou móveis, nas frentes de trabalho, que protegessem os trabalhadores contra as intempéries, durante as refeições.

> Os trabalhadores se alimentavam no refeitório da fazenda somente quando as frentes de trabalho em que laboravam eram próximas da sede, quando as frentes de trabalho eram mais distantes, o que ocorria regularmente, os trabalhadores consumiam suas refeições sentados no chão, ao relento, sujeitos a sol e chuva e outras intempéries. (fl. 573)

A impetrante alega, em síntese, que:

a) o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego é parte legítima para figurar no pólo passivo do Mandado de Segurança, uma vez que praticou pessoalmente o ato apontado como coator;

b) a Portaria MTE n. 540/2004 é inconstitucional, pois "o inciso II do art. 87 é suficientemente claro para impedir que se consubstancie validade a um ato normativo expedido por um Ministro de Estado que pretenda dar parâmetros de execução para o dispositivo constitucional que prevê a função social da propriedade, pois portaria é ato que regulamenta decreto, não pode servir para 'regulamentar' dispositivo constitucional." (fl. 6)

c) "é vedado às autoridades de direção do Ministério do Trabalho e Emprego conferir aos auditores-fiscais do trabalho encargos ou funções diversas das que lhe são próprias (...). Dentre as atribuições próprias dos auditores-fiscais do trabalho, estabelecidas no art. 18 do Decreto n. 4.552/2002, não se encontra a de fiscalizar o emprego de mão de obra em condição análoga a de escravo, mesmo porque trata-se de tipo penal (art. 149 do CP) cuja investigação é de atribuição da polícia." (fl. 8).

d) "Por tratar-se a redução do trabalhador à condição análoga a de um escravo um crime, qualquer sanção só poderá ser imposta, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, com uma sentença penal transitada em julgado. Mais uma garantia fundamental (art. 5º, XXXIX) que restará violada caso prevaleça a ilegalidade cometida pelo Ministro do Trabalho." (fl. 10)

e) "o Impetrante faz questão de afirmar, com toda ênfase, que não pratica a conduta altamente reprovável que lhe é imputada (...). Importante mencionar que, três meses antes da fiscalização realizada pelo GEFM, que ocorreu nos meses de junho e julho de 2007, a Impetrante foi fiscalizada pelo Ministério Público do Trabalho (entre os dias 26.02.2007 e 23.03.2007), e nada foi constatado com relação a trabalho em condições análogas a de escravo" (fl. 13). Posteriormente, em 12.09.2008, nova fiscalização do Ministério Público do Trabalho não verificou "qualquer indício de trabalho em condições degradantes ou análogas às de escravo nas dependências da empresa." (fl. 14).

Passo a analisar cada uma dessas alegações.

2. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

Inicialmente, não desconheço os precedentes desta Corte que, em casos análogos, declararam a ilegitimidade do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego para figurar no pólo passivo do *mandamus*. Entretanto, o caso em exame apresenta uma peculiaridade.

Na análise dos autos verifica-se que os processos administrativos referentes aos autos de infração lavrados contra a empresa foram avocados pelo Ministro de Estado do Trabalho, conforme autoriza o art. 638 da CLT:

> Art. 638. Ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio é facultado avocar ao seu exame e decisão, dentro de 90 (noventa) dias do despacho final do assunto, ou no curso do processo, as questões referentes à fiscalização dos preceitos estabelecidos nesta Consolidação.

O procedimento deveu-se à "excessiva demora na conclusão dos autos no âmbito da Superintendência Regional do Pará" e foi realizado "como medida de correição, para se evitar novas irregularidades na aplicação da lei e no procedimento administrativo", inclusive com sugestão de abertura de "processo administrativo disciplinar, para fins de apuração de responsabilidade." (fl. 87).

Dessa forma, todos os processos administrativos foram decididos pelo próprio Ministro do Estado do Trabalho e Emprego, que expressamente determinou o cumprimento do "disposto no art. 2º da Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, incluindo-se o nome da empregadora no cadastro de que trata a citada Portaria."

Não há dúvida de que, *in casu*, a competência para processar e julgar o presente Mandado de Segurança é do Superior Tribunal de Justiça, consoante o disposto no art. 105, I, **b**, da Constituição Federal.

3. A Constitucionalidade da Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego. Inexistência de violação dos Princípios da Legalidade e da Presunção de Inocência

Conforme relatado, a impetrante sustenta a inconstitucionalidade da Portaria n. 540/2004 pois, segundo alega, teria sido editada com fundamento direto na Constituição Federal, ferindo o Princípio da Legalidade. Em suas palavras, "o inciso II do art. 87 é suficientemente claro para impedir que se consubstancie validade a um ato normativo expedido por um Ministro de Estado

que pretenda dar parâmetros de execução para o dispositivo constitucional que prevê a função social da propriedade, pois portaria é ato que regulamenta decreto, não pode servir para 'regulamentar' dispositivo constitucional." (fl. 6)

Afirma, ainda, que, por força da Portaria n. 1.150/2003, do Ministério da Integração Nacional, o Ministério do Trabalho encaminha semestralmente o Cadastro "aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, com recomendação para que se abstenham de conceder créditos às pessoas físicas e jurídicas que venham a integrá-lo. Como se expor publicamente o mero acusado de crime não fosse suficiente, o Executivo, por meio de outro Ministério, determinou que cessassem todas as linhas de créditos para os incluídos na 'lista suja'" (fl. 9).

Passo a analisar, portanto, as apontadas violações aos Princípios da Legalidade e da Presunção de Inocência.

Como de conhecimento geral, o Princípio da Legalidade determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, da CF/1988), o que equivale à noção de que a Administração nada pode fazer a não ser o que a lei previamente autorize. Ao revés, a caracterização da legalidade para os particulares apresenta outro viés, já que podem fazer tudo o que a lei não proíbe.

No caso dos autos, entretanto, a empresa defende uma concepção já ultrapassada de *legalidade*, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm *status* de normas jurídicas, delas podendo-se extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora ou mediação do legislador infraconstitucional, exceto quando expressamente assim o preveja. A Constituição é a norma por excelência, por ser dotada de *superlegalidade*.

Por isso, no Direito Constitucional contemporâneo não há espaço para a tese de que determinado ato infralegal fere o Princípio da Legalidade por ser porta-voz de expressão claríssima da Constituição, mais ainda quando, *in casu*, é decorrência natural e necessária dos "fundamentos" da República Federativa do Brasil, entre os quais se inclui "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III).

Na nossa Constituição há dispositivos que, por compreensível zelo e desconfiança do constituinte, têm vida própria e, por isso mesmo, não dependem da boa-vontade ou do senso incerto de oportunidade e conveniência do legislador infraconstitucional. Que estranha, para não dizer perigosa, visão de legalidade é essa que não abrange os preceitos constitucionais? Qualquer conceito de legalidade só será válido se tiver como ponto de partida a Constituição. Advogar

a idéia de que um ato infralegal fere a legalidade porque encontra fundamento direto na Constituição é querer aplicar o Direito Constitucional às avessas, fazendo-o refém dos desígnios de quem legisla, e só pode legislar, com base e nos limites da norma constitucional. É transformar o destinatário da Constituição em árbitro e controlador de seu conteúdo, sentido, campo de aplicação e eficácia.

O caso dos autos, antes de retratar malferimento ao Princípio da Legalidade, evidencia que as normas constitucionais estão produzindo efeitos no mundo dos fatos, ou seja, alcançando a *efetividade* descrita por Kelsen como "o facto real de ela (a norma) ser efectivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos factos". (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 5 ed., Ceira, Coimbra, A. Amado, 1979, p. 29-30).

Isso porque a edição da Portaria MTE n. 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, IV, CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV, CF).

Em acréscimo, tal ato foi aprovado em conformidade com a regra do art. 21, XXIV, da CF, que prescreve ser da competência da União "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho." Além disso, não se pode olvidar que materializa o comando do art. 186, III e IV, da Constituição Federal, segundo o qual a função social da propriedade rural é cumprida quando, além de outros requisitos, as disposições que regulam as relações de trabalho são observadas e o bem-estar dos trabalhadores é favorecido.

Some-se a essas normas o disposto no art. 87, parágrafo único, I e II, da Constituição de 1988 (grifei):

> Art. 87. (...)
>
> Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:
>
> I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
>
> II - *expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;*

No panorama constitucional atual não é possível sustentar, como quer fazer crer a empresa, que as normas constitucionais programáticas, aquelas que prescrevem fins públicos a serem realizados (o que, convenhamos, não é a hipótese dos autos), não são dotadas de eficácia. Primeiro porque as normas constitucionais em questão não são programáticas, pelo menos no sentido que lhe quer emprestar a impetrante. Segundo porque, exceto quando a Constituição o referir expressamente, não existe norma constitucional que ali esteja apenas para ser admirada como uma obra de arte.

No caso em análise, a Portaria MTE n. 540/2004 surgiu como mais um instrumento de realização do programa social previsto na Constituição de 1988, motivo por que beira o absurdo sustentar a sua inconstitucionalidade.

Pois bem. Conforme destacado até aqui, o ordenamento constitucional já traz, em si, o suporte normativo para a edição da Portaria MTE n. 540/2004. Entretanto, além do fundamento constitucional (que, repito, tem comando suficiente para autorizar a criação do Cadastro em análise), destaco que, ao contrário do que sustenta a impetrante, a legislação infraconstitucional também legitima o ato aqui apontado como coator.

O art. 913 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro ao estabelecer que "o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio expedirá instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessários à execução desta Consolidação."

Também tratados e convenções internacionais de caráter geral, que segundo a teoria do Monismo Moderado ingressam no Direito brasileiro com *status* de lei ordinária, veiculam diversas normas de combate ao trabalho em condições degradantes. Apenas para citar algumas dessas normas, relembro a Convenção sobre a Escravatura (Decreto n. 58.562/1966) e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho números 29 (Trabalho Forçado e Obrigatório) e 105 (Abolição do Trabalho Forçado), ambas ratificadas pelo Brasil (Decreto n. 41.721/1957 e Decreto-Lei n. 58.882/1966, respectivamente).

Como visto, não faltam fundamentos constitucionais e legais para validar a edição da Portaria MTE n. 540/2004, não havendo falar em contrariedade ao Princípio da Legalidade.

Tampouco há violação ao Princípio da Presunção de Inocência. A empresa alega que a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo é crime, tipificado no art. 149 do Código Penal e, como tal, a conclusão pela prática do delito só pode produzir efeitos após o trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência. O

raciocínio, mais uma vez, é incorreto. O princípio em questão não pode servir de bandeira para macular o ato administrativo que determinou a inclusão do nome da empresa no Cadastro em estudo, após a conclusão de processo administrativo em que se oportunizou ao investigado o pleno exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório. Foi exatamente o que se deu, conforme prova carreada aos autos. A propósito, transcrevo a redação do art. 2º da Portaria MTE n. 540/2004:

> Art. 2º A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

Vale lembrar ainda que o processo administrativo rege-se pelos Princípios da Administração Pública, dentre os quais se inclui o Princípio da Publicidade. Daí a conclusão de que o Cadastro que veicula o nome das empresas que tiveram seus autos de infração declarados subsistentes, em processo administrativo regular, não tem por objetivo primário penalizar a empresa, mas assegurar, preponderantemetne, transparência à atuação da Administração Pública, com isso mantendo a sociedade informada sobre as ações dos órgãos públicos destinados a erradicar o trabalho degradante.

No mais, é oportuno relembrar a independência das instâncias penal, civil e administrativa. Vale dizer, se o processo administrativo observou os trâmites legais, e nele foi produzida prova suficiente para caracterizar a conduta ilícita, a sanção pode ser aplicada independentemente de prévia condenação criminal.

A Portaria MTE n. 540/2004 não enuncia penalidades decorrentes da inclusão do nome da empresa no Cadastro, apenas prevê o envio de cópia da lista para diversos órgãos públicos (art. 3º da Portaria), o que reforça seu caráter informativo. As conseqüências de inclusão do nome no Cadastro são efeitos naturais da cautela que os órgãos públicos e agências de financiamento devem tomar ao contratarem com sujeitos privados.

Ninguém tem direito *tout court* a financiamento oficial ou a contratar de maneira privilegiada com o Poder Público. O Estado, senhor da apreciação do que seja conveniente e oportuno, nos espaços reservados para tal pelo ordenamento jurídico, pode estabelecer regras e condições gerais sobre como, com quem e quando contratar. Levar em conta a verificação administrativa da existência de trabalho escravo ou de condição análoga à de escravo não passa

de um desses condicionantes – justificável sob todos os ângulos que se queira apreciar – que se encaixam perfeitamente nas funções do Poder Público.

No caso dos autos, a empresa alega que, na qualidade de produtora de álcool anidro carburante e açúcar cristal, terá enormes prejuízos com a inclusão de seu nome no Cadastro, "especialmente com a suspensão dos contratos de compra e venda de álcool com as grandes distribuidoras de combustível, seus principais clientes. A suspensão das compras não é mera suposição, pois o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo proíbe que as empresas que aderiram estabeleçam relações comerciais com os 'sujos'". (fl. 15). Sustenta também que não conseguirá créditos públicos em bancos comerciais.

Como se vê, os prejuízos econômicos decorrem da reação das "grandes distribuidoras de combustível" que firmaram o Pacto de Erradicação do Trabalho Escravo ou de bancos públicos ou privados. A situação é análoga à de alguns estabelecimentos comerciais que verificam se o nome do consumidor consta do SPC ou da Serasa antes de com eles contratarem. Os danos, portanto, não podem ser imputados ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, tampouco constituem penalidades previstas no Cadastro de Empregadores.

Sobre essa alegação em especial, cito a pertinente observação do Juiz do Trabalho João Humberto Cesário:

> (...) decididamente não parece razoável que fazendeiros sérios, que observam rigorosamente a legislação trabalhista, devam disputar créditos públicos em pé de igualdade com aqueles que maltratam a dignidade o ser humano, sendo inquebrantável obrigação do Poder Executivo tratá-los de modo desigual, já que como é curial, o princípio da isonomia, direito e garantia fundamental da sociedade (art. 5º, *caput*, da CRFB), consiste em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de modo desigual, na exata medida de suas desigualdades."
>
> (João Humberto Cesário, Breve estudo sobre o cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo (Lista Suja): aspectos processuais e materiais. *In*: Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava (coords.), *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*, São Paulo, LTr, 2006, p. 179)

Dessa forma, a inclusão do nome de pessoas físicas ou jurídicas no Cadastro de que trata a Portaria n. 540/2004, após decisão final em processo administrativo que observa o Contraditório e a Ampla Defesa, é medida que beneficia o interesse público primário da sociedade em geral, que precisa ser alertada sobre a prática desumana de trabalho escravo, para que possa reagir e

exigir medidas cada vez mais enérgicas do Estado. É ainda providência salutar em favor do próprio setor produtivo privado, que não pode ter sua imagem – inclusive internacional – e legítima lucratividade ameaçadas por insignificante, mas persistente, minoria de empregadores que optam por se comportar como se ainda vivêssemos em regime escravagista. Nesse sentido, estudo dos Procuradores do Trabalho Sandra Lia Simón e Luis Antonio Camargo de Melo informa que a Inglaterra já teria sugerido um "boicote" à carne brasileira por entender que seu preço era mais competitivo em virtude do trabalho escravo utilizado na cadeia produtiva:

> Uma pesquisa produzida pela ONG Repórter Brasil identificou a cadeia produtiva de fazendas flagradas com escravos no Brasil, demonstrando que não se trata de empregadores rurais desinformados, mas de 'empresários rurais inseridos no agronegócio, muitos produzindo com alta tecnologia'. Muitos dos produtos são destinados à exportação, sendo certo que a própria Inglaterra já havia denunciado que o prazo da carne brasileira era mais competitivo em razão da utilização da mão-de-obra escrava, sugerindo o boicote do produto brasileiro.
>
> (Sandra Lia Simón e Luis Antonio Camargo de Melo, Produção, consumo e escravidão - restrições econômicas e fiscais. Lista suja, certificados e selos de garantia de respeito às leis ambientais trabalhistas na cadeia produtiva. *In*: Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava (coords.), *Trabalho Escravo Contemporâneo*, cit., p. 235).

A história recente do País testemunha que, além da punição do infrator e da libertação dos trabalhadores, é preciso, simultaneamente, conscientizar a sociedade e toda a Administração Pública para que o trabalho escravo deixe de ser extremamente lucrativo (a cifra seria de 31,6 bilhões de dólares ao ano, segundo dados do Relatório Global da OIT de 2005 – Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado).

A matéria aqui tratada é de extrema relevância, pois, ao contrário do que muitos podem pensar, as autoridades brasileiras estimam que ainda existem "no Brasil 25.000 pessoas em situação análoga à escravidão." (Sandra Lia Simón e Luis Antonio Camargo de Melo, Produção, consumo e escravidão - restrições econômicas e fiscais. Lista suja, certificados e selos de garantia de respeito às leis ambientais trabalhistas na cadeia produtiva. *In*: Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava (coords.), *Trabalho Escravo Contemporâneo*, cit., p. 231).

A edição da Portaria MTE n. 540/2004, atacada pelo Mandado de Segurança, é, portanto, exemplo de providência absolutamente legal, oportuna e necessária que, sem ferir a Constituição Federal e a legislação brasileira

aplicável à matéria, inclusive tratados e convenções internacionais, concretiza o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, reafirma o conteúdo e sentido das garantias individuais e sociais, densifica a função social da propriedade rural, tudo nos limites da autoridade do Ministro do Trabalho e do Emprego.

4. Atribuição dos auditores-fiscais do Trabalho para fiscalização da empresa e negativa de prática de trabalho escravo

Finalmente, ao lado das alegações de que a Portaria n. 540/2004 seria inconstitucional por ferir a legalidade e a presunção de inocência, já refutadas acima, a impetrante sustenta que a) os auditores-fiscais do trabalho não têm, dentre suas atribuições, competência para fiscalizá-la e b) não há trabalho escravo em suas dependências.

Esses argumentos, todavia, escapam ao âmbito de conhecimento do STJ, por meio de Mandado de Segurança, pois o primeiro diz respeito diretamente aos requisitos intrínsecos do auto de infração, o que não se enquadra no ato de Ministro de Estado atacado nesse Mandado de Segurança. Já a verificação sobre a existência ou não de trabalho escravo na propriedade da impetrante exigiria dilação probatória, incompatível com o rito célere do *mandamus*.

Contudo, ainda que em *obiter dictum*, observo que a Lei n. 10.593/2002 (que dentre outros temas dispõe sobre a Carreira de Auditor-Fiscal do Trabalho) prevê expressamente as atribuições dos auditores-fiscais do trabalho (grifei):

> Art. 11. Os ocupantes do cargo de *Auditor-Fiscal do Trabalho* têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:
>
> I - *o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;*
>
> II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;
>
> III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;
>
> IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;
>
> V - *o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;*
>
> VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem

> como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.
>
> Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, *podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.*

A propósito, devo registrar que o Grupo Especial Móvel de Fiscalização – GEMF, que durante aproximadamente um mês permaneceu na propriedade da impetrante e foi responsável pela auditoria que ensejou cerca de 20 (vinte) autos de infração, esteve em mais de mil fazendas entre 1995 e 2003, e sua atuação resultou na libertação de 10.726 (dez mil, setecentos e vinte e seis) trabalhadores. O Estado com maior número de libertados é o Pará, seguido do Mato Grosso, Bahia e Maranhão.

No mais, ainda que a impetrante afirme que o Ministério Público do Trabalho esteve por duas vezes em suas dependências sem constatar a existência de trabalho escravo, o próprio Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antônio Fonseca, reconhece que "por um lado, a fiscalização pelo MPT não vincula a atuação do Ministério do Trabalho e, por outro, o procedimento realizado pelo MPT foi em data bem anterior à fiscalização que ensejou a presente impetração." (fl. 707).

Relembro, ademais, que demandaria análise de fatos e ampla dilação probatória verificar as condições de trabalho no local, para concluir que seriam insubsistentes os autos de infração que constataram a existência de condições degradantes de trabalho, alojamentos superlotados, retenção dolosa de salários, jornada exaustiva, não-fornecimento de água potável, inobservância do intervalo intrajornada *etc*.

O trabalho escravo – e tudo o que a ele se assemelhe – configura gritante aberração e odioso desvirtuamento do Estado de Direito, sobretudo em era de valorização da dignidade da pessoa, dos direitos humanos e da função social da propriedade.

O Poder Público acha-se obrigado, pela Constituição e pelas leis, não só a punir com rigor o trabalho escravo e práticas congêneres, como também a informar à sociedade sobre a sua ocorrência, por meio de mecanismos como o cadastro de empregadores: em síntese, um modelo oposto ao silêncio-conivência da Administração, que até recentemente era a tônica da posição do Estado em temas de alta conflituosidade.

A rigor, a impetrante busca, pela via transversa do ataque ao cadastro de empregadores, inviabilizar os auspiciosos efeitos do *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*, iniciativa bem sucedida cuja origem está na proposta do Instituto Ethos, com apoio da OIT e da ONG Repórter Brasil, matéria que não é objeto, nem poderia ser, do presente Mandado de Segurança.

5. Conclusão

Diante do exposto, *casso a liminar anteriormente deferida, denego a segurança pleiteada e julgo prejudicado o Agravo Regimental da União.*

É como *voto.*

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, considerando que a causa de pedir está na inconstitucionalidade da Portaria aqui discutida – que teria ofendido o princípio da legalidade – e tendo ficado demonstrado que a citada Portaria não criou nenhuma espécie de sanção, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, denegando o mandado de segurança e cassando a liminar, anteriormente concedida, e julgando prejudicado o agravo regimental da União.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.164-BA (2009/0029666-9)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Recorrido: Vela Branca Hotéis de Turismo Ltda
Advogado: José Eduardo Dornelas Souza e outro(s)

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Compensação tributária. Impetração visando efeitos jurídicos próprios da efetiva realização da compensação. Prova pré-constituída. Necessidade.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula n. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (EREsp n. 116.183-SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (*v.g.*: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (*v.g.*: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (EREsp n. 903.367-SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

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

dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 25.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em mandado de segurança visando à compensação de créditos provenientes do pagamento indevido de contribuição ao PIS e ao Finsocial, decidiu, no que importa ao julgamento do presente recurso, (a) afastar em parte a prescrição, ao argumento de que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para a ação objetivando a repetição do indébito (e, consequentemente, o direito de compensar) é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de cinco anos contados da homologação tácita; (b) declarar a inconstitucionalidade e a consequente inexigibilidade da exação em causa (PIS e Finsocial), reconhecendo o direito de compensar os valores a tal título recolhidos, com acréscimos de juros e correção monetária; (c) considerar dispensável, para esse efeito, a juntada dos comprovantes de recolhimento, à consideração de que a "certeza e liquidez deverá ser averiguada pela Administração Pública, no momento do encontro de contas".

Opostos embargos de declaração, restaram parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para sanar omissão quanto à LC n. 118/2005 (fls. 157-165).

No recurso especial (fls. 169-177), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 535 e 458 do CPC, pois mesmo com a oposição dos embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; e (b) arts. 128, 333, I, e 460 do CPC, à consideração de que (I) "a comprovação efetiva dos recolhimentos indevidos como pré-requisito

do direito à compensação do indébito decorre da exigência de se obstar a atuação meramente consultiva do Poder Judiciário" (fl. 174) e (II) a prova dos recolhimentos indevidos é pressuposto indispensável ao direito de compensar, de modo que, no presente caso, a inexistência de tal comprovação representa a ausência de prova pré-constituída indispensável ao reconhecimento do direito de compensar, que, em se tratando de mandado de segurança, há de ser líquido e certo.

Sem contra-razões (fl. 197).

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 199), manifestou-se o Ministério Público Federal por seu não-conhecimento (fls. 273-278).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O Tribunal de origem, de forma fundamentada, emitiu juízo acerca das questões objeto da controvérsia. A alegação de omissão do acórdão reflete, na verdade, mero inconformismo com os termos da decisão, não restando caracterizado o vício da omissão, não se configurando ofensa aos artigos 535 e 458 do CPC.

2. O tema central do recurso especial - necessidade ou não de prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos cujo direito de compensar se pretende ver reconhecido por via de mandado de segurança - é tema que diz respeito à natureza da função jurisdicional exercida nessa especial ação constitucional. Duas premissas são importantes para a apreciação do tema. Primeira: a função jurisdicional não se destina a resolver questões fundadas sobre hipóteses teóricas, ou sobre preceitos normativos em tese. Ela se desenvolve sobre situações concretas. É por isso que a norma processual exige como requisito de toda e qualquer petição inicial a indicação dos fatos da causa (CPC, art. 282, III), bem como ela venha acompanhada dos correspondentes "documentos indispensáveis" (CPC, art. 283).

Os fundamentos teóricos dessa exigência são conhecidos. Em toda sentença de mérito, há um componente essencial: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém "declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico" (CARNELUTTI,

Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s./d, vol. I, p. 69). Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato (suporte fático) que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. Por isso que se diz que, para chegar ao resultado almejado no processo de conhecimento (ou seja, ao juízo de certeza sobre a relação jurídica), é indispensável efetuar o exame "dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência", e, "segundo os resultados desta verificação, o juiz declara que a situação existe ou que não existe" (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones*, *op. cit.*, vol. I, p. 68). Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de Pontes de Miranda: "nas ações de cognição (...) há enunciados sobre incidência (toda a *aplicação* da lei é enunciado sobre incidência)" (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1976, Rio de Janeiro, Forense, tomo IX, p. 27). Não é por outra razão que a petição inicial deve indicar, necessariamente, "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido" (CPC, art. 282, III).

Daí, pois, a razão de se afirmar que a função jurisdicional cognitiva consiste em atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*, cuja essência é resumida em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c) finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as conseqüências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença identificando a existência ou o conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (CPC, art. 468).

No que se refere ao mandado de segurança, há um requisito adicional: considerando que sua finalidade é fazer juízo sobre direito líquido e certo, exige-se que os fatos, dos quais decorre o direito afirmado pelo impetrante, sejam incontroversos e demonstrados de plano, mediante prova pré-constituída. É o que determina o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

3. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites do pedido, ou seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada. Nesse aspecto, a jurisprudência do STJ distingue claramente duas situações: a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (*v.g.*: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (*v.g.*: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

Na primeira situação, que tem amparo na Súmula n. 213-STJ ("O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"), a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação (*v.g*: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco), até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a respeito. Nos precedentes que serviram de base à edição da súmula o Tribunal afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária. No EdREsp n. 81.218-DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, consta do voto condutor do acórdão que "a egrégia Turma distingue *compensação de crédito* de *declaração de que o crédito é compensável*, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados". O que se exigia da impetrante, nesses casos, era apenas prova da "condição de credora tributária" (EREsp n. 116.183-SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

Todavia, para a segunda situação - em que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou em que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da compensação -, nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende

necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. A questão já foi inclusive objeto de exame nesta 1ª Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência EREsp n. 903.367-SP, Min. Denise Arruda. Ditos embargos haviam sido interpostos contra acórdão da 2ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, que havia assentado o seguinte: "2. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. 3. Recurso especial improvido". A Seção confirmou essa orientação, em acórdão assim ementado:

> Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Mandado de segurança. Compensação tributária. Necessidade de prova pré-constituída. Embargos desprovidos.
>
> 1. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido da adequação do mandado de segurança para se buscar a declaração do direito à compensação tributária (Súmula n. 213-STJ). Tal orientação, entretanto, não afasta a necessidade de observância das condições da ação mandamental, entre elas a existência de prova pré-constituída do direito do impetrante (AgRg no REsp n. 469.786-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27.05.2008; AgRg no Ag n. 821.244-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.12.2007; AgRg no REsp n. 903.020-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 26.04.2007; REsp n. 511.641-MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.12.2006; AgRg no REsp n. 861.561-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006). 2. Embargos de divergência desprovidos (EREsp n. 903.367-SP, 1ª Seção, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008).

No seu voto de relatora, a Ministra Denise Arruda trouxe precedentes de ambas a Turmas nesse sentido:

> Esta Corte superior firmou entendimento no sentido da adequação do mandado de segurança para se buscar a declaração do direito à compensação tributária (Súmula n. 213-STJ). Tal orientação, entretanto, não afasta a necessidade de observância das condições da ação mandamental, entre elas a existência de prova pré-constituída do direito do impetrante.
>
> Sobre o tema, convém transcrever lição doutrinária que bem delimita o cabimento do mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo do demandante:
>
> > Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável

> por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios jurídicos.
>
> Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37).

É certo que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a compensação de valores pagos indevidamente será realizada pelo próprio contribuinte sob a fiscalização das autoridades administrativas. Contudo, para que seja concedida a segurança e declarado o direito à compensação deve-se demonstrar, de plano, que houve o recolhimento indevido ou a maior.

No mesmo sentido, citam-se os seguintes julgados das Turmas que compõem a Primeira Seção:

> Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. ICMS. Substituição tributária. Mandado de segurança. Prova pré-constituída. Ausência. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.
>
> 1. É entendimento deste Tribunal, conforme a inteligência da Súmula n. 213-STJ, que o mandado de segurança é meio idôneo à declaração do direito à compensação de valores recolhidos a maior no regime de substituição tributária.
>
> 2. Todavia, no mandado de segurança, para se declarar o direito à compensação necessário se faz que exista prova pré-constituída do direito para que este se exiba de plano, dispensando para sua comprovação dilação probatória.
>
> 3. *In casu*, o Tribunal de origem entendeu que não está demonstrada a prova pré-constituída do direito à compensação alegado. Com efeito, rever esse posicionamento implica incursão nos autos para se investigar a existência ou não de tais provas. Não se trata, pois, de valor a prova, mas de descobrir sua existência. Incidência da Súmula n. 7-STJ.
>
> Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp n. 469.786-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27.05.2008)

> Agravo de instrumento. Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Compensação. Contribuição previdenciária autônomos. Súmula

n. 213-STJ. Demonstração de liquidez e certeza do direito. Ausência de prova pré-constituída.

1. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, consoante o verbete da Súmula n. 213 deste STJ.

2. Revela-se inarredável que a parte impetrante providencie, quando da impetração, a juntada dos documentos indispensáveis ao exame da viabilidade da compensação, consoante assente na jurisprudência desta Corte Especial. (Precedentes: RMS n. 20.447-ES, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 31 de agosto de 2006; MS n. 10.787-DF, Relator Ministro Franscisco Peçanha Martins, Primeira Seção, DJ de 27 de março de 2006; AgRg no REsp n. 653.606-MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 06 de dezembro de 2004).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 821.244-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.12.2007)

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Pró-labore. Compensação de créditos. Ausência de prova pré-constituída.

I - Embora o Enunciado Sumular n. 213 desta Corte possibilite a declaração do direito à compensação tributária por meio do mandado de segurança, certo é que tal remédio constitucional tem por objetivo o resguardo de direito líquido e certo, o que pressupõe a existência de prova pré-constituída do alegado direito. Diante disso, necessária a juntada de documentos que comprovem o recolhimento do tributo que se pretende compensar. Precedentes: AgRg no REsp n. 650.923-MG, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.02.2006; REsp n. 572.639-MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 05.12.2005; REsp n. 579.805-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.09.2005 e REsp n. 644.417-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1º.02.2005.

II - No caso dos autos, o Tribunal *a quo* concluiu pela ausência de prova pré-constituída, na medida em que a impetrante deixou de indicar quem são os interessados, os valores que cada contribuinte pretende compensar, além de não juntar nenhuma guia de recolhimento do tributo em questão, razão pela qual afastou a possibilidade de julgamento do *writ*.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 903.020-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 26.04.2007).

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Finsocial. Compensação. Comprovante do recolhimento indevido. Precedentes.

1. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp n. 511.641-MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.12.2006).

Processual Civil e Tributário. Finsocial. Mandado de segurança coletivo. Prova pré-constituída.

1. O contribuinte ao postular o direito à compensação na via mandamental deve comprovar a existência do indébito.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 861.561-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006).

Ante o exposto, deve-se negar provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

4. O caso dos autos não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na Súmula n. 213-STJ. Mais que isso, agrega-se à pretensão compensatória pedidos que supõem a efetiva realização da compensação: a suspensão da exigibilidade de créditos de PIS e Cofins "no limite dos valores dos créditos a que fazem jus à Impetrante (*sic*), a ser apresentado ao Fisco, pelo fato do recolhimento indevido efetuado a título de contribuição ao PIS e ao Finsocial", bem como o fornecimento de "certidões negativas de que a mesma necessitar" (fls. 19). Bem se vê, portanto, que o reconhecimento da liquidez e certeza do direito na amplitude e para os fins pleiteados supõe, segundo o precedentes da Seção, a prova do recolhimento do tributo indevido.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.189-SP (2009/0030752-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Thereza Santos Galo e outros
Advogado: Leonardo Arruda Munhoz e outro(s)
Recorrido: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - Ipesp
Advogado: Celia Maria Albertini Nani Turqueto e outro(s)
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Procurador: Fernanda Amaral Braga Machado e outro(s)

EMENTA

Tributário. Repetição de indébito de tributo estadual. Juros de mora. Definição da taxa aplicável.

1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula n. 188-STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido (EREsp n. 399.497, EREsp n. 225.300, EREsp n. 291.257, EREsp n. 436.167, EREsp n. 610.351).

2. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa Selic na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual n. 10.175/1998 prevê a aplicação da taxa Selic sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 25.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda visando à restituição de valores cobrados indevidamente a titulo de contribuição previdenciária, decidiu, no que importa ao presente recurso, que sobre o indébito devem incidir "juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da Lei n. 9.494/1997" (fls. 277).

No recurso especial (fls. 302-313), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 406 do Código Civil, 39, § 4º, da Lei n.

9.250/1995 e 1º-F da Lei n. 9.494/1997, ao argumento de que, na ausência de lei que estipule taxa diversa, os juros moratórios incidentes sobre indébitos tributários "deveriam ser fixados pela taxa Selic, ou alternativamente, na base de 1% (um por cento) ao mês, e não em 6% ao ano como equivocadamente entendeu o v. acórdão" (fl. 304), sendo inaplicável o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997.

Em contra-razões (fls. 349-355), o Estado de São Paulo pugna pelo não conhecimento do especial ante a falta de (a) comprovação da divergência jurisprudencial na forma exigida pelo RISTJ; e de (b) prequestionamento das questões federais invocadas no recurso. No mérito, pleiteia o desprovimento da irresignação. O Ipesp, em sua manifestação (fls. 389-392), requer a manutenção do julgado.

O recurso foi admitido na origem sob o regime do art. 543-C do CPC, o que foi aqui confirmado (fl. 401).

O parecer do Ministério Público Federal pelo seu provimento, para fixar a taxa de 1% como juros de mora (fls. 470-473).

Em petição protocolada em 23.04.2009, o Estado de São Paulo agrava da decisão que afetou o recurso à Seção, alegando, em síntese, que lhe faltam os requisitos de admissibilidade (fls. 484-485).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não merece acolhida a petição de fls. 484-485, que enfoca, extemporaneamente, matéria própria de contra-razões. Ademais, o recurso preenche os requisitos próprios de admissibilidade, estando devidamente prequestionada a matéria controvertida.

2. A controvérsia central diz respeito à da taxa de juros de mora aplicável na repetição de indébito de tributo estadual. Para o seu adequado enfrentamento é indispensável situar o tema no seu contexto histórico. O Código Tributário Nacional, ao tratar da repetição de indébito, (art. 167), dispôs que ela "vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar" (art. 167, parágrafo único). Nada dispôs, no entanto, sobre a taxa desses juros. Essa lacuna foi suprida, ainda à época em que o Supremo Tribunal Federal decidia questões dessa natureza, pelo método da analogia e com base no princípio da isonomia, determinando-se, que, na repetição de indébito, deve

incidir a taxa de juros de mora igual à que incide sobre o valor dos tributos pagos com atraso, nos termos estabelecidos no § 1º do art. 161 do CTN ("Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês"). Assim decidiu o STF, entre outros, no RE n. 90.232-5 (DJ de 1º.12.1978), RE n. 82.851 (RTJ 82/535), RE n. 85.791 (RTJ 85/984) e RE n. 101.050 (RTJ 116/670). Essa linha de entendimento foi mantida pelo STJ, desde os seus primórdios (*v.g.*: REsp n. 12.970, 1ª T., Min. Gomes de Barros, DJ de 1º.11.1991), o que levou o Min. Ari Pargendler a afirmar, no julgamento do AgRg no Ag n. 121.141, DJ de 06.12.1996, na 2ª Turma, que "a jurisprudência da egrégia 1ª Seção é pacífica no sentido de que, na repetição do indébito tributário, incidem juros de mora de 1% ao mês por aplicação analógica do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional".

Ocorre que esse dispositivo do CTN (art. 161, § 1º) fixou em 1% (um por cento ao mês) a taxa de juros "Se a lei não dispuser de modo diverso". Ficou estabelecida, portanto, uma reserva de competência para legislador ordinário.

Disso tudo decorre, portanto, o seguinte princípio: em face da lacuna do art. 167, parágrafo único do CTN, a taxa dos juros de mora, na repetição de indébito, deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os débitos tributários pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Essa orientação, inclusive no que se refere ao percentual de 1% ao mês, foi pacificamente seguida pela 1ª Seção até o advento da Lei n. 9.250/1995. Tal diploma normativo, modificando o art. 66 da Lei n. 8.383/1991 (que trata da compensação ou repetição de "pagamento indevido ou a maior de tributos contribuições federais, inclusive previdenciárias"), dispôs o seguinte, no § 4º do seu art. 39:

> Art. 39. (...) § 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Assim, a partir da vigência desta norma, ficou colmatada, em relação à *repetição de indébitos de tributos federais*, a lacuna existente no art. 167, parágrafo único do CTN. Por isso, a jurisprudência da Seção passou-se a entender que,

na repetição de indébito, os juros de 1% ao mês incidem apenas sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, é aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido, inacumulável com qualquer outro índice. O julgamento dos EREsp n. 399.497-SC, em maio de 2003, 1ª Seção, o relator, Min. Luiz Fux, é reflexo da nova orientação, conforme deixa evidenciado a ementa:

> 1. O parágrafo 4º, do artigo 39, da Lei n. 9.250/1995 dispõe que a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa Selic, calculados a partir de 1º de janeiro de 1996 até o mês anterior ao da compensação ou restituição.
>
> (...)
>
> 6. É assente nas Turmas de Direito Público, com ressalvas minoritárias, que na repetição do indébito, os juros Selic são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência do campo tributário (art. 39, parágrafo 4º, da Lei n. 9.250/1995).
>
> 7. Deveras, a imputação de juros em débitos tributários ou em créditos da mesma origem prescinde de lei complementar para instituí-la, conforme resta evidente do art. 146, III, da CF, ressoando a fixação dos juros como intervenção estatal no domínio econômico.
>
> 8. Sedimentou-se, assim, a tese vencedora de que o termo *a quo* para a aplicação da taxa de juros Selic em repetição de indébito é a data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência no campo tributário, consoante dispõe o art. 39, parágrafo 4º, da Lei n. 9.250/1995.

A orientação foi seguida e é até hoje adotada, sem qualquer dissonância, no âmbito desta 1ª Seção (*v.g.*: EREsp n. 225.300-PR, Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; EREsp n. 291.257-SC, Min. Luiz Fux, DJ de 06.09.2004; EREsp n. 436.167, de minha relatoria, DJ de 02.05.2005; EREsp n. 610.351, Min. Castro Meira, DJ de 1º.07.2005).

4. Ocorre que, conforme referido, a Lei n. 9.250/1995 disciplinou apenas matéria relativa a repetição de indébito de *tributos federais*. Não tratou, nem poderia tratar, dos tributos estaduais ou municipais. Isso significa dizer que, relativamente a esses tributos, permanece a lacuna do art. 167, § 1º do CTN, o que impõe sua colmatação segundo o princípio analógico e isonômico adotado na jurisprudência tradicional. Pode-se, portanto, em relação e eles, reafirmar o princípio geral: em face da lacuna do art. 167, parágrafo único do CTN, a taxa dos juros de mora, na repetição de indébito de tributos estaduais ou municipais, deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes

débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

Em várias unidades federativas, o legislador local adotou a taxa Selic como encargo pelo atraso no pagamento dos tributos, equiparando-se, portanto, com o sistema federal. Em casos tais, na linha de entendimento acima referida, os precedentes do STJ são no sentido de considerar incidente que, a partir da data de vigência da lei estadual ou municipal que prevê tal incidência, o mesmo encargo será devido na repetição de indébito.

Ilustram o entendimento os seguintes precedentes:

> Processual Civil. Tributário. Embargos de declaração. Omissão configurada. IPTU. TIP. TCLLP e TCDL. Repetição de indébito. Juros moratórios. Taxa aplicável. Ausência de legislação especial. Art. 161, § 1º, do CTN.
>
> (...)
>
> 2. Os juros de mora, na repetição de indébito, conforme dispõe o artigo 161, parágrafo primeiro, do CTN, devem incidir no percentual de 1% (um por cento) ao mês, na ausência de lei especial que determine aplicação de taxa diversa. Precedentes desta Corte: REsp n. 799.010-SP, 1ª Turma, DJ de 04.06.2007; REsp n. 904.433-SP, 2ª Turma, DJ de 23.03.2007; REsp n. 853.186-RS, 1ª Turma, DJ de 11.09.2006; EREsp n. 769.312-RS, 1ª Seção, DJ de 02.10.2006; REsp n. 876.126-SP, 1ª Turma, DJ de 19.03.2007; REsp n. 604.967-RJ, 2ª Turma, DJ de 30.10.2006.
>
> 3. *In casu*, o Município do Rio de Janeiro não possui legislação autorizadora do emprego da taxa Selic na restituição de tributos pagos indevidamente, razão pela qual deve incidir, na hipótese, o § 1º do art. 161 do CTN.
>
> (...)
>
> (EDcl no AgRg no Ag n. 783.748-RJ, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 25.02.2008).

> Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Repetição de indébito. IPTU e taxas municipais. Exercícios de 1998, 1999 e 2000. Atualização monetária e juros. Aplicação da taxa Selic. Ausência de previsão legal. Impossibilidade. Provimento.
>
> 1. O art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, prevê a aplicação da taxa Selic para corrigir valores referentes à restituição ou compensação de tributos federais.
>
> 2. Entretanto, na esfera municipal é necessária a existência de lei local específica que preveja expressamente a utilização da taxa Selic em favor do contribuinte, ou, então, em prol do município quando do recebimento de tributos em atraso, pois, neste caso, em face do princípio da isonomia que deve reger as relações tributárias, seria plenamente cabível a sua aplicação nas hipóteses de restituição e compensação de indébitos. Precedentes.

3. Diante da ausência de legislação local específica, incide, no caso, o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

4. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp n. 936.470-RJ, Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ 19.12.2007)

Tributário e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Contribuição previdenciária. Servidor estadual aposentado. Natureza tributária. Repetição de indébito. Juros moratórios. Taxa aplicável. *Reformatio in pejus*. Impossibilidade.

(...)

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Precedentes do STF e do STJ.

3. Inviável a aplicação do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela MP n. 2.180-35/2001, aos casos de repetição de indébito tributário, pois sua incidência limita-se às hipóteses de pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos.

4. Tratando-se de repetição de indébito tributário e havendo, na legislação tributária estadual, dispositivo determinando a aplicação da Selic (Lei n. 6.763/1975, do Estado de Minas Gerais, com redação atribuída pelo art. 29 da Lei n. 14.699, de 06.08.2003), aplicável a referida taxa desde o início da vigência da legislação extravagante.

(...)

6. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 866.901-MG, Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 31.05.2007)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. ICMS. Multa. Redução. Retroatividade da lei mais benéfica. Inaplicabilidade. Existência de ato administrativo definitivamente julgado. Artigo 106, II, **c**, do Código Tributário Nacional. Revisão de liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa. Súmula n. 7-STJ. Juros de mora. Taxa Selic. Lei estadual. Incidência. Possibilidade.

(...)

4. Na repetição de indébito ou na compensação de tributos federais, com o advento da Lei n. 9.250/1995, a partir de 1º.01.1996, há incidência da taxa Selic a partir do recolhimento indevido.

5. 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.

6. Em se tratando de tributo estadual e, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos

> fiscais federais, legítima a aplicação da taxa Selic a partir da entrada em vigor da correspondente lei.
>
> 7. Recurso especial do Estado do Paraná provido. Recurso especial das empresas improvido.
>
> (REsp n. 437.632-PR, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 1º.02.2006)

> Tributário. Execução fiscal. ICMS. Taxa Selic. Lei Estadual n. 6.763/1975. Aplicação. Precedentes STJ.
>
> 1. A eg. Primeira Seção deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa Selic sobre débitos e créditos tributários estaduais, desde que haja lei estadual autorizando a sua aplicação.
>
> 2. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 899.558-MG, Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 26.09.2008)

5. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei n. 10.175/1998, com vigência a partir de 1º.01.1999, estabelece o seguinte:

> Artigo 1º - Os impostos estaduais, não liquidados nos prazos previstos na legislação própria, ficam sujeitos a juros de mora.
>
> § 1º - A taxa de juros de mora é equivalente:
>
> 1. por mês, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic, para títulos federais, acumulada mensalmente;
>
> 2. por fração, a 1% (um por cento).
>
> § 2º - Considera-se, para efeito deste artigo:
>
> 1. mês, o período iniciado no dia 1º e findo no respectivo último dia útil;
>
> 2. fração, qualquer período de tempo inferior a um mês, ainda que igual a um dia.

Na linha do entendimento antes indicado, esses mesmos encargos incidem, a partir da vigência da lei, na repetição de indébito de tributos do Estado de São Paulo. Relativamente ao período anterior, incide a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, observado o disposto na Súmula n. 188-STJ.

Bem se vê, portanto, que não há qualquer razão plausível para justificar a decisão do acórdão embargado, de aplicar, nesses casos, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 (redação dada pela MP n. 2.180-35/2001), norma absolutamente estranha à matéria tributária, pois regula apenas hipóteses de *pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*. Quanto a esse particular, há precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção (*v.g.*: REsp n.

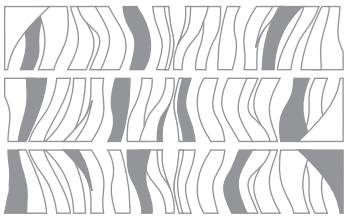
1.084.368-SP, Min. Benedito Gonçalves, 1º Turma, DJe 18.03.2009; AgRg no REsp n. 950.939-MG, Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 07.04.2009.

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.



Jurisprudência da **Primeira Turma**

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 19.406-MG (2006/0086196-6)

Relator: Ministro José Delgado
Relator para acórdão: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Humberto Rodrigues
Advogado: Melina Santos de Freitas e outro
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Constitucional. *Habeas corpus*. Depositário infiel. Execução fiscal. Impossibilidade de prisão. Aplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica. Precedentes STJ e STF.

1. A prisão civil do depositário judicial infiel não encontra guarida no ordenamento jurídico (art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). Precedentes STJ: AgRg no Ag n. 956.653-RS, *Quarta Turma*, DJe 1º.12.2008; *HC n. 93.629-RS, Quarta Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 29.09.2008; HC n. 092.197, Relator Ministro Luiz Fux, Data da Publicação DJ 29.10.2007.*

2. A prisão civil de depositário infiel, *em quaisquer de suas modalidades*, quais sejam, a legal e a contratual configura constrangimento ilegal, *máxime quando há manifestação da Corte Suprema em vedar a sua decretação*. Precedentes: ***RE n. 466.343-SP, Relator Min. Cezar Peluso, DJ 03.12.2008****; HC n. 93.435-MG - Relator Min. Cezar Peluso Julgamento: 16.09.2008 Órgão Julgador: Segunda Turma DJe 06.11.2008, publicado em 07.11.2008; HC n. 90.172, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05.06.2007, DJe-082 divulgado em 16.08.2007 publicação 17.08.2007 DJ 17.08.2007; HC n. 92.566-SP, Relator Min. Marco Aurélio, DJe 15.10.2007 e HC n. 92.613 MC-MG, Relator Min. Cezar Peluso, DJ 23.10.2007.*

3. Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses

diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)." (voto proferido pelo Ministro *Gilmar Mendes,* na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, da relatoria do Ministro *Cezar Peluso).*

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte retomou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, relatado pelo Ministro *Cezar Peluso, concluindo pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel*. Oportunamente, transcreve-se a notícia da aludida sessão de julgamento, constante do *Informativo n. 531-STF*, *ipsis literis*:

> (...) o Tribunal negou provimento a recurso extraordinário no qual se discutia também a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia - v. Informativos n. 449, 450 e 498. *RE n. 466.343-SP, rel. Min. Cesar Peluso, 03.12.2008.* (RE n. 466.343-SP).
>
> ***Na linha do entendimento acima sufragado, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, impetrado em favor de depositário judicial, e averbou expressamente a revogação da Súmula n. 619 do STF*** ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

6. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* provido, para conceder a ordem, cancelando a prisão civil do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux e a reformulação de voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (que ressalvou seu ponto de vista), por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luiz Fux (RI-STJ, art. 52, IV, **b**).Votaram os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux (voto-vista) e Teori Albino Zavascki (voto-vista).

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Denise Arruda e Benedito Gonçalves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator para acórdão (RI-STJ, art. 52, IV, **b**)

DJe 29.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Recurso em *Habeas Corpus* que se examina recebeu, por parte do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, no Parecer de fls. 238-241, o relato seguinte (fls. 238-239):

> Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto em benefício de *Humberto Rodrigues* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem do *writ* ali anteriormente impetrado, consoante fundamentos resumidos na seguinte ementa (fl. 205):
>
> > *Habeas corpus*. Prisão civil. Pacto de São José da Costa Rica. Depositário infiel. Constitucionalidade da prisão prevista no art. 5º, LXVII, última parte, CF/1988. Incabível discussão de questão de mérito. Súmula n. 60 do Grupo de Câmaras Criminais. Ordem denegada. A estreita via do *habeas corpus* não comporta discussão de mérito, devendo cingir-se à questão da legalidade da prisão.
>
> No presente recurso ordinário, alega o recorrente (a) que não há autorização de prisão civil no presente caso, pois não se confunde o depositário em ação

executiva com o depositário regulado pelo Código Civil, (b) que os bens penhorados na execução fiscal são de propriedade da empresa, que está em processo de falência, não lhe sendo possível dispor de tais bens e, por fim, (c) que o Pacto de São José da Costa Rica veda a prisão civil do depositário infiel (fls. 223-231).

Processado e admitido o recurso, ascenderam os autos ao Superior Tribunal de Justiça, sendo, na seqüência, aberta vista ao Ministério Público Federal, para exame e parecer.

O *Parquet* Federal, ao final do parecer apresentado, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator):

Recurso em *habeas corpus*. Depositário infiel. Tendência do STF em reconhecer a inconstitucionalidade da norma que permite a decretação de prisão de depositário infiel.

1. O STF, no julgamento do HC n. 90.172-SP (DJ de 17.08.2007), por sua Segunda Turma, de modo unânime, decidiu:

Habeas corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste-SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE n. 466.343-SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691-STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em

liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.584-SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

2. Recurso em *habeas corpus* provido para conceder a ordem.

No referente à prisão civil aplicada a depositário infiel, tenho-me posicionado, na linha acenada pelo STF, pela sua inconstitucionalidade.

A respeito, cito os votos proferidos nos *Habeas Corpus* n. 89.670-PR e n. 78.963-SP:

Os fatos depositados nos autos revelam que o presente *habeas corpus* aponta como ato coator decisão proferida pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que manteve ordem de prisão contra os pacientes, por considerá-los depositários infiéis.

Os referidos pacientes são pessoas idosas. O primeiro, Plínio Machado, possui 77 anos, enquanto a co-paciente, denominada de Augusta Amélia campos, está com 74 anos de idade.

O julgado que indeferiu a ordem está assim ementado (fl. 19):

Habeas corpus. Execução fiscal. Depositário. Imóvel. Dúvida quanto à existência física do bem. Obrigação válida. Escusa não aceita. Possibilidade de prisão.

Os devedores que, munidos dos títulos dominiais, indicam à penhora, e assumem a condição de depositários, de imóvel que, posteriormente, se verifica inexistente de fato, não se desoneram da obrigação judicialmente..., podendo sofrer a ordem prisional se não conseguem identificar o bem ou não depositam o equivalente em dinheiro.

A mera alegação de que a dúvida quanto à existência do imóvel é posterior à penhora, não socorre dos depositários, pois que deve ser dado o devido valor à garantia que espontaneamente ofereceram, inclusive para o exercício de seus direitos de defesa. Em correspondência a tais direitos, permanece íntegro o dever de entregar o bem oferecido, sob pena de aviltamento da atividade jurisdicional.

Frustrada a expropriação do bem voluntariamente oferecido pelos depositários, por defeito do próprio direito dominial, devem eles responder pela garantia, sem que se vislumbro ilegalidade na eventual ordem de prisão.

Em face do panorama suso descrito, passo a votar, tendo como fundamento básico o entendimento do que está sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A Suprema Corte, em 05.06.2007, pela sua Segunda Turma, em votação unânime, ao julgar o HC n. 90.172-SP, em que figura como autoridade coatora o relator do HC n. 68.884 do Superior Tribunal de Justiça, decidiu, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, que:

> *Habeas corpus*. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste-SP em face do paciente. A credora requerem a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegalidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.01.2006, no RE n. 466.343-SP; a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343-SP, rel. Min. Cézar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691-STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento de pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.504-SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

Guardando fidelidade ao entendimento do que está sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sem deixar de considerar a valorização que o intérprete e aplicador da lei deve dar ao princípio da guarda da liberdade do ser humano, voto pela concessão da ordem.

Isso posto, concedo a ordem de *habeas corpus* como requerida, determinando que se expeça, imediatamente, salvo-conduto aos pacientes ou, em caso de se encontrarem presos, alvarás de soltura. (HC n. 89.670-SP, 1ª T, julg. 25.09.2007, pediu vista Sr. Min. Luiz Fux)

Deve ser afastada a alegada prescrição. Como bem salientado, à fl. 74, pela Fazenda Nacional representada pela Caixa Econômica Federal, cuida-se de execução fiscal relativa a FGTS e, nesse caso, a prescrição é trintenária.

Concedi a liminar respaldado na alegação de que foi lavrado boletim de ocorrência do furto do bem penhorado por Delegado de Polícia e na parca fundamentação da decisão que determinou a prisão do paciente.

Como informam os autos, cuida-se de execução fiscal promovida pela Caixa Econômica Federal por débitos relativos a FGTS em que o paciente foi nomeado depositário de 1 vagão-tanque para transporte de combustíveis líquidos, completo, com capacidade para transportar 40 mil litros (no valor de R$ 100.000,00), o qual foi furtado conforme justificativa tempestivamente apresentada pelo paciente, consistente no Boletim de Ocorrência de n. 154/2004, do 2º Distrito Policial de Sumaré-SP.

O julgado que indeferiu a ordem está assim ementado, fl. 124:

> *Habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão civil. Pacto de São José da Costa Rica. Alegação de furto.
>
> - Formalidades exigidas para o decreto da prisão civil na espécie que se consubstanciam na penhora e encargo assumido pelo depositário e na não apresentação do bem.
>
> - Argüições de indicação do bem à penhora e decurso de prazo prescricional que são redutíveis à atividade jurisdicional realizada no processo de execução.
>
> - Afastadas alegações que se reportam às previsões do Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes.
>
> - Insuficiência de simples boletim de ocorrência para a comprovação de alegação de delito de furto do bem penhorado. Precedentes do E. STJ.
>
> - Ordem denegada.

Em face do panorama suso descrito, passo a votar, tendo como fundamento básico o entendimento do que está sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A Suprema Corte, em 05.06.2007, pela sua Segunda Turma, em votação unânime, ao julgar o HC n. 90.172-SP, em que figura como autoridade coatora o relator do HC n. 68.884 do Superior Tribunal de Justiça, decidiu, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, que:

> *Habeas corpus*. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste-SP em face do paciente. A credora requerem a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegalidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto,

> proferido em sessão do Plenário de 22.01.2006, no RE n. 466.343-SP; a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343-SP, rel. Min. Cézar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691-STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento de pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.504-SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

> Guardando fidelidade ao entendimento do que está sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sem deixar de considerar a valorização que o intérprete e aplicador da lei deve dar ao princípio da guarda da liberdade do ser humano, voto pela concessão da ordem.
>
> Isso posto, concedo a ordem de *habeas corpus* como requerida, determinando que se expeça, imediatamente, salvo-conduto aos pacientes ou, em caso de se encontrarem presos, alvarás de soltura. (HC n. 78.963-SP, 1ª T, julg. 25.09.2007, pediu vista Sr. Min. Luiz Fux)

Continuando com o mesmo entendimento, por entender que não se justifica a medida extrema de coerção prisional do ora recorrente, *dou provimento* ao recurso para conceder a ordem postulada e afastar a incidência da ameaça ou da decretação da prisão por depositário infiel.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Humberto Rodrigues*, em seu benefício, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem do *writ* ali anteriormente impetrado, consoante fundamentos da seguinte ementa (fl. 205):

> *Habeas corpus*. Prisão civil. Pacto de São José da Costa Rica. Depositário infiel. Constitucionalidade da prisão prevista no art. 5º, LXVII, última parte, CF/1988.

> Incabível discussão de questão de mérito. Súmula n. 60 do Grupo de Câmaras Criminais. Ordem denegada. A estreita via do *habeas corpus* não comporta discussão de mérito, devendo cingir-se à questão da legalidade da prisão.

No presente recurso ordinário, alega o recorrente (a) que não há autorização de prisão civil no presente caso, pois não se confunde o depositário em ação executiva com o depositário regulado pelo Código Civil, (b) que os bens penhorados na execução fiscal são de propriedade da empresa, que está em processo de falência, não lhe sendo possível dispor de tais bens e, por fim, (c) que o Pacto de São José da Costa Rica veda a prisão civil do depositário infiel (fls. 223-231).

Processado e admitido o recurso, ascenderam os autos ao Superior Tribunal de Justiça, sendo, na seqüência, aberta vista ao Ministério Público Federal, que opinou pelo provimento do recurso, consoante se extrai da ementa abaixo transcrita:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Depositário infiel. Prisão civil. Impossibilidade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Pacto de San José da Costa Rica. Vedação. Mudança de orientação do STF.
>
> O Supremo Tribunal Federal, em sua nova composição, vem se orientando no sentido de que a despeito da previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (Constituição Federal, art. 5º, LXVII), tal modalidade constritiva configura constrangimento ilegal, sobretudo diante da vedação a tal modalidade de prisão constante do Pacto de San José da Costa Rica.
>
> Parecer pelo provimento do recurso de *habeas corpus.* (fls. 238)

Em seu voto, o e. Relator, Ministro José Delgado, assentou:

> Recurso em *habeas corpus*. Depositário infiel. *Tendência* do STF em reconhecer a inconstitucionalidade da norma que permite a decretação de prisão de depositário infiel.
>
> 1. O STF, no julgamento do HC n. 90.172-SP (DJ de 17.08.2007), por sua Segunda Turma, de modo unânime, decidiu:
>
> *Habeas corpus*. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste-SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de

> 22.11.2006, no RE n. 466.343-SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691-STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.584-SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.
>
> 2. Recurso em *habeas corpus* provido para conceder a ordem.

Pedi vista por versar tese acerca da possibilidade de prisão civil *de depositário judicial infiel em execução fiscal*, manifestando-me pela impossibilidade do cerceamento da liberdade, posição que mantenho incólume.

A tese constante do voto divergente apresentado pelo i. Ministro Teori Zavascki, resta assentada na premissa de que o depósito necessário constitui-se em uma técnica processual de coerção do devedor ao compromisso de um múnus público (um encargo legal), que não se confunde com a figura do depósito contratual, e, portanto, autoriza, *ex vi legis*, a prisão civil do depositário infiel.

Contudo, concordo com o voto proferido pelo i. Relator, no sentido de afastar, *in casu*, a prisão civil do depositário judicial infiel.

Isto porque, o STF concluiu pela aplicação do pacto de São José da Costa Rica para reconhecer a inexistência atual de prisão civil do depositário infiel, consoante se extrai do ***RE n. 466.343-SP, Relator Min. Cezar Peluso, DJ 03.12.2008, citado no Informativo de n. 531-STF, resultando na revogação da Súmula n. 619 do STF*** ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

Neste sentido, cite-se recentíssimo precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual deferiu-se a ordem concessiva da liberdade, por unanimidade, *in verbis*:

> *Prisão Civil*. Decretação em execução fiscal. Depósito judicial. Depositário infiel. Inadmissibilidade. *Questão objeto do julgamento pendente do Plenário no RE*

> *n. 466.343. Inconstitucionalidade já reconhecida por nove (9) votos. Razoabilidade jurídica quanto à tese de constrangimento ilegal. HC não conhecido.* Ordem concedida de ofício. ***O Supremo Tribunal Federal inclina-se a reconhecer a inconstitucionalidade das normas que autorizem decretação da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.*** (HC n. 93.435-MG - Relator Min. *Cezar Peluso* Julgamento: *16.09.2008* Órgão Julgador: Segunda Turma DJe 06.11.2008 *publicado* em *07.11.2008*.)

A decisão supracitada reputa a situação ora descrita nos presentes autos como constrangimento ilegal, máxime quando há manifesta inclinação da Corte Suprema em vedar a decretação de prisão civil de depositário infiel, *em quaisquer de suas modalidades*, quais sejam, a legal e a contratual.

Noticiam os autos que o paciente foi nomeado depositário dos bens penhorados nos autos de execução fiscal, hipótese fática idêntica àquela descrita no *habeas corpus* supramencionado.

In casu, compartilho do posicionamento do STF (RE n. 466.343) pela inconstitucionalidade da prisão do alienante fiduciário e do depositário infiel, instituto analisado com amplitude pelo Plenário daquele Tribunal, à luz da nova redação do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, acrescida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

É que o Pacto de São José da Costa Rica fora consolidado em 1969, contanto com a participação e assinatura do Brasil, sendo que ratificação do aludido tratado tão-somente ocorreu em 06 de novembro de 1992, com a promulgação do Decreto n. 678. Assim, a assinatura da citada Convenção pelo Brasil deu-se na vigência da Constituição de 1967. Entretanto, sua ratificação operou-se sob a tutela da Constituição de 1988.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confiram-se os seguintes julgados da Suprema Corte: *RE n. 253.071-GO*, Relator Ministro *Moreira Alves,* Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e *RE n. 206.482-SP*, Relator Ministro *Mauricio Corrêa,* Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2003.

Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002)". (voto proferido pelo Ministro *Gilmar Mendes,* na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, da relatoria do Ministro *Cezar Peluso).*

Com a edição da EC n. 45/2004, foi acrescido ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

Por outro lado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

Neste sentido, cite-se aresto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, assim ementado:

> *Habeas corpus.* 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste-SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE n. 466.343-SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de

alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. *No julgamento do RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691-STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.584-SP pelo Superior Tribunal de Justiça.* 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar. (HC n. 90.172, Relator(a): Min. *Gilmar Mendes,* Segunda Turma, julgado em 05.06.2007, DJe-082 *divulgado* em 16.08.2007 *publicado* em 17.08.2007 DJ 17.08.2007 pp-00091 Ement *vol*-02285-04 p. 00672 RDDP n. 55, 2007, p. 168-173 *LexSTF* v. 29, n. 346, 2007, p. 423-436)

Por isso, extrai-se da fundamentação do HC n. 93.435-MG, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 16.09.2008, transcrição de trecho da decisão proferida nos autos do HC n. 90.354, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, *verbis*:

(...) Inicialmente, invoco precedente deste Supremo Tribunal Federal no qual o Min. Joaquim Barbosa deferiu pedido de liminar para suspender ordem de prisão civil, até o julgamento final do *writ* (HC n. 88.173-SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão liminar, DJ de 15.03.2006). No caso mencionado, porém, constou como razão de decidir do eminente Ministro Relator o argumento de que:

> O impetrante trouxe a cópia integral dos autos das três execuções fiscais, no bojo das quais o paciente foi nomeado depositário dos bens penhorados, e decretada a sua prisão civil em razão da infidelidade. Da análise de tais documentos, bem como dos argumentos articulados na inicial, vislumbro, pelo menos neste primeiro exame superficial, a presença dos requisitos essenciais ao deferimento da liminar (HC n. 88.173-SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão liminar, DJ de 15.03.2006.).

A legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343-SP, rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel.

O julgamento deste recurso foi suspenso em razão de pedido de vista formulado pelo eminente Ministro Celso de Mello, conforme registra o recente Informativo n. 450-STF, *verbis:*

> O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL n. 911/1969: Artigo 4º - Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL n. 911/1969 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. *Assevero, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC n. 1/1969 - que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar - nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compelilas ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme, nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver.*

> Considerada a plausibilidade da tese do impetrante no caso ora em apreço, creio ser o caso de deferir a medida liminar. Concedo aplicabilidade à jurisprudência firmada por este Supremo Tribunal Federal no sentido de que a concessão de medida cautelar, em sede de *habeas corpus*, somente é possível em hipóteses excepcionais nas quais seja patente o constrangimento ilegal alegado.
>
> Ressalvado melhor juízo quando da apreciação de mérito, constato a existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada (*fumus boni iuris e periculum in mora*).
>
> 4. Ante os fundamentos expostos, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 70.361 pelo Superior Tribunal de Justiça.

A questão de fundo da presente demanda consiste em saber *se ainda subsiste*, no direito positivo brasileiro, *no plano infraconstitucional* da legislação interna, *a prisão civil do depositário infiel*, considerando-se o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11), o que está sendo objeto de profunda análise na Corte Supra.

Nesta esteira, merece acolhida a fundamentação exarada pelo i. Relator, ao adotar como razões de decidir entendimento do Ministro Celso de Melo, que

assentou que o *eixo* de atuação do direito internacional público contemporâneo *passou* a concentrar-se, *também*, na dimensão subjetiva da pessoa humana, *cuja essencial dignidade* veio a ser reconhecida, em *sucessivas* declarações *e* pactos internacionais, *como valor fundante* do ordenamento jurídico *sobre o qual repousa* o edifício institucional dos Estados nacionais, merecendo transcrição os seguintes trechos mencionados no voto, *in litteris:*

> (...) *A alta relevância* dessa matéria, *que envolve* discussão *em torno* do alcance *e* precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, *impõe que se examine,* de um lado, *o processo de crescente internacionalização* dos direitos humanos *e*, de outro, *que se analisem as relações* entre o direito nacional (direito positivo *interno* do Brasil) *e* o direito internacional dos direitos humanos, *notadamente* em face do preceito inscrito *no § 3º* do art. 5º da Constituição da República, *introduzido* pela EC n. 45/2004. (...)
>
> *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica, *a que o Brasil aderiu* em 25 de setembro de 1992, *foi incorporada* ao nosso sistema de direito positivo interno *pelo Decreto n. 678,* de 06 de novembro de 1992, e que, *editado* pelo Presidente da República, *formalmente consubstanciou* a promulgação desse importante ato internacional. (...)
>
> Essa Convenção internacional – *reiterando* os grandes princípios generosamente proclamados *pela Declaração Universal* dos Direitos do Homem, *pela Declaração Americana* dos Direitos e Deveres do Homem *e pela Carta* da Organização dos Estados Americanos – *reafirmou o propósito* dos Estados americanos de fazerem consolidar, neste Continente, "dentro do quadro das instituições democráticas, *um regime de liberdade pessoal e de justiça social,* fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem".
>
> *Na realidade,* o Pacto de São José da Costa Rica *constitui* instrumento normativo *destinado* a desempenhar um papel de extremo relevo *no âmbito* do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, *qualificando-se,* sob tal perspectiva, *como peça complementar* no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.
>
> *O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, por sua vez, *celebrado* sob os auspícios da Organização das Nações Unidas *e revestido* de projeção global *no plano* de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana, *estabelece*, em seu Artigo 11, que "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual".
>
> *Vê-se*, daí, *considerado* esse quadro normativo *em que preponderam* declarações constitucionais *e* internacionais de direitos, *que o Supremo Tribunal Federal* se defronta com um grande desafio, *consistente em extrair*, dessas mesmas declarações internacionais *e* das proclamações constitucionais de direitos, *a sua máxima eficácia*, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos

sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, *sob pena* de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se *palavras vãs.* (...)

Isso significa que, *sem lei* veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, *não se torna* juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, *pois* a regra inscrita *no inciso* LXVII do art. 5º da Constituição *não tem* aplicabilidade direta, *dependendo*, ao contrário, *da intervenção concretizadora* do legislador *(interpositio legislatoris), eis que cabe*, a este, *cominar* a prisão civil, *delineando-lhe* os requisitos, *determinando-lhe* o prazo de duração *e definindo-lhe* o rito de sua aplicação, *a evidenciar*, portanto, que a figura da prisão civil, *se* e *quando* instituída pelo legislador, *representará* a expressão *de sua* vontade, *o que permite* examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva *eminentemente* infraconstitucional *e conseqüentemente viabilizadora* da análise – que me parece inteiramente *pertinente* ao caso em questão – *das delicadas relações* que se estabelecem *entre* o Direito Internacional Público *e* o Direito interno dos Estados nacionais. (...)

As razões invocadas *neste* julgamento, *no entanto*, Senhora Presidente, *convencem-me da necessidade* de se distinguir, *para efeito* de definição de sua posição hierárquica *em face* do ordenamento positivo interno, *entre* convenções internacionais sobre direitos humanos (*revestidas* de "supralegalidade", *como sustenta* o eminente Ministro *Gilmar Mendes, ou impregnadas* de natureza constitucional, *como me inclino* a reconhecer), *e* tratados internacionais *sobre as demais* matérias *(compreendidos estes* numa estrita perspectiva *de paridade normativa* com as leis ordinárias).

Isso significa, portanto, *examinada* a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", *tal como preconiza* o eminente Ministro *Gilmar Mendes,* que, *cuidando-se* de tratados internacionais sobre direitos humanos, *estes hão de ser considerados* como estatutos situados em posição *intermediária* que permita qualificá-los como diplomas *impregnados* de estatura *superior* à das leis *internas* em geral, *não obstante subordinados* à autoridade da Constituição da República. (...)

Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, *que há expressivas lições doutrinárias – como* aquelas ministradas por *Antônio Augusto Cançado Trindade* ("*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*", vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), *Flávia Piovesan* ("*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*", p. 51-77, 7ª ed., 2006, Saraiva), *Celso Lafer* ("*A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*", p. 16-18, 2005, Manole) *e Valerio de Oliveira Mazzuoli* ("*Curso de Direito Internacional Público*", p. 682-702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), *dentre* outros eminentes autores – *que sustentam*, com sólida fundamentação teórica, *que os tratados internacionais de direitos humanos assumem*, na ordem positiva interna brasileira, *qualificação constitucional, acentuando,* ainda, que as convenções internacionais *em matéria*

de direitos humanos, *celebradas* pelo Brasil *antes* do advento da EC n. 45/2004, *como* ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, *revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo,* sob tal perspectiva, *a noção conceitual* de bloco de constitucionalidade. (...)

O fato é que – consoante *assinalou* em seu douto voto – "*A prisão civil* do depositário infiel *não mais se compatibiliza* com os valores supremos *assegurados* pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos" (*grifei*). (...)

Em decorrência dessa reforma constitucional, *e ressalvadas* as hipóteses a ela anteriores (*considerado,* quanto a estas, o disposto *no § 2º* do art. 5º da Constituição), *tornou-se* possível, agora, *atribuir,* formal *e* materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, *hierarquia* jurídico-constitucional, *desde* que observado, *quanto* ao processo de incorporação de tais convenções, *o "iter" procedimental* concernente ao rito de apreciação *e* de aprovação das propostas de emenda à Constituição, *consoante* prescreve *o § 3º* do art. 5º da Constituição, *embora* pessoalmente entenda *superior a fórmula* consagrada pelo Art. 75, *n. 22*, da Constituição argentina de 1853, *na redação* que lhe deu a Reforma de 1994.

É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, *as convenções internacionais de direitos humanos* celebradas *antes* do advento da EC n. 45/2004, *pois*, quanto a elas, *incide o § 2º* do art. 5º da Constituição, *que lhes confere* natureza *materialmente* constitucional, *promovendo* sua integração *e fazendo* com que se subsumam *à noção mesma* de bloco de constitucionalidade.

Essas razões que venho de referir *levam-me a reconhecer que o Decreto n. 1.102*, de 21.11.1903, *que "Institui* regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais, determinando os direitos e obrigações dessas empresas", *não foi recebido – especificamente* no que concerne *à expressão* "sob pena de serem presos os empresários, gerentes, superintendentes ou administradores sempre que não efetuarem aquela entrega dentro de 24 horas depois que judicialmente forem requeridos" *constante* do seu art. 11, n. 1, *e*, também, no que se refere *à locução* "sem prejuízo da pena de prisão de que trata o art. 11, n. 1" *inscrita* na parte final do art. 35, 4º - *pelo vigente* ordenamento constitucional.

É que existe evidente incompatibilidade material superveniente *entre* referidas cláusulas normativas *e* o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), *incorporado*, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto *revestido* de hierarquia constitucional, por efeito *do § 2°* do art. 5° da Constituição da República.

Sendo assim, e em face das razões expostas, *defiro* o pedido de *habeas corpus*, *para invalidar* a ordem judicial de prisão civil *decretada* contra o ora paciente. (RE n. 466.343)

Este e. STJ já se manifestou no sentido de afastar a prisão civil do depositário judicial infiel, nos termos dos seguintes arestos, assim ementados:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Civil. Execução. Apresentação do veículo penhorado sob pena de prisão. Impossibilidade.
>
> 1 - *Nos temos da orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional a prisão civil do depositário infiel e do alienante fiduciário (RE n. 466.343-SP).*
>
> 2 - Entendimento adotado por esta Corte no julgamento do HC n. 95.430-SP.
>
> 3 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 956.653-RS, Ministro Fernando Gonçalves, DJe 1°.12.2008)

> *Habeas corpus.* Processual Civil. Execução. Penhora. Prisão. Depositário judicial. Impossibilidade. Art. 5º, LXVII, da Constituição. Exegese. RE n. 466.343-SP.
>
> I. Conquanto legítima a penhora sobre bem do devedor, a prisão civil do depositário judicial infiel não encontra guarida no ordenamento jurídico (art. 5º, LXVII, da Constituição Federal).
>
> II. Decisão que se harmoniza com a nova orientação que se vem consolidando no Pretório Excelso (RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, HC n. 90.172-7-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.08.2007).
>
> III. Ordem concedida. (HC n. 93.629-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 29.09.2008)

> *Habeas corpus*. Depositário infiel. Requerimento para concessão de ordem liminar. Pacto de São José da Costa Rica. Emenda Constitucional n. 45/2004. Dignidade da pessoa humana. Novel posicionamento adotado pela Suprema Corte.
>
> 1. A liminar em sede de *habeas corpus*, desprovida de previsão legal específica, admitida pela doutrina e jurisprudência pátrias, reclama a demonstração inequívoca dos requisitos cumulativos das medidas cautelares, quais sejam, o *periculum in mora e o fumus boni iuris.*
>
> (Precedentes: HC n. 81.588-BA, Relatora Ministra Maria Thereza Assis Moura, DJ de 03 de maio de 2007; HC n. 89.781-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 11 de agosto de 2007; HC n. 59.007-SP, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 30 de maio de 2006).
>
> 2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado

internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confiram-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE n. 253.071-GO, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2006 e RE n. 206.482-SP, Relator Ministro Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2003.

3. A edição da EC n. 45/2004 acresceu ao art. 5º da CF/1988 o § 3º, dispondo que Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

4. Deveras, a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). (voto proferido pelo Ministro *Gilmar Mendes,* na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2006, relativo ao Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, da relatoria do Ministro *Cezar Peluso)*.

5. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

6. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, está promovendo considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte retomou o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, relatado pelo Ministro *Cezar Peluso,* contanto, atualmente, com sete votos a favor da possível declaração de inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. Oportunamente, transcreve-se a notícia da aludida sessão de julgamento, constante do Informativo n. 450-STF, *ipsis literis*: O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão

civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL n. 911/1969: "Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil"). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL n. 911/1969 não pode ser aplicado em todo o seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. *Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC n. 1/1969 - que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar - nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver.*

Ainda neste sentido, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal; *verbis*: 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste-SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE n. 466.343-SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691-STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.584-SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5.

Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar. (HC n. 90.172-SP, Relator Ministro *Gilmar Mendes,* Segunda Turma, DJ de 17 de agosto de 2007).

7. Portanto, a pretensão deduzida no *writ* é revestida de *fumus bonis iuris*, do que decorre o *periculum in mora* de forma consectária, porquanto, acaso decretada, a ordem de prisão configurará constrangimento ilegal.

8. Requerimento para concessão de ordem liminar deferido.

(..)

(HC n. 092.197, Relator Ministro Luiz Fux, Data da Publicação DJ 29.10.2007)

Ex positis, *dou provimento* ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* provido, para conceder a ordem, cancelando a prisão civil do paciente, nos termos do voto do i. Relator.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sra. Ministra Presidente, ressalvando o meu ponto de vista pessoal, mas tendo em vista a superveniência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, retifico o voto para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para conceder a ordem.

RECURSO ESPECIAL N. 931.566-MG (2007/0047154-4)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: W Minas Tecnologia Ltda
Advogado: Cristiane Soares Brito e outro(s)
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Paula Abranches de Lima e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Ação de consignação em pagamento. Empresa prestadora de serviço de conexão à *Internet*. Adequação da via eleita. Recurso provido.

1. Não obstante o entendimento doutrinário no sentido de admitir a ação de consignação em pagamento, com base no art. 164,

III, do CTN, apenas quando houver dúvida subjetiva em relação a entes tributantes que possuam a mesma natureza (Estado contra Estado e Município contra Município) - tese acolhida pelo Tribunal de origem -, a doutrina majoritária tem admitido a utilização da ação mencionada quando plausível a *incerteza subjetiva*, mesmo que se trate de impostos cobrados por entes de natureza diversa.

2. Acrescente-se que, nos termos do art. 895 do CPC, "se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito". Como bem esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nessa hipótese, "a providência do devedor é acautelatória de seus direitos", pois "quer pagar bem e não incorrer no risco que lhe adviria de pagar para quem não é o legítimo credor da prestação" *(Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante,* 10ª ed., São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2007, p. 1.151).

3. No caso concreto, considerando que a autora (ora recorrente) é prestadora de serviço de conexão à *Internet,* revela-se plausível a dúvida quanto ao imposto devido - ICMS ou ISS -, tendo em vista que ambos foram exigidos pelos respectivos entes tributantes. Assim, a circunstância de a dúvida recair sobre impostos diversos que incidem sobre um mesmo fato gerador, por si só, não enseja a inviabilidade da ação de consignação em pagamento com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 07.05.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em sede de reexame necessário, extinguiu a ação consignatória, sem julgamento de mérito, por entender que, no caso, "não há dúvida sobre quem deva receber o imposto, mas sim dúvida a respeito de qual imposto é devido" (fl. 347).

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados.

Por meio de decisão proferida no Ag n. 702.698-MG, o recurso especial de fls. 362-386 foi provido, acolhendo-se a alegada afronta ao art. 535 do CPC, determinando-se a anulação do acórdão que apreciou os embargos de declaração.

Em novo julgamento, os embargos declaratórios foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 164, III, do CTN, alegando, em síntese, que a "expressão *tributos idênticos* contida no art. 164, inciso III, do referido *Codex*" significa "tributos de mesmo fato gerador sobre um mesmo fato gerador", de modo que a "doutrina mais abalizada" entende que "a expressão *tributos de mesmo fato gerador* refere-se a este *in abstracto*, ao passo que quando se diz *sobre o mesmo fato gerador* estamos referindo ao fato gerador *in concreto*" (fl. 450 - grifos do original). Nesse contexto, afirma que, não obstante a discussão envolva tributos diversos (ICMS e ISS), é viável a utilização da ação de consignação em pagamento, fundada no art. 164, III, do CTN.

Em suas contrarrazões, o Estado de Minas Gerais pugna pela manutenção do aresto atacado, pois:

> O dispositivo que a recorrente utilizou para manejar a presente ação não se aplica ao caso. O inciso III do art. 164 apenas se refere a exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador. (fl. 462).

Admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A pretensão recursal merece acolhida.

Depreende-se dos autos que o presente recurso origina-se de ação de consignação em pagamento, fundada no art. 164, III, do CTN, tendo em vista que a contribuinte, prestadora de serviço de conexão à *Internet*, recolhia o ISS e viu-se obrigada também ao recolhimento do ICMS.

A sentença de fls. 268-273 entendeu que:

> O imposto reclamado por ambos os Consignados é, obviamente, idêntico em sua essência, haja vista a identidade entre os critérios material (atividade exercida por 'Provedor de *Internet'),* pessoal (a Consignante), territorial (atividade exercida em Belo Horizonte) e temporal (instantâneo), todos integrantes da hipótese de incidência do encargo. Irrelevantes, pois, a denominação que lhe é dada por cada réu (ISS ou ICMS), consoante enuncia o art. 4º do CTN.
>
> Ademais, a incerteza da Consignante acerca do destinatário do crédito tributário em juízo - pressuposto legal que viabiliza a adoção do rito em análise - é demonstrada pelos próprios Consignados que, em suas contestações, invocam, cada qual, o direito de percebê-lo.

Contudo, em sede de reexame necessário, o processo foi extinto sem resolução de mérito, porquanto "não há dúvida sobre quem deva receber o imposto, mas sim dúvida a respeito de qual imposto é devido", e o art. 164, III, do CTN "é expresso em admitir a consignação apenas para tributos idênticos" (fl. 347).

Nos termos do art. 164, III, do CTN, "a importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos (...) de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador".

Ao comentar o dispositivo referido, Sacha Calmon Navarro Coêlho argumenta que:

> Muitos autores, no caso do inciso III transcrito, entendem que as Fazendas credoras podem ser de diversa ordem. União e Estado, Estado e Município e assim por diante.
>
> Discordamos, embora lamentemos o acanhamento do legislador. A cláusula *tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador* afasta a tese de *tributos não idênticos sobre o mesmo fato gerador.*

> Como os impostos nunca são idênticos, fica prejudicada a concepção maximalista quanto a estes. Assim, os conflitos que a regra visa a evitar são aqueles entre estado e estado e entre município e município.
>
> (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 813).

Por outro lado, Hugo de Brito Machado sustenta que:

> Mesmo com a evolução do comportamento fazendário no sentido de não opor obstáculo nenhum ao pagamento de tributo, remanesce a hipótese de exigência do tributo por mais de uma pessoa de direito público. Neste caso, para que o contribuinte esteja seguro de que está pagando bem, deve utilizar-se da consignatória. É o caso, por exemplo, do imposto territorial quando colocada dúvida quanto à natureza do imóvel, se urbano ou rural.
>
> (*Curso de Direito Tributário*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 470).

No mesmo sentido, destaca-se o entendimento de James Marins, que, após admitir a utilização da ação de consignação em pagamento quando houver "incerteza subjetiva", trata da questão relativa à tributação dos provedores de *Internet* e argumenta que "semelhante circunstância desenha a sobreposição material entre tributos (ISS e ICMS) cuja titularidade ativa é distinta, e, nessa esteira, provoca a incerteza subjetiva entre Estados e Municípios e evoca a previsão do art. 164, III, do CTN, quanto à possibilidade de depósito judicial do crédito tributário". Nesse caso, "citados para apresentar suas defesas, Municípios e Estados deverão confirmar sua pretensão tributária e pronunciar-se-ão sobre o depósito", conforme entende o mencionado autor (*Direito Processual Tributário*, 3ª ed., São Paulo: Dialética, 2003, p. 449).

Ainda na doutrina, destaca-se a lição de Hugo de Brito Machado Segundo:

> Conquanto o art. 164, III, do CTN, reporte-se a 'tributo idêntico', não é necessário que se trate do mesmíssimo tributo, com o mesmo nome, e instituído por entidade tributante da mesma natureza, até porque isso reduziria despropositadamente o âmbito de incidência da norma nele contida. Não é necessário que estejam dois Municípios a exigir o ISS, ou dois Estados a exigir o IPVA. Pode-se tratar de um conflito entre a União, pretendendo o ITR, e um Município, que exige o IPTU. O relevante é que esteja em discussão a cobrança de dois tributos, sobre um mesmo fato gerador, sendo a exigência de um excludente da exigência do outro. Em termos mais simples, é necessário que se esteja diante da exigência de dois tributos em uma mesma hipótese na qual, indiscutivelmente, apenas um dos dois é devido.

> É possível, portanto, que a ação consignatória seja manejada pelo provedor de acesso à *Internet,* em face da exigência do ISS pelo Município no qual é estabelecido, e do ICMS pelo Estado correspondente, o primeiro à consideração de que se trata de serviço de valor adicionado, e o segundo ao argumento de que se cuida de serviço de comunicação.
>
> (*Processo Tributário*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 420-421).

Não obstante o entendimento doutrinário no sentido de admitir a ação de consignação em pagamento, com base no art. 164, III, do CTN, apenas quando houver dúvida subjetiva em relação a entes tributantes que possuam a mesma natureza (Estado contra Estado e Município contra Município) - tese acolhida pelo Tribunal de origem -, a doutrina majoritária tem admitido a utilização da ação mencionada quando plausível a *incerteza subjetiva*, mesmo que se trate de impostos cobrados por entes de natureza diversa.

Acrescente-se que, nos termos do art. 895 do CPC, "se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito". Como bem esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nessa hipótese, "a providência do devedor é acautelatória de seus direitos", pois "quer pagar bem e não incorrer no risco que lhe adviria de pagar para quem não é o legítimo credor da prestação" (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante,* 10ª ed., São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2007, p. 1.151).

No caso concreto, considerando que a autora (ora recorrente) é prestadora de serviço de conexão à Internet, revela-se plausível a dúvida quanto ao imposto devido - ICMS ou ISS -, tendo em vista que ambos foram exigidos pelos respectivos entes tributantes. Assim, a circunstância de a dúvida recair sobre impostos diversos que incidem sobre um mesmo fato gerador, por si só, não enseja a inviabilidade da ação de consignação em pagamento com a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito.

Desse modo, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que prossiga no exame da demanda, afastada a premissa de que é inviável a utilização da ação de consignação em pagamento.

Diante do exposto, deve ser provido o recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 933.322-RJ (2007/0055562-6)

Relatora: Ministra Denise Arruda
Recorrente: União
Recorrido: Esther Mizrahi e outros
Advogado: Cláudia Maria Ferrari Barbosa e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. *Bateau Mouche IV*. Danos morais e materiais. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

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

2. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula n. 283-STF).

3. Em se tratando de acórdão proferido anteriormente à vigência da Lei n. 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, por se referir a direitos patrimoniais, devendo a parte interessada invocá-la por intermédio dos meios processuais adequados, e não por meio de embargos de declaração. Precedentes.

4. Na hipótese dos autos, a União utilizou-se de meios processuais equivocados, na medida em que não alegou a prescrição em sede de contestação. Sobreveio, então, a sentença. Após, a entidade estatal interpôs recurso de apelação, mas também não suscitou a questão, limitando-se apenas a impugnar sua responsabilidade civil e a obrigatoriedade de denunciação à lide da empresa de transporte marítimo. Em 30 de novembro de 2005, o TRF da 2ª Região proferiu acórdão em sede de apelação cível. Somente nos embargos declaratórios, a ora recorrente buscou o reconhecimento do implemento do prazo prescricional. E, com razão, aquela Corte regional não conheceu do tema. Assim, se a União pretendia fosse analisada a prescrição,

deveria ter provocado adequadamente as instâncias ordinárias, uma vez que não havia previsão legal que autorizasse o Juízo a proceder à sua decretação de ofício, considerando que à época da prolação da r. sentença e do v. acórdão recorrido não vigia a Lei n. 11.280/2006.

5. Ainda que assim não se entendesse, não há cogitar a ocorrência de prescrição, porquanto o evento danoso (naufrágio) ocorreu em 31 de dezembro de 1988 e a ação de indenização foi ajuizada em 2 de junho de 1989. Portanto, dentro do lapso prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

6. Em regra, não é cabível, nesta via especial, o exame da justiça do valor reparatório, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas. O Superior Tribunal de Justiça, por essa razão, consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos, na medida em que o valor da indenização por *danos morais* - fixado em cinqüenta mil reais (R$ 50.000,00) para cada um dos autores -, não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelos recorridos. Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, dentro dos critérios anteriormente mencionados.

7. Relativamente ao valor da pensão mensal, ressalte-se que o Tribunal de origem analisou a questão referente à indenização por danos materiais apenas sob os seguintes enfoques: (a) ser esta devida e cumulável com os danos morais; (b) a idade limite para a fixação da indenização; (c) o termo *a quo* de incidência dos juros moratórios; (d) a impossibilidade de ser efetuado o desconto de eventual pensão previdenciária sobre a verba recebida a título indenizatório. Destarte, *em nenhum momento, houve discussão no acórdão recorrido a respeito do valor da pensão.* Ademais, na apelação interposta pela União, também não houve insurgência contra o valor da indenização fixada pela r. sentença a título de danos materiais, nem sequer na via dos embargos declaratórios. Assim, não se tratando de matéria discutida e decidida no Tribunal de origem, encontra-se ausente o necessário prequestionamento, de maneira que são aplicáveis os princípios estabelecidos nas Súmulas n. 282 e 356-STF.

8. 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: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJe 1º.04.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela *União* com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo TRF da 2ª Região, sintetizado na seguinte ementa:

> Administrativo. Constitucional. Apelação cível. Responsabilidade civil objetiva. *Bateau Mouche*. Dano material e moral.
>
> I. Apelações cíveis interposta pelos Autores e pela União Federal e remessa necessária, contra sentença de 1º grau que julgou procedente, em parte, o pedido autoral, objetivando indenização por danos materiais e morais, em face da União Federal, em virtude da morte do marido e genitor dos autores no naufrágio da embarcação *Bateau Mouche*, em 31.12.1988.
>
> II. Preliminar suscitada pela União Federal quanto à denunciação da lide obrigatória da empresa *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda desacolhida, uma vez que a responsabilidade civil contra o Estado é objetiva e, sendo assim, o direito de ressarcimento no todo ou em parte à União poderá ser discutido em ação própria, já que o direito de regresso de pessoa jurídica de direito público está regulado pela Constituição Federal, o que não faz perder este direito, caso não seja denunciada a lide.
>
> III. A responsabilidade da União Federal no naufrágio restou comprovada nos autos, bem como em vários outros julgados neste Tribunal, configurando-se o

> nexo de causalidade entre o naufrágio e a falha do serviço público de vistoria por parte da Capitania dos Portos.
>
> IV. Deve a União Federal responder pelos danos causados às vítimas, com base no art. 37, § 6º, da atual Carta Magna, que acolhe a teoria do risco administrativo.
>
> V. Condenação da União Federal ao pagamento da quantia de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), a título de danos morais, para cada um dos autores.
>
> VI. Reforma da sentença com relação a prestação mensal, a título de danos materiais lá fixada, com o limite de sobrevida do *de cujus* de 70 anos, sem os descontos de eventual pensão previdenciária, assim como quanto aos juros moratórios, que são computados desde o evento e não a partir da citação.
>
> VII. Recurso dos Autores parcialmente provido. Apelação da União Federal e remessa oficial desprovidas. (fl. 920)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial, a entidade estatal aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts: (a) 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem omitiu-se na análise da prescrição; (b) 1º do Decreto n. 20.910/1932 e 193 do Código Civil, sob o argumento de que a omissão imputada à União, relativamente à falha no serviço de vistoria por parte da Capitania dos Portos, ocorreu em 1980, enquanto a ação somente foi proposta em 1989, de maneira que se implementou a prescrição; (c) 927 do Código Civil, alegando, em síntese, que a pensão mensal fixada a título de danos materiais não pode corresponder aos rendimentos integrais percebidos pela vítima falecida, na medida em que deve ser "deduzido o percentual relativo aos gastos individuais do beneficiário do rendimento, posto que, mesmo antes do evento morte, essa parcela não integrava a renda estritamente familiar" (fl. 954); (d) 927 do Código Civil, por entender que o valor fixado a título de reparação de danos morais é exorbitante (R$ 200.000,00), devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* indenizatório para trezentos salários mínimos.

Contra-razões apresentadas às fls. 1.044-1.052.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, às fls. 1.067-1.078, opinou pelo parcial provimento do recurso especial, apenas para determinar que a pensão mensal seja fixada em dois terços (2/3) dos rendimentos da vítima, presumindo-se que o restante refere-se ao que era despendido pelo falecido com o próprio sustento.

É o relatório.

VOTO

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

(a) Inicialmente, não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, 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, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.06.2004; AgRg no Ag n. 552.513-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 17.05.2004; EDcl no AgRg no REsp n. 504.348-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 08.03.2004; REsp n. 469.334-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 05.05.2003; AgRg no Ag n. 420.383-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.04.2002.

Ademais, verifica-se nos autos que o Tribunal de origem decidiu a demanda em sua integralidade, embora de maneira contrária à pretensão da recorrente, o que, por si só, não configura falta de prestação jurisdicional ou qualquer outro vício no julgado. Nesse sentido, este Tribunal Superior tem entendido que decisão contrária aos interesses da parte não pode ser confundida com ausência de prestação jurisdicional (Acórdãos: AgRg no Ag n. 498.899-GO, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 07.03.2005; AgRg no REsp n. 591.453-DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 17.12.2004. Decisões monocráticas: REsp n. 728.279-SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 30.03.2005; REsp n. 616.571-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 11.05.2004; Ag n. 566.195-MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 07.03.2005).

(b) Quanto ao implemento da prescrição, ressalte-se que a Corte de origem entendeu que havia se operado a preclusão, sob o fundamento de que a União "deixou transcorrer a oportunidade de alegar a matéria, não cabendo, em sede de embargos, argüi-la" (fl. 933). Todavia, esse fundamento central do acórdão recorrido não foi impugnado pela ora recorrente, na petição de recurso especial.

Desse modo, incide, na hipótese dos autos, a Súmula n. 283-STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

Nessa linha, está a jurisprudência deste Tribunal, segundo a qual "assentando-se o Tribunal de origem em mais de um fundamento, cada um deles suficiente, por si só, para manter o acórdão, e tendo ocorrido o trânsito

em julgado em relação a um, não há utilidade para o recurso especial, que não merece ser conhecido" (REsp n. 212.832-CE, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 29.09.2003). A propósito: EDcl no REsp n. 357.536-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 24.10.2005; REsp n. 704.504-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; AgRg no Ag n. 667.497-SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26.09.2005.

Ainda que assim não se entendesse, no mérito, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que, em se tratando de acórdão proferido anteriormente à vigência da Lei n. 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, mesmo em sede de reexame necessário, por se referir a direitos patrimoniais, devendo a parte interessada invocá-la por intermédio dos meios processuais adequados, e não por meio de embargos de declaração.

A propósito:

> Processual Civil. Contribuição previdenciária sobre pagamentos a avulsos, autônomos e administradores. Compensação. Sentença e acórdão recorrido anteriores à vigência da Lei n. 11.280/2006. Prescrição. Alegação em embargos declaratórios. Conhecimento de ofício. Remessa oficial. Impossibilidade.
>
> I - No presente caso, a sentença e o acórdão recorrido foram proferidos anteriormente à vigência da Lei n. 11.280/2006, que deu nova redação ao art. 219, § 5º, do CPC para possibilitar o reconhecimento de ofício da prescrição.
>
> II - *Assim, no que se refere à análise da prescrição em sede de remessa oficial, este Tribunal tem entendido que, em se tratando de direito patrimonial, mesmo quando a prescrição aproveitar ao ente público, ela deve ser alegada pelo recorrente na contestação, na apelação ou em contra-razões, sendo incabível a sua alegação em sede de embargos de declaração.* Precedentes: AgRg no Ag n. 839.595-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 16.08.2007; REsp n. 929.701-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 02.08.2007; AgRg no REsp n. 902.695-RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 18.06.2007; REsp n 832.258-SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJ de 15.08.2006 e REsp n. 499.967-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 16.06.2003.
>
> III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.040.901-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 18.08.2008, grifou-se)

> Agravo regimental em recurso especial. Direito Processual Civil. Antecipação de tutela. Verificação dos pressupostos. Reexame de prova. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Remessa oficial. Incabimento.
>
> (...)

2. 'Cuidando-se de direitos patrimoniais, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício ainda que no âmbito de remessa oficial, devendo aquela ser invocada pelas partes nos termos do art. 219, § 5º, do CPC, na redação anterior à edição da Lei n. 11.280/2006.' (REsp n. 929.701-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, *in* DJ 02.08.2007).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 860.526-DF, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 07.04.2008)

Tributário. Processo Civil. Compensação. Ofensa aos arts. 458 e 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Prescrição. Reconhecimento de ofício. Remessa oficial. Impossibilidade.

(...)

2. Cuidando-se de direitos patrimoniais, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício ainda que no âmbito de remessa oficial, devendo aquela ser invocada pelas partes nos termos do art. 219, § 5º, do CPC, na redação anterior à edição da Lei n. 11.280/2006.

3. Recurso especial improvido. (REsp n. 929.701-SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 02.08.2007)

Prescrição. Alegação em sede de embargos de declaração. Conhecimento de ofício pelo Tribunal de origem. Impossibilidade.

1. *Anteriormente à alteração promovida no art. 219 do CPC pela Lei n. 11.280/2006, a matéria concernente à prescrição não poderia ser conhecida pelo Tribunal de origem quando alegada tão somente em sede de embargos de declaração.* Precedentes: AgRg no REsp n. 547.862-RJ, 3ª. T., Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.04.2007; AgRg no Ag n. 800.613-RO, 5ª T., Min. Laurita Vaz, DJ de 05.02.2007; REsp n. 844.610-RS, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 15.09.2006.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 839.595-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.08.2007, grifou-se)

Processual Civil. Recurso especial. Prescrição. Embargos de declaração. Direitos patrimoniais.

1. Não é possível levantar questão referente ao prazo prescricional por meio de embargos de declaração, tendo em vista sua natureza integrativa. Ausência de ofensa ao art. 162 do Código Civil.

2. Em se tratando de direitos patrimoniais, não cabe o reconhecimento da prescrição de ofício, ainda que no âmbito de remessa oficial, devendo esta ser invocada pelas partes, nos termos do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

3. A Lei n. 11.280, de 16.02.2006, deu nova redação ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, para determinar que 'o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição'. Entretanto, essa alteração somente poderá ser aplicada, no âmbito de recurso

> especial, se esse dispositivo estiver prequestionado na origem. Além disso, a lei somente passou a viger mais de quatro anos depois da decisão recorrida.
>
> 4. Recurso especial improvido. (REsp n. 832.258-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 15.08.2006)

Ressalte-se, outrossim, que a União utilizou-se de meios processuais equivocados, na medida em que não alegou a prescrição em sede de contestação. Sobreveio, então, a sentença. Após, a entidade estatal interpôs recurso de apelação, mas também não suscitou a questão, limitando-se apenas a impugnar sua responsabilidade civil e a obrigatoriedade de denunciação à lide da empresa de transporte marítimo. Em 30 de novembro de 2005 (fl. 919), o TRF da 2ª Região proferiu acórdão em sede de apelação cível - anteriormente, portanto, à vigência da Lei n. 11.280/2006. Somente nos embargos declaratórios, a ora recorrente buscou o reconhecimento do implemento do prazo prescricional. E, com razão, o aquela Corte regional não conheceu do tema.

Destarte, se a União pretendia fosse analisada a prescrição, deveria ter provocado adequadamente as instâncias ordinárias, uma vez que não havia previsão legal que autorizasse o Juízo a proceder à sua decretação de ofício, considerando que à época da prolação da r. sentença e do v. acórdão recorrido não vigia a Lei n. 11.280/2006.

Ademais, não há cogitar a ocorrência de prescrição, porquanto o evento danoso ocorreu em 31 de dezembro de 1988 e a ação de indenização foi ajuizada em 02 de junho de 1989. Assim, foi respeitado o lapso prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

(c) No que tange ao *quantum* indenizatório fixado pela Corte de origem, ressalte-se que, em regra, não é cabível, nesta via especial, o exame da justiça do valor reparatório, porquanto tal providência depende da reavaliação de fatos e provas. O Superior Tribunal de Justiça, por essa razão, consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp n. 719.354-RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 29.08.2005; REsp n. 662.070-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.08.2005; REsp n. 746.637-PB, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 1º.07.2005; REsp n. 686.050-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27.06.2005).

Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque o valor da indenização por danos morais - fixado em cinqüenta mil reais

(R$ 50.000,00) para cada um dos autores, totalizando duzentos mil reais (R$ 200.000,00) -, não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelos recorridos. Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, é inadmissível a alegada ofensa ao art. 944 do Código Civil, porquanto o reexame dos aspectos fáticos da lide é inviável em sede de recurso especial por qualquer das alíneas do permissivo constitucional, diante do enunciado da Súmula n. 7-STJ.

A corroborar esse entendimento, destacam-se os seguintes precedentes:

> Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão do julgado. Inocorrência. Existência do dano. Nexo de causalidade. *Quantum* indenizatório. Reexame de matérias de fato. Súmula n. 7 do STJ.
>
> 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.
>
> 2. A verificação da existência de dano moral e de nexo causal entre o evento e o dano sofrido, ensejadores de indenização, não pode ser reapreciada no âmbito do recurso especial, pois é vedado o reexame de matéria fático-probatória nessa sede, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.
>
> 3. Mesmo óbice impede o conhecimento do recurso especial quanto à revisão do valor fixado a título de verba indenizatória.
>
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp n. 917.070-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05.06.2008)

> Processual Civil. Responsabilidade do Estado. Revisão do *quantum* indenizatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Pensão mensal. Fixação em 2/3 dos rendimentos da vítima. Precedentes desta Corte de Justiça. Divergência jurisprudencial. Inteiro teor do acórdão paradigma. Ausência. Cotejo analítico. Não realização.
>
> 1. Verifica-se que não foram preenchidas as formalidades exigidas pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pois a recorrente não instrui o recurso com cópia do inteiro teor dos acórdãos apontados como paradigma.
>
> 2. A análise acerca da adequação do valor indenizatório por dano moral, quando inserido nos limites da razoabilidade, implica, necessariamente, no revolvimento de matéria fático-probatória, sabidamente obstada em sede de recurso especial, por incidência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte de Justiça.

> 3. O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que a pensão mensal devida aos familiares não pode ser igual aos rendimentos percebidos pela vítima porque, desse montante, deve ser descontado o que lhe era necessário para o sustento próprio.
>
> 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, *provido*. (REsp n. 767.736-MS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Juiz convocado do TRF 1ª Região -, DJ de 19.06.2008)

> Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Nexo causal. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Indenização. Revisão do valor.
>
> 1. É inviável, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivo constitucional, sob pena de se usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF.
>
> 2. Para afastar a premissa firmada pela Corte de origem segundo a qual o recorrido sofreu danos morais em decorrência da conduta dos médicos do Posto de Saúde, faz-se necessário o reexame do conteúdo fático probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7-STJ.
>
> 3. A reavaliação do *quantum* arbitrado a título de reparação por danos morais em recurso especial é possível somente nos casos em que se afigure exorbitante ou irrisório. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.
>
> 4. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 1.022.645-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.04.2008)

(d) Por fim, relativamente ao valor atribuído à pensão mensal, cabe salientar que a discussão a respeito do *quantum* indenizatório, a título de danos materiais, não foi objeto de debate e decisão no acórdão recorrido.

Com efeito, o Tribunal de origem analisou a questão referente à indenização por danos materiais apenas sob os seguintes enfoques: (a) ser esta devida e cumulável com os danos morais; (b) a idade limite para a fixação da indenização; (c) termo *a quo* de incidência dos juros moratórios; (d) impossibilidade de ser efetuado o desconto de eventual pensão previdenciária sobre a verba recebida a título de indenização (fls. 914-918). Concluiu, nesse contexto, pelo provimento do recurso de apelação dos autores, para condenar a União a pagar, a cada um deles, a quantia de cinqüenta mil reais (R$ 50.000,00), a título de danos morais, bem como para fixar a pensão mensal, por danos materiais, até o limite de sobrevida do *de cujus* de setenta (70) anos.

Nota-se, pois, que, em nenhum momento, houve discussão no acórdão recorrido a respeito do valor da pensão, fixada pela r. sentença na integralidade dos rendimentos da vítima. Ademais, na apelação interposta pela União, também

não foi suscitado o referido tema, sendo certo que a entidade estatal limitou-se a impugnar sua responsabilidade civil e a obrigatoriedade de denunciação à lide da empresa de transporte marítimo. Contudo, não se insurgiu contra o valor da indenização, nem sequer na via dos embargos declaratórios.

Desse modo, não se tratando de matéria discutida e decidida no Tribunal de origem, encontra-se ausente o necessário prequestionamento, sendo, portanto, aplicáveis os princípios estabelecidos nas Súmulas n. 282 e 356 do STF.

É importante destacar o seguinte entendimento doutrinário sobre o tema:

> Todavia, para que uma determinada questão seja considerada como prequestionada, não basta que haja sido suscitada pela parte no curso do contraditório, preferentemente com expressa menção à norma de lei federal onde a mesma questão esteja regulamentada. É necessário, mais, que no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida manifestamente (não obstante se possa considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei). (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno: Exposição Didática, Área do Processo Civil, com Invocação à Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,* 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 31)

Nesse sentido, entre outros, os seguintes precedentes:

> Tributário. IPTU e taxas municipais. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Matéria constitucional. Dissídio jurisprudencial não-configurado.
>
> 1. A apreciação de questão federal impugnada pela via especial depende de seu efetivo exame e julgamento pelo Tribunal *a quo*.
>
> (...)
>
> 4. Recurso especial não-conhecido. (REsp n. 124.559-SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 21.02.2005)

> Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Emissão de passes escolares. Exigência de apresentação de carteira estudantil. Art. 460 do CPC. Falta de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356-STF. Legitimidade passiva e interesse recursal. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 7-STJ.
>
> I - A matéria constante do artigo 460 do Código de Processo Civil não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, não tendo a recorrente, ora agravante, oposto embargos declaratórios, buscando pronunciamento acerca da questão suscitada, qual seja, o julgamento *extra petita* do acórdão recorrido. Incidem, na hipótese vertente, as Súmulas n. 282 e 356 do STF.
>
> (...)

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 218.762-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 17.12.2004)

Diante do exposto, recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.042.825-RS (2008/0066039-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Camilo Ernesto Viana Fritz
Advogado: Fabio Fernandes Leonardo e outro(s)
Recorrido: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Procurador: Lavínia Lorenzoni Sporleder e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Ensino superior. Curso realizado no exterior. Exigência de revalidação do diploma por universidade pública brasileira. Direito adquirido. Inexistência. Recurso especial. Afronta a dispositivos constitucionais. Impropriedade da via eleita. Ausência de prequestionamento do art. 7º do Decreto n. 80.419/1977. Súmula n. 282-STF.

I - Reconhece-se a impropriedade de se apontar nesta via especial afronta a dispositivos da Constituição Federal, cujo exame é da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário *stricto sensu*, como cediço.

II - Em relação à pretensa afronta ao art. 7º do Decreto n. 80.419/1977, carece o apelo raro do indispensável requisito do prequestionamento, haja vista que o acórdão recorrido em momento algum debateu o conteúdo ali inserto, nem foram opostos embargos de declaração para tal fim, pelo que aplicável o verbete sumular n. 282 do STF neste particular.

III - O recorrente, cidadão colombiano, alega possuir direito adquirido à revalidação automática de seu diploma de médico perante a Universidade-recorrida, por haver concluído seu curso ainda na vigência do Decreto n. 80.419/1977, pelo qual promulgada a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e Caribe.

IV - Ocorre que, consoante bem vislumbrado pelas instâncias ordinárias, o recorrente somente obteve visto de permanência no Brasil no ano de 2002, quando já revogado o aludido Decreto n. 80.419/1977, de sorte que, em seu caso, houve somente expectativa de direito e não direito adquirido à revalidação automática.

V - Para José Afonso da Silva, "Se o *direito subjetivo* não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, *porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular.* Incorporou-se ao seu patrimônio para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. Direito subjetivo 'é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio". *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª edição, Malheiros - São Paulo, 2000, p. 436 (g.n.).

VI - Vê-se, pois, que o reconhecimento do direito adquirido pressupõe a existência de direito subjetivo perfeitamente passível de ser exercido pelo sujeito de direitos ao tempo da Lei Antiga, o qual se incorpora ao patrimônio jurídico de seu titular, não podendo ser atingido pela Lei Nova.

VII - No caso em estudo, não se está mesmo diante de direito adquirido do recorrente tendo em vista que, enquanto vigente a Lei Antiga (Decreto n. 80.419/1977), não poderia ele pleitear pela revalidação automática de seu diploma no Brasil pelo fato de que ainda não possuía visto de permanência no país. Em outras palavras, não podia o autor exercitar suposto direito subjetivo seu à revalidação automática de seu diploma mesmo ainda na vigência do Decreto n. 80.419/1977, de sorte que, tal suposto direito, não se incorporou a seu patrimônio jurídico.

VIII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Denise Arruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

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

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 22.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Camilo Ernesto Viana Fritz, colombiano, ingressou perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - com processo de revalidação de seu diploma de médico, obtido na Universidade Del Norte - Colômbia, tendo-lhe sido exigido que, para tanto, se submetesse a exames de documentação e a bateria de provas e testes cognitivos. Às fls. 31-32, foi juntado, sob o título de *Informação da Não Aprovação da Impetrante no Teste Cognitivo de 16.01.2005,* Boletim de Desempenho expedido pela Associação Médica do Rio Grande do Sul.

Diante da exigência da instituição de ensino superior, foi proposta, então, ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, para fins de impor à UFRGS que procedesse à revalidação automática do diploma do autor, sob a razão de que concluíra o curso de medicina ainda na vigência da Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior da América Latina e no Caribe.

Deferida inicialmente a tutela pleiteada, foi esta posteriormente revogada com a prolação de sentença julgando improcedente o pedido (fls. 80-83), o que deu ensejo à interposição de apelação ao eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo julgamento restou assim ementado:

> Apelação cível. Revalidação. Diploma do exterior. Curso de medicina.
>
> A Convenção promulgada pelo Decreto n. 80.914 *(sic)* não possui ordem jurídica para a imediata revalidação e efetivação do registro de diplomas

> estrangeiros entre os países signatários. Existe, sim, uma proposta de intenções para possibilitar uma cooperação entre os mesmos.
>
> Em havendo revogação do Decreto que lastreava o alegado direito à revalidação automática, impossível a revalidação do diploma sem o devido procedimento administrativo (fl. 164).

Opostos embargos de declaração, em que alegadas omissão e obscuridade em relação à data em que o embargante teria concluído o curso de medicina, por haver o acórdão entendido que a conclusão se dera após a denúncia da convenção, quando, em verdade, o embargante se graduara ainda na vigência do Decreto n. 80.419/1977, foi exarado acórdão nos seguintes termos:

> Embargos de declaração. Revalidação automática de diploma. Direito adquirido.
>
> Omissão alguma existe no acórdão, na medida em que o embargante não possui, conforme alegado, direito adquirido à revalidação automática do seu diploma, pois, em que pese o término do curso datar do ano de 1996, o autor, estrangeiro, obteve e (*sic*) visto de permanência no Brasil somenet (*sic*) no ano de 2002, muito tempo depois de revogada a Convenção sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e diplomas de Ensino Superior na América Latina e Caribe, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 80.41 (*sic*) (fl. 204).

Interpôs-se, assim, o presente recurso especial, com esteio no art. 105, III, **a**, da CF/1988, no qual sustenta o recorrente, em síntese, afronta ao art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ao Acordo Internacional promulgado pelo Decreto n. 80.419/1977 e ao art. 1º, parágrafo único, da Resolução CNE/CES n. 1 de janeiro de 2002.

Afirma que concluiu o curso de medicina no exterior em 1996, portanto, enquanto ainda vigente o Decreto n. 80.419/1977, possuindo, assim, direito adquirido à revalidação automática de seu diploma no Brasil, sem se submeter a procedimentos de avaliação de equivalência dos cursos por parte da Universidade-recorrida.

Defende que "direito adquirido é o exercício de um direito subjetivo no momento em que convier ao seu titular, desde que a norma que lhe outorgou esse direito esteja em vigor a época" (fl. 213), pelo que não procede a tese do acórdão recorrido no sentido de que inexistente o direito à revalidação automática pelo simples fato de que o autor, estrangeiro, obtivera "visto de permanência no Brasil somente no ano de 2002, muito tempo depois de revogada a Convenção" (fl. 213), já que a revogação do Decreto n. 80.419/1977 jamais "poderia alcançar

e prejudicar o autor, eis que quando ingressou e se formou (...) vigia inconteste referido Acordo internacional" (fl. 213).

Refere que o acórdão recorrido atuou de forma discriminatória quando admitiu que o autor estaria impedido ao registro automático por ser estrangeiro, o que afronta também o art. 7º do Decreto n. 80.419/1977.

Por fim, alega violação a diversos dispositivos da Constituição Federal para sustentar as teses de que inconstitucional a revogação por meio de Decreto Presidencial de Acordo Internacional e de que o exercício legal da profissão se constitui em garantia constitucional, merecendo, pois, amparo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): De início, imperioso registrar a impropriedade de se apontar nesta via especial afronta a dispositivos da Constituição Federal, cujo exame é da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário *stricto sensu*, como cediço.

Em relação à pretensa afronta ao art. 7º do Decreto n. 80.419/1977, carece o apelo raro do indispensável requisito do prequestionamento, haja vista que o acórdão recorrido em momento algum debateu o conteúdo ali inserto, nem foram opostos embargos de declaração para tal fim, pelo que aplicável o Verbete Sumular n. 282 do STF neste particular.

Quanto ao mais, conheço do recurso especial por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, aí se incluindo o do prequestionamento da matéria federal controvertida.

A questão controvertida não é inédita a este STJ, tendo sido já pacificado o entendimento de que "o reconhecimento automático, previsto na Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e Caribe (recepcionada pelo Decreto Presidencial n. 80.419/1977 e revogada pelo Decreto n. 3.077/1999), somente é assegurado a diplomas expedidos na vigência da referida Convenção" (REsp n. 880.051-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.03.2007). Daí por que se fia o recorrente na existência de direito adquirido seu à revalidação automática de seu diploma, tendo em vista que concluíra o curso ainda na vigência da dita Convenção.

O acórdão recorrido, entretanto, entendeu pela inexistência, *in casu*, de direito adquirido à revalidação automática do diploma do recorrente, tendo assim deliberado em sede de embargos de declaração, *verbis*:

> Omissão alguma existe no acórdão, na medida em que o embargante *não possui,* conforme alegado**,** *direito adquirido à revalidação automática do seu diploma, pois, em que pese o término do curso datar do ano de 1996, o autor, estrangeiro, obteve o visto de permanência no Brasil somente no ano de 2002, muito tempo depois de revogada a Convenção sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e diplomas de Ensino Superior na América Latina e Caribe, promulgada pelo Decreto Presidencial n. 80.419* (fl. 202) (g.n.).

Na mesma linha andou o Juiz Singular, tendo assim deliberado:

> A celeuma repousa, assim, em ter ou não o autor direito adquirido ao registro automático nos termos alegados. No dizer de José Afonso, 'Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. Direito subjetivo 'é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio'. Ora, essa possibilidade de exercício continua no domínio da vontade do titular em face de lei nova. (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª edição, Malheiros - São Paulo, 2000, p. 436).
>
> Nestes termos, *há de ser indagado se o autor poderia ter exercido o direito postulado quando vigente o referido acordo. A resposta a que se chega é de que não poderia ter o feito. Isto pelo simples fato de que o visto de permanência do autor foi concedido em 2002, época em que não vigia mais o acordo.*
>
> Segundo os autos, o autor é de nacionalidade colombiana, tendo obtido visto de permanência no Brasil por ter tido um filho brasileiro, em 2002. Assim sendo, *só poderia ter pedido o registro de seu diploma, para exercer sua profissão no Brasil, a partir da data da obtenção do visto de permanência, que lhe foi concedido em 16 de setembro de 2002* (fl. 16).
>
> Por conseguinte, o autor não está amparado pelo revogado Decreto n. 80.419/1977, devendo respeitar a legislação em vigor e sujeitar-se ao processo de revalidação para obter o registro do seu diploma (fl. 82).

O entendimento esposado pelas instâncias ordinárias no sentido de que inexistente o direito adquirido do autor à revalidação automática merece ser prestigiado.

Com efeito, extrai-se do § 2º do art. 6º da LICC:

> Consideram-se adquiridos assim *os direitos que o seu titular*, ou alguém por ele, *possa exercer*, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (g.n.).

Vê-se, pois, que direito adquirido é aquele direito subjetivo passível de ser perfeitamente exercitado e exigível sob égide de Lei Antiga, o qual se incorpora ao patrimônio do sujeito, não sendo posteriormente atingido por Lei Nova.

No caso em estudo, não se está mesmo diante de direito adquirido do autor tendo em vista que, enquanto vigente a Lei Antiga (Decreto n. 80.419/1977), não poderia ele pleitear pela revalidação automática de seu diploma no Brasil pelo fato de que ainda não possuía visto de permanência no país. Em outras palavras, não podia o autor exercitar suposto direito subjetivo seu à revalidação automática de seu diploma mesmo ainda na vigência do Decreto n. 80.419/1977, de sorte que, tal suposto direito, não se incorporou a seu patrimônio jurídico.

Em verdade, está-se diante de mera expectativa de direito, haja vista que, ao tempo em que vigia o Decreto n. 80.419/1977, não satisfazia o autor a requisito legal necessário à configuração do direito propriamente dito, qual seja, possuir visto de permanência no país a possibilitar o pedido pela revalidação automática de seu diploma.

Realmente, na hipótese, não se configurou situação jurídica definitiva para o autor já que, como mesmo acentuado pela Corte de origem, independentemente do fato de haver concluído o curso na vigência do Decreto n. 80.419/1977, não podia àquela época pleitear neste país pela revalidação automática de seu diploma.

Nesse panorama, deve ser mantido *in totum* o acórdão recorrido ao entender necessário que o autor se submeta a procedimento regular de revalidação de diploma obtido no exterior perante a Universidade-recorrida.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do presente recurso especial e, nessa parte, *nego-lhe provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.062.145-SC (2008/0112902-5)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: Vilton Martins dos Santos e outro
Advogado: Felipe de Souto e outro(s)
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Repr. por: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Processo judicial tributário (exacional). Execução fiscal. Prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco. Prazo qüinqüenal. Termo inicial. Contribuição previdenciária. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Pedido de parcelamento. Causa suspensiva do prazo prescricional. Extinção do crédito tributário (artigo 156, V, do CTN).

1. A *prescrição,* causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

> Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
>
> Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
>
> ~~I - pela citação pessoal feita ao devedor~~;
>
> I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005).
>
> II - pelo protesto judicial;
>
> III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
>
> IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

2. A *constituição definitiva do crédito tributário*, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário.

3. Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de constituir o crédito tributário, a prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas

gerais e abstratas, a saber: *(a)* regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); *(b)* regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; *(c)* regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário *ex officio*; *(d)* regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e *(e)* regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco decorrente de causas interruptivas do prazo prescricional (*In*: *Decadência e Prescrição no Direito Tributário,* Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, p. 224-252).

4. Consoante cediço, *as aludidas regras prescricionais revelam prazo qüinqüenal com* dies a quo *diversos.*

5. Assim, conta-se da *data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.)* o prazo qüinqüenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: REsp. n. 850.423-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ. 07.02.2008).

6. Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da *data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário* (artigos 145 e 174, ambos do CTN).

7. Entrementes, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo *ex vi* do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o *dies a quo* da regra da prescrição desloca-se para a *data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade.* Sob esse enfoque, a doutrina atenta que nos "casos em que a suspensão da exigibilidade

ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento". Assim, "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade" (Eurico Marcos Diniz de Santi, *in* ob. cit., p. 219-220).

8. Considere-se, por fim, *a data em que suceder qualquer uma das causas interruptivas (ou de reinício) da contagem do prazo prescricional*, taxativamente elencadas no parágrafo único, do artigo 174, a qual "servirá como *dies a quo* do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, *in* ob. cit., p. 227).

9. *In casu*: *(a)* cuida-se de crédito tributário oriundo de contribuição previdenciária declarado e não pago, cujo *fato gerador é de 1995; (b)* a constituição do crédito tributário ocorreu em *23.02.2000; (c)* na mesma data, em *23.02.2000*, o contribuinte formulou pedido de parcelamento do débito tributário; *(d)* deferido o pedido de parcelamento, o sujeito passivo descumpriu o acordo, ao não efetuar mais o pagamento das parcelas em *1º.01.2002*; e *(e)* a propositura da execução fiscal se deu em *20.05.2003*.

10. A regra prescricional aplicável ao caso concreto é aquela prevista no item 7, segunda parte, da ementa, em que "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade".

11. Desta sorte, tendo em vista que o prazo prescricional retomou seu curso em *1º.01.2002* e a execução fiscal restou intentada em *20.05.2003*, não se revela prescrito o direito de o Fisco pleitear judicialmente o crédito tributário *in foco*.

12. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 25.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por *Vilton Martins dos Santos e outro*, com fulcro no art. 105, III, **a**, do permissivo constitucional, em face do v. acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> Execução fiscal. Embargos. Decadência. Prescrição. Lançamento por homologação. Parcelamento. Honorários advocatícios.
>
> *1*. Nos casos de lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado, não há o que homologar, tendo o Fisco o prazo do art. 173, inc. I, do CTN para constituir o crédito tributário. *2*. Esta Corte já reconheceu a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei n. 8.212/1991. *3*. Constituído o crédito previdenciário em 23.02.2000, foram atingidas pela decadência os fatos geradores cujo vencimento ocorreu no ano de 1994. Cabível a reforma da sentença para reduzir o período atingido pela decadência. *4*. As normas dos artigos 150, § 4º e 173 do CTN não são de aplicação cumulativa ou concorrente. *5*. O pedido de parcelamento do débito interrompe o prazo prescricional, nos termos do inc. IV, do parágrafo único, do art. 174 do CTN. *6*. Decorridos menos de cinco anos entre a exclusão da empresa do Refis e a citação, não há falar em prescrição. *7*. Correta a sentença ao não considerar o INSS sucumbente pelo levantamento da penhora, considerando que o bem foi penhorado por iniciativa exclusiva do Oficial de Justiça e o Exeqüente não apresentou resistência ao acolhimento do pedido.

Noticiam os autos que Ailson Martins dos Santos e outro opuseram embargos à execução fiscal movida pelo Instituto Nacional do Seguro Social,

alegando, em síntese, a prescrição dos créditos tributários e a nulidade da penhora, por ter recaído em bem de família.

Sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido, para declarar a decadência dos créditos anteriores a 23.02.1995 e determinar o levantamento da penhora. Em face da sucumbência recíproca, determinou que cada parte arcasse com os honorários do seu patrono.

Sustentaram os Embargantes ser devida a condenação do INSS ao pagamento de honorários advocatícios em relação à desconstituição da penhora, pois foram obrigados a constituir advogado para defender sua pretensão. Defenderam a ocorrência da prescrição, pois decorridos mais de cinco anos entre a data do vencimento dos tributos e o ajuizamento da execução.

O Exeqüente também apelou, apontando o disposto no art. 46 da Lei n. 8.212/1991. Argumentou que nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para prescrição somente começa a contar após o término do prazo para homologação.

O TRF/4ª Região deu parcial provimento ao apelo do INSS e negou provimento à apelação dos embargantes, nos termos da ementa supra destacada.

Irresignado, os recorrentes apontam violação aos arts. 142, 150, 156, V e 174, todos do CTN. Aduzem, em síntese, que:

a) no caso de não haver pagamento na data do vencimento, deve ser considerado como marco inicial para a contagem do prazo prescricional de cinco anos a data estabelecida como vencimento do tributo constante da declaração (art. 174);

b) se o débito declarado pelo contribuinte somente pode ser exigido a partir do vencimento da obrigação, é nesse momento que se inicia o prazo prescricional para que o Fisco cobre a dívida;

c) o termo inicial do prazo prescricional, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declaração, mas da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária constante da declaração.

Contra-razões às fls. 315.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial, porquanto devidamente prequestionada a matéria de lei federal nele ventilada.

A despeito da plausibilidade das alegações do recorrente, o apelo nobre não merece prosperar.

Ao tratar dos "institutos jurídicos" - no dizer de Paulo de Barros Carvalho - da *decadência* e da *prescrição*, causas extintivas do crédito tributário, o Código Tributário Nacional, em seus artigos 173 e 174, estabelece o seguinte:

> Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
>
> I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
>
> II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.
>
> Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.
>
> Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
>
> Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
>
> ~~I - pela citação pessoal feita ao devedor~~;
>
> I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp n. 118, de 2005).
>
> II - pelo protesto judicial;
>
> III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
>
> IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: *(a)* regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; *(b)* regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que inocorre o pagamento

antecipado; *(c)* regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; *(d)* regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e *(e)* regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (*In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário,* Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, p. 163-210; e *Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, Coordenador Eurico Marcos Diniz de Santi, *Capítulo V - Decadência e Prescrição em Matéria Tributária,* de autoria de Christine Mendonça, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 655-666).

Forçoso assinalar que Eurico Marcos Diniz de Santi alude ainda à decadência extintiva do crédito tributário (artigo 156, V, do CTN), hipótese em que o crédito tributário é constituído extemporaneamente, vale dizer, o lançamento ou o ato de formalização do particular que lhe serve de suporte ocorre após o decurso do prazo decadencial do direito de o Fisco lançar.

A *constituição definitiva do crédito tributário* inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário (artigo 174, *caput*, do CTN).

Esclareça-se, com apoio no irretocável magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho, que o lançamento é ato administrativo de aplicação da lei genérica e abstrata aos casos concretos. Na expressão do insigne jurista, "o lançamento aplica a lei, não é lei, não podendo, pois, criar o crédito a ser pago pelos sujeitos passivos da obrigação". E prossegue: "é erro rotundo dizer que o lançamento institui o crédito. O erro continua redondo para aqueles que querem conciliar correntes inconciliáveis e proclamam que o lançamento declara a obrigação e constitui o crédito. A obrigação nem sempre necessita ser declarada, e o *crédito nasce sempre com ela.* Portanto, o lançamento apenas confere exigibilidade ao crédito – quando isto for necessário – ao individualizar o comando impessoal da norma (como é de sua natureza de ato tipicamente administrativo). O lançamento prepara o título executivo da Fazenda Pública, infundindo-lhe liquidez, certeza e exigibilidade" (*In* Curso de Direito Tributário Brasileiro, 9ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 750-751).

A obrigação tributária surge quando da ocorrência da hipótese de incidência tributária. E com ela surge o crédito tributário. Os atos jurídicos que integram o procedimento do lançamento são atos de aplicação do Direito,

da lei tributária, em cumprimento ao princípio axiomático de que a atividade administrativa consiste na aplicação de ofício da lei. O lançamento, em sua acepção jurídico-positiva atual, é meio de operar-se a aplicação concreta da norma tributária ao fato jurídico.

Relativamente ao denominado lançamento por homologação, o que ocorre não é a homologação do lançamento efetuado pelo contribuinte, visto que, a teor do que dispõe o artigo 142, do *Codex* Tributário, o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa, mas a convalidação da operação intelectual efetuada pelo sujeito passivo, valorando sua situação de vida de forma a conformá-la ao conteúdo da norma tributária, diversamente do que ocorre no lançamento de ofício ou por declaração, onde há a prática de um ato de aplicação do Direito, provinda da atividade administrativa privativa, outorgada pelo citado comando legal. O que se homologa, portanto, nas hipóteses de lançamento por homologação não é ato de lançamento, mas a atividade do sujeito passivo tendente à *satisfação do crédito tributário.*

Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, a prescrição do seu direito de cobrança judicial encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: *(a)* regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); *(b)* regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; *(c)* regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário; *(d)* regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e *(e)* regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco - causas interruptivas do prazo prescricional (*In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário,* Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, p. 224-252; e *Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*, Coordenador Eurico Marcos Diniz de Santi, *Capítulo V - Decadência e Prescrição em Matéria Tributária,* de autoria de Christine Mendonça, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 666-671).

Sobreleva ressaltar que Eurico Marcos Diniz de Santi também alude à prescrição extintiva do crédito tributário, seja ele resultado de lançamento ou de ato de formalização do contribuinte (artigo 156, V, do CTN), hipótese em que se configura a carência da ação executiva, ante a impossibilidade jurídica do

pedido, em razão do decurso do prazo prescricional previsto em quaisquer das regras retrocitadas.

De qualquer sorte, revela-se imperiosa a elucidação dos marcos iniciais do prazo qüinqüenal das regras prescricionais dantes mencionadas.

Assim, conta-se da *data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.)* o prazo qüinqüenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional. Nesse sentido, o entendimento firmado pela Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 850.423-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ. 07.02.2008, *verbis*:

> Tributário. Artigo 535. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Declaração do contribuinte desacompanhada de pagamento. Prescrição. Denúncia espontânea.
>
> 1. Não caracteriza insuficiência de fundamentação a circunstância de o aresto atacado ter solvido a lide contrariamente à pretensão da parte. Ausência de violação ao artigo 535 do CPC.
>
> 2. Tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte desacompanhada do seu pagamento no vencimento, não se aguarda o decurso do prazo decadencial para o lançamento. A declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte.
>
> 3. O termo inicial da prescrição, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declaração, mas da data estabelecida como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada.
>
> 4. A Primeira Seção pacificou o entendimento no sentido de não admitir o benefício da denúncia espontânea no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação quando o contribuinte, declarada a dívida, efetua o pagamento a destempo, à vista ou parceladamente. Precedentes.
>
> 5. Não configurado o benefício da denúncia espontânea, é devida a inclusão da multa, que deve incidir sobre os créditos tributários não prescritos.
>
> 6. Recurso especial provido em parte.
>
> (REsp n. 850.423-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008 p. 245)

Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da *data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário* (artigos 145 e 174, ambos do CTN).

Entretanto, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo *ex vi* do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o *dies a quo* da regra da prescrição desloca-se para a *data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade*.

No particular, Eurico Marcos Diniz de Santi adverte que nos "casos em que a suspensão da exigibilidade ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento". Assim, "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade" (*In* Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 3ª ed., Max Limonad, 2004, p. 219-220). Assinala ainda que:

> Essa suspensão da exigibilidade será configurada pela (i) moratória, que recebeu disciplina expressa a esse respeito *ex vi* do parágrafo único do art. 155, do CTN, (ii) pelo depósito do montante integral do crédito tributário ou (iii) pela concessão de medida liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 151, do CTN,
>
> Assim, *estando o prazo prescricional já em curso, a realização de qualquer das aludidas hipóteses suspensivas tornará o crédito inexigível, de tal forma que não se poderá qualificar a conduta do Fisco como omissiva até que desapareça a cláusula suspensiva. Conseqüentemente, também a contagem do prazo de prescrição restará suspensa durante o período em que se suceder a suspensão da exigibilidade do crédito, sendo retomada com a supressão da causa suspensiva.* (*In* obra citada, p. 229)

Na obra intitulada "A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário", anterior ao advento da Lei Complementar n. 104/2001 que incluiu o "parcelamento" entre as hipóteses suspensivas, Maria Leonor Leite Vieira, não obstante defenda a tese de que somente a moratória constitui causa legal expressa de suspensão da fluência do prazo prescricional, arremata que:

> Não é difícil concluir que não se pode falar em curso da prescrição enquanto não se verificar a inércia do titular da ação e esta foi localizada no CTN, no instante da *constituição definitiva* do crédito tributário, ou seja, no derradeiro momento do período de exigibilidade, no instante em que o Poder Público adquire condições de coagir o sujeito passivo (devedor) a liquidar o crédito.
>
> (...)
>
> Em suma: quando não depender de nenhuma outra providência, quando estiver o crédito apto a servir de base para a exigência perante o Poder Judiciário, quando for - no sentido técnico da processualística - exercitável, acionável, ajuizável ou desde quando se pode fazer valer; por isso mesmo é que Câmara Leal conceitua a prescrição como sendo a extinção de uma ação ajuizável, em virtude de inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de cláusulas preclusivas de seu curso.
>
> *(...)* (*In* obra citada, Editora Dialética, São Paulo, 1997, p. 79-80)

Por fim, forçoso assentar a regra prescricional atinente ao reinício da contagem do prazo, em virtude de quaisquer das causas interruptivas previstas no parágrafo único, do artigo 174, do CTN, vale dizer: (a) o despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal; (b) o protesto judicial; (c) qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; e (d) qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Neste caso, a data em que suceder qualquer uma das aludidas hipóteses "servirá como *dies a quo* do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, *in* obra citada, p. 227).

No momento, revela-se despiciendo qualquer comentário acerca da cognominada "prescrição intercorrente", cuja análise deve ser postergada para casos em que configure premissa inarredável ao deslinde da controvérsia.

In casu: (a) cuida-se de crédito tributário oriundo de contribuição previdenciária declarado e não pago, cujo *fato gerador é de 1995; (b)* a constituição do crédito tributário ocorreu em *23.02.2000*; *(c)* na mesma data, em *23.02.2000*, o contribuinte formulou pedido de parcelamento do débito tributário; *(d)* deferido o pedido de parcelamento, o sujeito passivo descumpriu o acordo, ao não efetuar mais o pagamento das parcelas em *1º.01.2002*; e *(e)* a propositura da execução fiscal se deu em *20.05.2003*.

A regra prescricional aplicável ao caso concreto é aquela em que "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade".

Desta sorte, tendo em vista que o prazo prescricional retomou seu curso em *1º.01.2002* e a execução fiscal restou intentada em *20.05.2003*, não se revela prescrito o direito de o Fisco pleitear judicialmente o crédito tributário *in foco*.

Com essas considerações, *nego provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.086.871-SC (2008/0185703-7)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Chapecó Companhia Industrial de Alimentos - Massa Falida
Repr. por: Edson Luiz Fávero - Síndico
Advogado: Orlando Celso da Silva Neto e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Repetição de indébito. Prescrição. Artigo 4º da LC n. 118/2005. Determinação de aplicação retroativa. Declaração de inconstitucionalidade. Controle difuso. Corte Especial. Reserva de plenário. Direito intertemporal. Ação ajuizada após a vigência da LC n. 118/2005. Fatos geradores anteriores à LC n. 118/2005. Aplicação da tese dos "cinco mais cinco".

1. Até a entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, o entendimento do STJ era no sentido de que se extinguiria o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação somente após decorridos cinco anos, a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita (EREsp n. 435.835-SC, julgado em 24.03.2004).

2. Esta Casa, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI nos EREsp n. 644.736-PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar n. 118/2005, que

estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, por ofender os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

3. De acordo com a regra de transição adotada pela Corte Especial no julgamento da AI no EREsp n. 644.736-PE, aplicar-se-á a tese dos "cinco mais cinco" aos créditos recolhidos indevidamente antes da LC n. 118/2005, limitado, porém, ao prazo máximo de 5 anos, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal.

4. É possível simplificar a aplicação da citada regra de direito intertemporal da seguinte forma:

I) Para os recolhimentos efetuados até 08.06.2000 (cinco anos antes do inicio da vigência LC n. 118/2005) aplica-se a regra dos "cinco mais cinco";

II) Para os recolhimentos efetuados entre 09.06.2000 a 08.06.2005 a prescrição ocorrerá em 08.06.2010 (cinco anos a contar da vigência da LC n. 118/2005); e

III) Para os recolhimentos efetuados a partir de 09.06.2005 (início de vigência da LC n. 118/2005) aplica-se a prescrição quinquenal contada da data do pagamento.

Conclui-se, ainda, de forma pragmática, que para todas as ações protocolizadas até 08.06.2010 (cinco anos da vigência da LC n. 118/2005) é de ser afastada a prescrição de indébitos efetuados nos 10 anos anteriores ao seu ajuizamento, nos casos de homologação tácita.

5. *In casu*, a ação ordinária foi ajuizada em 12.01.2006 com o objetivo de restituir recolhimentos indevidos entre as competências de 02.1999 a 11.2002, ou seja, proposta dentro do quinquênio inicial de vigência da LC n. 118/2005, deve-se afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos do ajuizamento da ação.

6. Recurso especial provido, para afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos pretéritos do ajuizamento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos pretéritos do ajuizamento da ação,nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 02.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Chapecó Companhia Industrial de Alimentos - Massa Falida, com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da lavra do Tribunal Regional Federal da Quarta Região assim ementado:

> Tributário. PIS e Cofins. Decadência. § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1998. Alargamento da base de cálculo. Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003. Reserva de Plenário.
>
> 1. Dispõe o contribuinte do prazo de dez anos retroativos ao ajuizamento das ações intentadas até 08.06.2005 para postular a restituição do indébito, a contar do fato gerador, cinco dos quais relativos à homologação tácita dos tributos sujeitos a essa modalidade de lançamento (art. 150, § 4º, do CTN) e cinco de prazo decadencial propriamente dito (art. 168, I, do CTN), afastadas as disposições da LC n. 118/2005.
>
> 2. Proposta a ação após 09.06.2005, submete-se a decadência às novas disposições introduzidas pela LC n. 118/2005, sendo este o caso dos autos.
>
> 3. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718/1998 que determinou a incidência do PIS sobre toda e qualquer receita, inclusive as não operacionais, ampliando o conceito de receita bruta, e, assim, criando imposições que desbordavam do conceito de faturamento. Violação ao art. 195, § 4º, da Constituição, pois houve a criação de nova contribuição por meio de lei ordinária, não ocorrendo mera alteração na lei. Precedentes do Plenário do STF.

4. A Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, mesmo entrando em vigor anteriormente ao início da produção de efeitos da Lei n. 9.718/1998, não convalidou o art. 3º, §1º, deste diploma legal, que padece de inconstitucionalidade formal originária.

5. O regime de tributação imposto pela Lei n. 10.637/2002 de exigência do PIS, sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica é imposto às empresas que apuram o imposto de renda com base no lucro real.

6. Não houve argüição da inconstitucionalidade da Lei n. 9.718/1998 em respeito à reserva de Plenário, à vista do disposto no art. 481, parágrafo único, do CPC.

7. Remessa oficial e apelação parcialmente providas para declarar a decadência do direito de restituir os valores vertidos antes de 12.01.2001.

Embargos declaratórios opostos e parcialmente acolhidos para fins de prequestionamento. (fls. 897-898).

No apelo especial sustenta a ocorrência de dissídio quanto à discussão sobre a prescrição transcrevendo ementas de vários julgados desta Corte.

Argumenta que, de acordo com o acórdão paradigma deve prevalecer o entendimento de que a aplicação da regra prevista no art. 3º da LC n. 118/2005 refere-se a recolhimentos ocorridos após sua entrada em vigou (09.06.2005), aplicando-se ao caso a tese dos "cinco mais cinco".

Contra-razões às fls. 381-388.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Comprovado o dissidio jurisprudencial quanto à prescrição para a repetição de tributo sujeito a lançamento por homologação (art. 225 do RI/STJ) e presentes, ainda, os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial pela alínea **c** do inciso III do art. 105 da CF.

Merece prosperar a pretensão recursal, no particular.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 435.835-SC (Rel. para o acórdão Min. José Delgado), pacificou o entendimento segundo o qual, no regime anterior à LC n. 118/2005, o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de

cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador, sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Para elucidar a questão, transcreve-se a ementa do julgado mencionado:

> Constitucional. Tributário. Embargos de divergência. Contribuição previdenciária. Lei n. 7.787/1989. Compensação. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo. Precedentes. 1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um qüinqüênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados. 2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco. 3. A ação foi ajuizada em 16.12.1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 09.1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12.1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação. 4. Precedentes desta Corte Superior. 5. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto (EREsp n. 435.835-SC, Rel. Ministro Franciso Peçanha Martins, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24.03.2004, DJ 04.06.2007 p. 287).

O advento da Lei Complementar n. 118/2005, ao dar nova interpretação ao art. 168 do CTN, reduziu para 5 anos, iniciando do pagamento indevido a contagem do prazo para propor ação de repetição de indébito nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

O artigo 4º da LC n. 118/2005 determina a aplicação retroativa da norma jurídica inserta no dispositivo supracitado, em conformidade com o disposto no artigo 106, I, do CTN, segundo o qual: "A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados".

No entanto, a Corte Especial, ao julgar, em 06.06.2007, à unanimidade, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp n. 644.736-PE, relator

Ministro Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC n. 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09.06.2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

O art. 3º da LC n. 118/2005 conferiu, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário aos prazos prescricionais, configurando preceito normativo-modificativo, e não simplesmente interpretativo. Em face desse entendimento, o artigo citado só deve ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.

No voto condutor da arguição de inconstitucionalidade, assinalou ainda o Ministro Relator que:

> *com o advento da LC n. 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático,* deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.2005), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de *cinco anos a contar da vigência da lei nova.*

Dessa forma, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos "cinco mais cinco", desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal.

Diante da aplicação da regra clássica de direito intertemporal, utilizada pela Corte Especial no julgamento da AI nos EREsp n. 644.736-PE, deve-se analisar qual o saldo a fluir pela lei antiga; pois se for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continua-se a contar o saldo pela regra antiga, por outro lado, se for superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se exclusivamente o prazo da nova lei, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta.

Neste sentido:

> Tributo sujeito a lançamento por homologação. *Prazo prescricional. Lei Complementar n. 118/2005. Artigo 3º. Lei de eficácia prospectiva. Direito intertemporal. Critério de contagem do prazo prescricional. Lei anterior. Saldo remanescente menor que prazo da lei nova.* Prescrição qüinqüenal. Inaplicabilidade. Prescrição pela tese dos 'cinco mais cinco'. Aplicabilidade. Embargos de declaração. Acolhimento. Erro material caracterizado.
>
> I - "Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC n. 118/2005, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador. A norma do art. 3º da LC n. 118/2005, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, ao apreciar Incidente de Inconstitucionalidade no EREsp n. 644.736-PE, sessão de 06.06.2007, declarou inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar." (REsp n. 890.656-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20.08.2007).
>
> II - *Na presente hipótese, a ação foi ajuizada no dia 29 de setembro de 2006, ou seja, posteriormente ao início da vigência da Lei Complementar n. 118/2005. Tomando-se por base o recolhimento mais antigo (1996), verifica-se que o saldo prescricional a fluir pela lei pretérita, a partir da data da entrada em vigor da LC n. 118/2005, figura-se inferior à totalidade do prazo estabelecido pela nova lei, devendo o prazo prescricional ser contado, destarte, integralmente pela regra antiga.*
>
> III - Nesse panorama, necessário sanar o erro material apontado pela ora embargante, para fazer incidir o prazo prescricional decenal a partir do ajuizamento da ação, dando provimento ao apelo nobre, restando, portanto, afastada a prescrição dos recolhimentos efetuados após setembro de 1996.
>
> IV - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos para, *dar provimento* ao recurso especial epigrafado (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp n. 1.031.916-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 15.12.2008, grifo nosso).

É possível simplificar a aplicação da citada regra de direito intertemporal da seguinte forma:

I) Para os recolhimentos efetuados até 08.06.2000 (cinco anos antes do início da vigência LC n. 118/2005) aplica-se a regra dos "cinco mais cinco";

II) Para os recolhimentos efetuados entre 09.06.2000 a 08.06.2005 a prescrição ocorrerá em 08.06.2010 (cinco anos a contar da vigência da LC n. 118/2005); e

III) Para os recolhimentos efetuados a partir de 09.06.2005 (início de vigência da LC n. 118/2005) aplica-se a prescrição quinquenal contada da data do pagamento.

Pode-se concluir, também, de forma pragmática, que para todas as ações protocolizadas até 08.06.2010 (cinco anos da vigência da LC n. 118/2005) não estarão prescritos indébitos efetuados nos 10 anos anteriores ao seu ajuizamento, nos casos de homologação tácita.

In casu, a ação ordinária foi ajuizada em 12.01.2006, com o objetivo de obter o direito à compensação de valores indevidamente recolhidos a título de PIS, entre as competências de 02.1999 e 11.2002, extinguindo-se, portanto, o lapso prescricional mais próximo somente em fevereiro de 2009. Isso porque entre 02.1999 e a vigência da LC n. 118/2005 (09.06.2005), passaram-se aproximadamente 6 anos, faltando 4 anos para completar o prazo decenal, prazo este menor do que o previsto na nova lei, aplicando-se assim, a previsão da tese dos "cinco mais cinco".

Por outro lado, para os valores indevidamente recolhidos em 11.2002, o prazo prescricional aplicado é o da lei nova, em sua totalidade, a partir de sua entrada em vigor, haja vista que de 2002 a 2005 (LC n. 118/2005) passaram-se apenas 3 anos, restando ainda 7 anos para o cômputo do prazo decenal, sendo este superior a prescrição quinquenal da lei nova.

Dessa forma, ajuizada a ação dentro do quinquênio inicial de vigência da LC n. 118/2005, é de se afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos do ajuizamento da ação.

Com essas considerações, *dou provimento ao recurso especial* para afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos pretéritos do ajuizamento da ação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.101.738-SP (2008/0249859-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Viação Motta Ltda
Advogado: Luis Justiniano de Arantes Fernandes e outro(s)

Recorrido: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT
Procurador: Procuradoria-Geral Federal - PGF

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Competência em razão da sede funcional da autoridade coatora.

1. A despeito do presente recurso especial ter sido admitido na instância *a quo* como "representativo de controvérsia", nos termos do disposto no artigo 543-C do CPC, verifica-se que a questão posta nos autos não se subsume à discussão acerca da competência territorial para processar e julgar ação anulatória de multas aplicadas por agência reguladora, pois se trata de mandado de segurança, o que retira o feito dentre aqueles considerados por repetitivos para os fins do artigo 543-C do CPC, combinado com o artigo 2º, § 1º, da Resolução-STJ n. 8/2008, o qual deverá ter seu processamento regular perante à competência da Primeira Turma.

2. Não se configura a violação ao artigo 535, inciso II, do CPC, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente.

3. A matéria de fundo cinge-se em torno da competência para apreciar mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular as autuações lavradas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, autarquia com sede e foro em Brasília, estabelecidos pelo artigo 21 da Lei n. 10.233/2001. A impetrante apontou o Superintendente de Serviços e Transportes de Passageiros da ANTT como autoridade coatora e elegeu a Seção Judiciária de São Paulo como competente, sob o argumento de existência de sucursal da autarquia neste local, bem como pelo fato de que atos tidos por ilegais e abusivos teriam lá ocorrido, nos termos do que preconiza as regras fixadas pelo artigo 100, IV, **a** e **b**, do CPC.

4. Ocorre que, em sede de mandado de segurança, a competência é absoluta e fixada em razão da qualificação da autoridade apontada como coatora e de sua sede funcional. Precedentes: CC n. 60.560-DF,

Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 12.02.2007; CC n. 41.579-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 24.10.2005, p. 156; CC n. 48.490-DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 19.05.2008). Em assim sendo, estando a sede funcional da autoridade coatora localizada em Brasília, conforme asseveraram as instâncias ordinárias, bem como se depreende da leitura da Lei n. 10.233/2001, que instituiu a ANTT e dispôs acerca da sua estrutura organizacional, e do Regimento Interno dessa autarquia, é inequívoco que o foro competente para julgar o mandado de segurança em questão é uma das varas federais do Distrito Federal e não em São Paulo, onde a ANTT mantém apenas uma unidade regional.

5. 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, preliminarmente, decidir pela competência da Primeira Turma para julgar o recurso especial e, no mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Luiz Fux, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Brasília (DF), 19 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 06.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Viação Motta Ltda., com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra decisão que manteve a declaração de incompetência absoluta da Justiça Federal de São Paulo para processar e julgar o presente feito, em que se discute a aplicação de multas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, ora recorrida, no Estado de São Paulo.

O acórdão impugnado, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos do agravo de instrumento, tirado de mandado de segurança, possui a seguinte ementa (fls. 865):

> Agravo de instrumento. Competência. Mandado de segurança impetrado em face de autarquia. Competência firmada em razão da sede funcional da autoridade coatora.
>
> 1. Em mandado de segurança, a competência do Juízo é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. Irrelevante a natureza do ato impugnado.
>
> 2. A autoridade coatora tem sede e foro em Brasília, sendo competente o Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, conforme definido pela decisão agravada.
>
> 3. Agravo de instrumento não provido.

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado perante a Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo pela empresa acima nomeada, contra ato coator do Superintendente de Serviços de Transporte de Passageiros da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, objetivando a anulação das autuações que lhe foram impostas sob a alegação de que estariam executando serviço de transporte de passageiros em trechos secionados das linhas permitidas.

O Juízo monocrático deferiu medida liminar para determinar a suspensão das autuações aplicadas à impetrante, bem como das futuras, e ordenou a liberação do ônibus placa HRO 4160. Irresignada, interpôs a ANTT agravo de instrumento, tendo o Desembargador relator convertido em agravo retido.

Posteriormente, o magistrado de primeira instância, ao acolher preliminar arguida pela autoridade impetrada em suas informações, declarou-se incompetente e determinou a remessa dos autos para a Seção Judiciária do Distrito Federal, onde se localiza a sede da ANTT. Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento, com o fundamento de que há sucursal da autarquia da qual faz parte a autoridade coatora na cidade de São Paulo, o que autoriza a impetração do *writt* naquela Seção Judiciária, conforme dispõe o artigo 100, IV, **b**, do CPC, que exterioriza regras de competência territorial.

Após a concessão do efeito suspensivo, foi negado provimento ao referido agravo de instrumento, cuja ementa encontra-se acima transcrita, e, em seguida, foram opostos embargos declaratórios, assim rejeitados (fl. 933):

> Agravo de instrumento. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Rejeição.

1. O acórdão embargado, ao concluir que a competência do Juízo em mandado de segurança é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional, encontra-se devidamente fundamentado.

2. O acórdão embargado examinou as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, inexistindo qualquer omissão, obscuridade ou contradição.

3. Precedentes.

4. Embargos de declaração conhecidos, mas rejeitados.

Por meio do presente recurso especial, busca a recorrente a reforma do acórdão regional, apontando ofensa ao artigo 100, 102, 111 e 535 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial quanto à matéria. Alega, em síntese, que a ANTT possui sucursal em São Paulo, sendo perfeitamente possível o exercício de sua defesa naquele Município, sem a necessidade de remessa dos autos ao foro da sede nacional da autarquia. Em caráter subsidiário, assevera inadequação da via eleita, visto que, em se tratando de competência relativa, a incompetência deveria ter sido suscitada por exceção, e não em preliminar nas informações.

O especial foi admitido na origem e, em razão da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito travada nos autos, foi encaminhado o feito ao Superior Tribunal de Justiça, para analisar a questão sob o regime do recente artigo 543-C, do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Inicialmente, cumpre-nos registrar que, a despeito do presente recurso especial ter sido admitido na instância *a quo* como "representativo de controvérsia", nos termos do disposto no artigo 543-C do CPC, verifica-se que a questão posta nos autos não se subsume à discussão acerca da competência territorial para processar e julgar ação anulatória de multas aplicadas por agência reguladora, pois se trata de mandado de segurança, o que retira o feito dentre aqueles considerados por repetitivos para os fins do artigo 543-C do CPC, combinado com o artigo 2º, § 1º, da Resolução-STJ n. 8/2008, o qual deverá ter seu processamento regular perante à competência da Primeira Turma.

Em seguida, há que se afastar a suposta violação ao art. 535, II, do CPC, pois o que se constata é que a recorrente, sob o pálio da ocorrência de omissão,

em verdade, buscou perante o Tribunal *a quo*, com a oposição de embargos declaratórios, novo pronunciamento sobre tese já ventilada e decidida no julgamento do recurso de agravo de instrumento, não se configurando, portanto, a violação ao artigo 535, inciso II, do CPC, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não sendo os declaratórios a via processual adequada para a discussão de mero inconformismo da parte.

A matéria de fundo cinge-se em torno da competência para apreciar mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular as autuações lavradas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, autarquia com sede e foro em Brasília, estabelecidos pelo artigo 21 da Lei n. 10.233/2001. A impetrante apontou o Superintendente de Serviços e Transportes de Passageiros da ANTT como autoridade coatora e elegeu a Seção Judiciária de São Paulo como competente, sob o argumento de existência de sucursal da autarquia neste local, bem como pelo fato de que atos tidos por ilegais e abusivos teriam lá ocorrido, nos termos do que preconiza as regras fixadas pelo artigo 100, IV, **a** e **b**, do CPC.

Ao dirimir a controvérsia, o Tribunal Regional fundamentou o seu aresto, ora atacado, no sentido de que, em mandado de segurança, a competência do Juízo é definida pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional. Assim sendo, como a sede da recorrida encontra-se em Brasília, entendeu que o juízo da Seção Judiciária do Distrito Federal é o competente para apreciar a lide.

O acórdão recorrido merece ser mantido.

Isso porque, a despeito da jurisprudência pacífica do STJ perfilhar entendimento segundo o qual as autarquias federais, nos termos das regras insertas no artigo 100, IV, alíneas **a** e **b**, do CPC, podem ser demandadas no foro de sua sede ou naquele em que se acha a agência ou sucursal em cujo âmbito de competência ocorreram os fatos que geraram a lide, no presente caso se está diante de mandado de segurança, cujas regras de competência são próprias e diversas daquelas estabelecidas para as demais ações judiciais.

Sob esse enfoque, forçoso concluir que a jurisprudência invocada nos autos, tanto pela requerente, quanto pelo Tribunal *a quo* quando da emissão de juízo positivo de admissibilidade do recurso especial, não é aplicável ao caso *sub judice*.

Em sede de mandado de segurança, a competência é absoluta e fixada em razão da qualificação da autoridade apontada como coatora e de sua sede funcional.

Sobre a matéria, vale invocar a sempre profícua lição de Hely Lopes Meirelles:

> A competência para julgar mandado de segurança define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional [...].
>
> Para a fixação do juízo competente em mandado de segurança não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes. (*in* Mandado de Segurança, 31ª edição, Malheiros Editores, p. 75 e 77).

Citando Castro Nunes, também são ilustrativas as palavras de Cássio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

> A competência judiciária para o mandado de segurança está assentada em dois princípios: a) o da qualificação da autoridade como federal ou local e b) o da hierarquia, isto é, da gradação hierárquica da autoridade, para o efeito da competência no mecanismo das instâncias em cada uma daquelas jurisdições. É uma competência *ratione autoritatis*, porque depende da qualificação da autoridade pelo critério acima; *e ratione muneris*, isto é, em razão do cargo ou função da autoridade contra a qual se requer o mandado.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> Processual Civil. Conflito de competência. Mandado de segurança. Competência firmada em razão da sede funcional da autoridade coatora.
>
> 1. A competência para conhecer do mandado de segurança é fixada em razão da sede funcional da autoridade coatora. Precedentes.
>
> 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal – SJ-DF, o suscitante (CC n. 60.560-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 12.02.2007).

> Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Competência absoluta estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade impetrada e a sua categoria profissional. Competência do juízo suscitante.
>
> 1. Na linha de orientação desta Corte Superior, em se tratando de mandado de segurança, a competência para processamento e julgamento da demanda é estabelecida de acordo com a sede funcional da autoridade apontada como coatora e a sua categoria profissional, o que evidencia a natureza absoluta e a improrrogabilidade da competência, bem como a possibilidade de seu conhecimento *ex officio*. Precedentes.

2. Conforme noticiado pelo d. Juízo Suscitado, nenhuma das autoridades impetradas possui sede funcional na referida Seção Judiciária. Por outro lado, a primeira autoridade alegadamente coatora tem sede funcional na cidade do Rio de Janeiro-RJ.

3. Considerando que o *mandamus* deve ser processado e julgado pelo juízo competente em relação ao local correto da sede funcional da autoridade apontada como coatora, evidencia-se a competência do d. Juízo Suscitante para apreciar a ação mandamental em questão.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitante - Juízo Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (CC n. 41.579-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 24.10.2005, p. 156).

Mandado de segurança. Competência. Indicação errônea da autoridade coatora. Portaria ministerial.

I. A competência para julgar mandado de segurança define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional.

II. Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência do Juízo Suscitado (CC n. 18.894-RN, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Primeira Seção, DJ 23.06.1997, p. 29.033).

Conflito negativo de competência entre juízos federais vinculados a tribunais diversos. Mandado de segurança. Substituição *ex officio* da autoridade impetrada pelo magistrado. Impossibilidade.

1. A competência para processar e julgar mandando de segurança decorre da categoria da autoridade coatora ou de sua sede funcional, e não da natureza do ato impugnado ou da matéria ventilada no *writ*, consoante assente na jurisprudência da egrégia Primeira Seção deste sodalício (Precedentes: CC n. 47.219-AM, Relator Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ de 03 de abril de 2006 e CC n. 38.008-PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 1º de fevereiro de 2006). (...)

3. Conflito conhecido para julgar competente o Juízo Federal da 23ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo (CC n. 48.490-DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Dje 19.05.2008).

Portanto, no caso em foco, estando a sede funcional da autoridade coatora localizada em Brasília, conforme asseveraram as instâncias ordinárias, bem como se depreende da leitura da Lei n. 10.233/2001, que instituiu a ANTT e dispôs acerca da sua estrutura organizacional, e do Regimento Interno dessa autarquia, é inequívoco que o foro competente para julgar o mandado de segurança em questão é uma das varas federais do Distrito Federal e não em São Paulo, onde a ANTT mantém apenas uma unidade regional.

Por fim, consigno a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, nos termos exigidos pelo artigo 255 do RISTJ, tendo em vista a ausência de similitude fática ente os acórdãos confrontados, já que os paradigmas ou não se referem a mandado de segurança ou tratam de autoridade coatora cuja sede funcional seja no local onde se situa a sucursal.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sra. Ministra Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Luiz Fux para acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator.

A nossa jurisprudência é pacífica a respeito. O Sr. Ministro Relator cita inclusive precedente da Primeira Seção. No caso de mandado de segurança, o foro competente é o da autoridade coatora. Não se trata de ação ordinária, que pode ser promovida em outro lugar.

Neste caso, a autoridade coatora é de Brasília, o que foi confirmado pelo próprio advogado na Tribuna. Diz-se que os atos foram praticados por autoridade de lá. De duas, uma: ou a autoridade coatora está bem apontada (caso em que os atos foram praticados em Brasília), ou foram praticados por uma autoridade de lá; caso em que haveria ilegitimidade. Se a opção era promover ação em São Paulo contra autoridade que praticou ato lá, deve-se promovê-la contra aquela autoridade. Do modo como foi proposta a ação de segurança, contra uma autoridade de Brasília, o foro é o da Capital Federal.

Nego provimento ao recurso especial.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sra. Ministra Presidente, fico a imaginar o seguinte: a parte, quando litiga contra a União, não é obrigada a se deslocar para o foro da Capital da República; ela litiga nas seções judiciais.

No caso específico, trata-se de autarquia que tem unidades regionais e foram essas unidades que imputaram a multa à parte.

Ora, um raciocínio analógico vai impor exatamente o mesmo raciocínio que se empreende em relação à União; quer dizer, se a agência reguladora

determina em uma norma abstrata aplicação de multa, e essas multas são aplicadas em determinado local, e o mandado de segurança é contra esse ato, entendo que impor à parte que se desloque à capital, Brasília, para discutir um ato praticado alhures, onde ali se encontra a prova de tudo quanto eventualmente foi praticado com abuso de poder quanto ao direito líquido e certo, seria, *data venia*, uma demasia.

Gostaria de manter esse ponto de vista, porque penso que se faz um paralelismo, quer dizer, *mutatis mutandis*, as partes que litigam contra a União, em princípio, deveriam vir à capital da República para litigarem e não é assim que ocorre, porque vão às seções judiciárias. Da mesma forma, as agências reguladoras que têm uma *longa manus* em algum Estado podem ser acionadas lá, o que seria até uma maneira de tornar mais acessível a Justiça às pessoas que não têm possibilidade de litigar em outro foro.

Faço esse mesmo raciocínio, entendendo que é equiparável à agência, filial ou sucursal para efeito de competência e está na vara federal; de qualquer maneira, a competência *ratione personae* foi observada.

Pedindo *venia* ao eminente Ministro Relator, dou provimento ao recurso especial.

Presidente a Sra. Ministra Denise Arruda.

Relator o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

1ª Turma - 19.03.2009.

Nota Taquigráfica.

RECURSO ESPECIAL N. 1.103.168-RS (2008/0243073-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul
Advogado: Alexandre Fernandes Gastal e outro(s)
Recorrente: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT
Procurador: Adriana dos Santos Rocha Marsiaj Oliveira e outro(s)
Recorrente: União

Recorrido: Pajú Transportes Ltda
Advogado: Ronaldo Resende de Oliveira e outro(s)
Interes: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Marcos Tubino Bortolan e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Pedágio. Legitimidade passiva da União. Redução da tarifa quando se tratar de veículo vazio com um ou mais eixos sem contato com a malha asfáltica. Impossibilidade. Critério diferenciador de tarifas estabelecido pelo legislador e que não leva em conta, objetivamente, quantidade de carga transportada ou número de eixos que tocam o solo.

I - Sentença de primeiro grau e acórdão que afastaram as preliminares de ilegitimidade passiva e, no mérito, com base no Princípio da razoabilidade, entenderam que não se deve levar em conta, para efeitos de enquadramento tarifário, o eixo do veículo quando este estiver suspenso, sem contato com o solo, em razão de pouca ou nenhuma carga transportada.

Recurso especial da ANTT

I - O pronunciamento sobre a violação do art. 1º da Lei n. 9.277/1996 e a consequente ilegitimidade passiva alegada, demandam análise de cláusulas do contrato de concessão da rodovia, o que é vedado pelo Enunciado da Súmula n. 5-STJ.

II - A ausência de prequestionamento da matéria ventilada, qual seja, os arts. 3º e 135 do CPC, Lei n. 8.666/1993, e a generalidade da argumentação fazem incidir, respectivamente, os Enunciados das Súmulas n. 211-STJ e 284-STF.

III - Recurso Especial não-conhecido.

Recursos especiais da União e da Ecosul

I - É pacífica a Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de reconhecer a legitimidade passiva da União para figurar no polo passivo de demandas versando sobre revisão de tarifas de pedágio em rodovias federais. Precedentes: AgRg no REsp n. 851.421-PR, Rel. Min. *Humberto Martins,* DJ de 14.12.2007,

REsp n. 417.804-PR, Rel. Min. *Garcia Vieira,* Rel. para acórdão Min. *Humberto Gomes de Barros,* DJ de 10.03.2003, REsp n. 848.849-RS, Rel. Min. *José Delgado*, DJ de 26.10.2006.

II - O art. 4º do Decreto-Lei n. 791/1969 estabelece que as tarifas de pedágio incidem de acordo com a categoria do veículo, não havendo critério legal que permita diferenciação unicamente com base no número de eixos.

III - A circunstância de um ou mais eixos do veículo não estarem em contato com o solo não implica na sua mudança de categoria para efeitos de enquadramento tarifário.

IV - A utilização ou não de todos os eixos do veículo quando da passagem pela praça de pedágio é decisão que cabe ao usuário do veículo, não sendo admissível que, em decorrência de decisão unilateral sua, modifique-se o critério de tarifação estabelecidos pelo legislador e pelo administrador, à míngua de previsão legal nesse sentido.

VI - Recursos especiais da União e da Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e deu provimento aos recursos especiais da Ecosul e da União, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 27.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recursos especiais interpostos por Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A - Ecosul, Agência

Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e União, todos com fundamento na alínea **a** do inc. III do art. 105 da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado, *verbis*:

> Administrativo. Pedágio. Dispensa da cobrança incidente sobre os eixos de veículos para transporte de carga, sempre que estes não estiverem em contato como a malha asfáltica. Ação ordinária. Procedência.
>
> 1. Ainda que a cobrança da tarifa tome por baliza o número de eixos dos veículos, é notório que estes se fazem presente quando existir maior massa a ser transportada. Restando comprovado o desnecessário uso dos referidos eixos, desnecessária também se faz a arrecadação do pedágio por maior valor.
>
> 2. Precedentes da Corte.
>
> 3. Improvimento das apelações.

A controvérsia gira em torno do estabelecimento de tarifa de pedágio com base no número de eixos que tocam o asfalto, e não com base na categoria do veículo, bem como sobre a legitimidade passiva da ANTT, União e do Estado do Rio Grande do Sul.

O juízo singular, rejeitando as preliminares de ilegitimidade passiva levantadas pelas partes, acolheu o pedido da autora, *Paju Transportes Ltda,* em face da União, ANTT, *Ecosul* e Estado o Rio Grande do Sul para que a tarifa de pedágio incidente sobre o tráfego de seus caminhões seja calculada com base no número de eixos que estejam efetivamente tocando a malha asfáltica, o que reduziria o valor da tarifa quando os veículos, vazios, estivessem com um ou mais eixos recolhidos, sem contato com o solo.

Baseou-se a decisão no Princípio da razoabilidade, já que um veículo mais pesado, com todos os eixos no solo, desgastaria mais a via do que um veículo mais leve com um ou mais eixos recolhidos, diferença que deveria refletir na tarifa do pedágio.

Em sede de apelação levantou-se, mais uma vez, o argumento da ilegitimidade passiva da ANTT, da União e do Estado do Rio Grande do Sul, sendo que tanto as preliminares quanto os argumentos de mérito foram rechaçados, estes igualmente com base no Princípio da razoabilidade, afirmando o Tribunal *a quo* que sobre o tráfego de um veículo carregado, com todos os eixos no solo não poderia recair a mesma tarifa incidente sobre um veículo carregado, com todos os eixos tocando a malha asfáltica.

Embargos de declaração rejeitados.

Em seu recurso especial a ANTT alega:

`) violação do art. 1º da Lei n. 9.277/1996, cuja observância teria o condão de excluir a recorrente do feito por ilegitimidade passiva;

`) violação dos art. 3º e 135, II do CPC; Leis n. 8.987/1995, Lei n. 8.666/1993; art. 11 e 12 do Decreto-Lei n. 200/1967.

A *Ecosul,* por sua vez, alega nas razões de recurso especial, em síntese:

`) violação ao art. 4º do Decreto-Lei n. 791/1969, que determina a possibilidade de diferenciação da tarifa de pedágio com base na categoria do veículo, sendo que o número de eixos é tão somente um critério objetivo apto a definir categorias, etapa antecedente à fixação da tarifa;

`) violação ao art. 13 da Lei n. 8.987/1995, que permite a cobrança diferenciada de tarifas em função de características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento a segmentos diversos de usuários;

`) inviabilidade prática da medida, já que a cobrança de pedágio com base no número de eixos que tocam o solo pode permitir a burla por parte de caminhoneiros inescrupulosos, que ergueriam o eixo apenas no momento de passar pela praça de pedágio, a despeito do veículo estar carregado, bem como que nas praças de pedágio não há como verificar se um caminhão está efetivamente carregado ou não, inexistindo instrumento legal que obrigue os particulares a permitirem a inspeção do interior de compartimentos de carga por parte de prepostos da concessionária da via.

Por fim, a União sustenta em seu apelo extremo:

`) violação do inc. II do art. 535 do CPC, já que o Tribunal *a quo* teria deixado de se manifestar acerca de "diversos dispositivos legais", a despeito da interposição de embargos declaratórios pela recorrente;

`) violação do art. 267, VI do CPC; arts. 1º, 3º, *caput* e § 1º, 4º, *caput e* §§ 2º e 3º, e 7º, 21, § 2º, 24, II e VI, e 26, VII, todos da Lei n. 9.277/1996, os quais, se observados, conduziriam ao reconhecimento da ilegitimidade passiva da recorrente;

`) violação dos art. 4º e 5º do Decreto-Lei n. 791/1969, os quais, respectivamente, permitem a fixação de tarifa com base na categoria do veículo (e não número de eixos) e definem os critérios balizadores da base de cálculo da tarifa de pedágio, que não inclui o número de eixos do veículo.

O Estado do Rio Grande do Sul, muito embora mantido no pólo passivo da lide pela sentença de primeiro grau e pelo acórdão vergastado, apresentou

contra-razões aos recursos especiais interpostos pelos demais réus, alegando ilegitimidade passiva, já que teria denunciado o contrato de concessão por inadimplemento da concessionária, terminando por requerer o improvimento dos recursos especiais interpostos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): As irresignações apresentadas têm por escopo impugnar acórdão que, a par de reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* tanto da União quanto da ANTT e do Estado do Rio Grande do Sul, determinou que a recorrente *Ecosul* estabeleça a tarifa de pedágio de acordo com o número de eixos dos caminhões de propriedade da recorrida que efetivamente estejam em contato com o solo, o que pode variar, a juízo do usuário do veículo, diante da circunstância do caminhão estar ou não carregado.

Há que se divisar que existem duas questões centrais na presente demanda: a variação da tarifa de acordo com a categoria do veículo e o critério de definição das categorias baseado no número de eixos do veículo.

Cuida-se, então, de saber qual a circunstância a ser levada em conta por oportunidade do estabelecimento da tarifa de pedágio: o fato do veículo estar carregado, e por conseguinte o número de eixos que tocam o solo, como defende a recorrida ou se o fator determinante é a categoria do veículo, como aduzem os recorrentes.

Dada a multiplicidade de recursos interpostos, bem como a grande variável de argumentações a serem apreciadas, é pertinente uma análise individualizada dos recursos especiais em tela.

Recurso Especial da ANTT

A ANTT entende ter sido violado o art. 1º da Lei n. 9.277/1996, que, se observado, conduziria à sua ilegitimidade passiva.

A irresignação não merece prosperar.

A assertiva de que a competência dessa autarquia restringe-se à fiscalização da concessão, e não dos contratos celebrados entre o Estado-membro e as empresas concessionárias, envolve o exame das cláusulas contratuais, o que é defeso na via especial, consoante dispõe a Súmula n. 5-STJ.

As matérias insertas nos arts. 3º e 135, II, do CPC; na Lei n. 8.987/1995, na Lei n. 8.666/1993; nos arts. 11 e 12 do Decreto-Lei n. 200/1967 não foram ventiladas no acórdão recorrido, impedindo seu conhecimento em sede de recurso especial, de acordo com o Enunciado da Súmula n. 211-STJ, além de que a referida matéria não foi articulada de modo a precisar de qual maneira teria havido a referida ofensa a tais dispositivos.

Afirmações no sentido de que "a Lei n. 8.987/1995" e a "Lei n. 8.666/1993" teriam sido violadas pelo aresto atacado, sem que se particularize os dispositivos afrontados, dotam o recurso especial de tal generalidade que impede a exata compreensão da controvérsia, fazendo incidir o Enunciado da Súmula n. 284-STF.

Por tais motivos, o entendimento é no sentido de que o recurso especial interposto pela ANTT não deve ser conhecido.

Recurso Especial da Ecosul

Relativamente à violação do art. 13 da Lei n. 8.987/1995, constato que em momento algum a matéria foi ventilada no acórdão atacado, faltando-lhe o requisito do prequestionamento, tornando a questão incognoscível em sede de recurso especial, em virtude da incidência do Enunciado da Súmula n. 211-STJ.

Melhor sorte não assiste à recorrente no que tange à argumentação de que a decisão atacada é inviável do ponto de vista prático. Com efeito, o recurso especial se presta a analisar, *in casu*, a eventual violação do direito objetivo, sendo que argumentações do ponto de vista fático, sem que se aponte de que modo violou-se a legislação federal, faz incidir o Enunciado da Súmula n. 284-STF, impedindo o conhecimento do recurso especial nesse ponto.

No entanto, a alegação de violação ao art. 4º do Decreto-Lei n. 791/1965 merece outra leitura.

O aludido Decreto-Lei dispõe sobre o pedágio em rodovias federais, como é o caso.

O art. 4º assim dispõe:

> Art 4º As tarifas de pedágio serão fixadas, distintamente, para as diversas categorias de veículos e espécies de semoventes.

Tenho, portanto, que a legislação federal sobre o tema não determina ou autoriza a existência de tarifas de pedágio diferenciadas em relação ao número de eixos de determinado veículo.

O número de eixos existentes seria, então, uma questão antecedente, subjacente, utilizada pelo administrador público no contrato de concessão da rodovia, para criar determinadas categorias de veículos.

Perquirir o acerto ou não da definição, em sede de contrato de concessão da rodovia, de categorias de veículos com base no número de eixos, além de ser questão estranha à presente análise, demandaria revisão de cláusulas do contrato de concessão, o que é inviável na estreita via do recurso especial, a teor do Enunciado da Súmula n. 5-STJ.

O fato é que, uma vez criada uma categoria de veículo, cujo critério utilizado para tanto não é, nem poderia, ser questionado no presente recurso especial, a circunstância do eixo do veículo estar ou não momentaneamente levantado não poderia ter o condão de enquadrar o veículo em outra categoria, já que a criação das referidas categorias se deu anteriormente, no contrato de concessão, não podendo ser alterada unilateralmente pelo usuário do veículo.

Se a legislação utiliza um critério objetivo, qual seja a categoria do veículo, compete ao julgador analisar a questão sob esse prisma, e não pela questão secundária, que seria o número de eixos, cuja valoração foi efetuada pelo administrador quando da criação das categorias de veículos.

Afirmar que por estar com menos carga, e por isso com um ou mais eixos levantados, deve incidir sobre o tráfego do veículo uma tarifa de pedágio menor, equivale a desprezar o critério diferenciador de tarifas estabelecido pelo legislador, e por consequência, a violar o direito federal incidente na espécie.

Como a decisão acerca do número de eixos que irá tocar o solo no momento de transpor a praça de pedágio é unilateral, por parte do usuário do veículo, em última análise a decisão atacada acaba por conferir a ele usuário, e não ao legislador ou ao administrador, a definição do regime tarifário incidente na espécie, o que se afigura, a meu sentir, inadmissível.

Prosseguindo na análise da *quaestio*, temos que o art. 5º do mesmo Decreto-Lei n. 791/1969 assim dispõe:

> Art. 5º A base de cálculo das tarifas de pedágio levará em conta, obrigatoriamente, os seguintes fatores:
>
> I - Custo de construção da obra e melhoramentos existentes ou a introduzir para comodidade e segurança dos usuários;
>
> II - Custos dos serviços e sôbre-serviços (*sic*) operacionais, administrativos e fiscais.

> Parágrafo único. Na fixação das tarifas de pedágio para determinadas via ou obra rodoviária federal, serão considerados, igualmente, os custos do transporte rodoviário na região.

Como se pode ver, não existe na dicção da legislação que rege o tema a permissão ou obrigatoriedade de que o número de eixos de um veículo seja levado em conta por oportunidade da fixação da tarifa de pedágio.

O que não existe na legislação tida por violada é um permissivo para estabelecimento de tarifas diferenciadas em virtude do número de eixos que tocam o solo ou da quantidade de carga transportada por veículos integrantes da mesma categoria.

Por assim ser, reputo que o art. 4º do Decreto-Lei n. 791/1969 restou violado pelo acórdão atacado, motivo pelo qual deve ser dado provimento ao recurso especial da Ecosul nesse particular.

Recurso Especial da União

Por sua vez, a União alega inicialmente ofensa ao inc. II do art. 535 do CPC, ao argumento de que no acórdão recorrido o Tribunal *a quo* teria incorrido em omissão.

Não vislumbro, entretanto, a apontada omissão, porquanto o Tribunal *a quo*, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelo vencido, adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

O reconhecimento da violação do art. 535 do CPC, nesta Corte, pressupõe, necessariamente, o concurso de três requisitos: (1º) a concreta existência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado; (2º) o não-suprimento do(s) vício(s) pelo Tribunal, ainda que provocado; (3º) alegação, pelo recorrente especial, da contrariedade ao dispositivo.

Logo, o mero julgamento contrário ao interesse da recorrente não caracteriza tal ofensa.

Sabe-se, ainda, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Nesse sentido: REsp n. 400.385-SP, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima,* DJ de 23.10.2006; REsp n. 824.289-TO, Rel. Min. *João Otávio de Noronha,* DJ de 16.10.2006; AgRg no REsp n. 841.576-MG, Rel. Min. *Francisco Falcão,* DJ de

16.10.2006; REsp n. 837.880-RS, Rel. Min. *Jorge Scartezzini,* DJ de 11.09.2006; REsp n. 687.843-ES, Rel. Min. *Luiz Fux,* DJ de 1º.08.2006.

Quanto à violação do art. 267, VI, do CPC, e arts. 1º, 3º, *caput* e § 1º, 4º, *caput e* §§ 2º e 3º, e 7º, 21, § 2º, 24, II e VI, e 26, VII, todos da Lei n. 9.277/1996, tenho que, à exceção do art. 1º da Lei n. 9.277/1996, nenhum dos outros dispositivos em apreço foi objeto de discussão no acórdão recorrido, o que conduz à impossibilidade de apreciação do tema em sede de recurso especial, em atendimento ao Enunciado da Súmula n. 211-STJ.

Relativamente à violação do art. 1º da Lei n. 9.277/1996, cuja observância poderia conduzir à ilegitimidade passiva da União, razão não assiste à recorrente.

Como se pode perceber da leitura dos precedentes abaixo citados, esta Corte Superior tem entendimento sedimentado no sentido de que a União é parte legítima em demandas objetivando a revisão de tarifas de pedágio cobradas em rodovias federais, sendo que, por analogia, tal entendimento pode aqui ser aplicado, *verbis:*

> Administrativo. Contrato de concessão. Pedágio. Reajuste de tarifas. Ausência de omissão no acórdão. Legitimidade passiva da União.
>
> 1. A União é parte legítima para integrar a lide que trate de reajuste de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro. Precedentes.
>
> 2. No caso dos autos, verifica-se o inequívoco interesse jurídico e econômico da União, que participou, como interveniente, do contrato de delegação para administração e exploração de trechos de rodovia federal no Estado do Paraná.
>
> Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 851.421-PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 14.12.2007).
>
> Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Suspensão da cobrança de pedágio. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Interesse da União. Recurso especial. Falta de prequestionamento.
>
> (...)
>
> -A cobrança de pedágio somente é lícita se houver estrada alternativa gratuita.
>
> - Tratando-se de pedágio em rodovia federal, a União é interessada, mesmo havendo delegação ao Estado. (...) (REsp n. 417.804-PR, Rel. Min. Garcia Vieira, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 10.03.2003).
>
> Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Agravo de instrumento contra decisão que considerou a União parte legítima para figurar no pólo passivo de ação objetivando reajuste de pedágio. Convênio para exploração

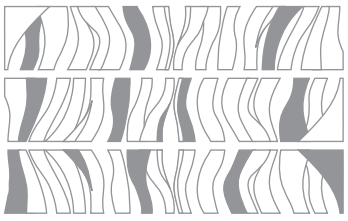
> e conservação de rodovia federal pelo Estado do Paraná. União interveniente. Pretensão de nulidade do acórdão recorrido. Ofensa ao art. 535 do CPC não-conhecida.
>
> (...)
>
> 3. É parte legítima a União para integrar lide versando sobre reajuste de pedágio em rodovia federal delegada a Estado-membro da federação. São manifestos os interesses jurídico e econômico da União, que participou, como interveniente, de contrato de delegação da administração e exploração de trechos de rodovia federal no Estado do Paraná.
>
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido. (REsp n. 848.849-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.10.2006).

Já no que tange à violação do art. 4º do Decreto-Lei n. 791/1969, adoto as razões de decidir acima expostas quando da análise de idêntico argumento apresentado no recurso especial interposto pela *Ecosul*, o que conduz ao provimento do recurso especial da União nesse particular.

Quanto à alegada violação do art. 5º do Decreto-Lei n. 791/1969, não conheço do recurso por ausência de prequestionamento da matéria, em atenção ao Enunciado da Súmula n. 211-STJ.

Tais as razões expendidas, *não conheço* do recurso especial interposto pela ANTT e *dou provimento* aos recursos especiais interpostos pela *Ecosul* e pela *União*, invertendo os encargos da sucumbência.

É como voto.



Jurisprudência da **Segunda Turma**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 711.405-PR (2004/0179014-0)

Relator: Ministro Humberto Martins
Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama
Procurador: Luís Gustavo Wasilewski e outro(s)
Agravado: Soceppar S/A Sociedade Cerealista Exportadora de Produtos Paranaenses
Advogado: Carlos Eduardo Manfredini Hapner e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Ambiental. Multa. Conflito de atribuições comuns. Omissão de órgão estadual. Potencialidade de dano ambiental a bem da União. Fiscalização do Ibama. Possibilidade.

1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o Ibama exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar.

2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou.

3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização.

4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/1998 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do Sisnama.

5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo Ibama, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado.

Agravo regimental 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 "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

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

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 15.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de agravo regimental em recurso especial interposto pelo *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama* contra decisão monocrática, de minha lavra.

A decisão ficou assim ementada:

> Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Auto de infração. Multa. Penalidade decorrente de conduta tipificada como contravenção penal. Impossibilidade de aplicação pelo Ibama. Precedentes. Súmula n. 13-STJ. Recurso especial improvido. (fls. 203-207)

O agravante alega, em resumo, que a competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente, e que o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/1998 prevê a possibilidade de atuação de fiscalização concomitante dos órgãos ambientais integrantes do Sisnama.

Afirma também que não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar, pois a sua competência para licenciar atividades que possam causar dano ambiental é supletiva, na forma do artigo 10 da Lei n. 6.938/1981, mas é plena para fiscalizar a adequação das condutas dos agentes às normas jurídicas e aos termos das licenças e, ao final, que a decisão atacada é nula por deficiência de fundamento. (fls. 209-223)

O MPF entende pelo não-conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo não-provimento. (fls. 191-201)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Do Prequestionamento

Assiste razão ao Ministério Público Federal quando afirma que:

> As questões federais referentes arts. 60 e 70. § 1º da Lei n. 9.605/1998 e art. 44 do Decreto Federal n. 3.179/1999, art. 19 do Decreto Federal n. 99.274/1990 não foram prequestionados pelo Acórdão que limitou-se a decidir a lide com fundamento no art. 10 da Lei n. 6.938/1981.

De fato, houve prequestionamento somente em relação ao inteiro teor do artigo 10 da Lei n. 6.938/1981.

No presente caso, não é cabível a aplicação analógica da Súmula n. 400-STF, uma vez que não foi dada razoável interpretação ao artigo citado.

Assim, deve ser conhecido, em parte, o recurso.

Do Pacto Federativo

O conceito de Estado Federado se contrapõe ao conceito de Estado Unitário, pois, naquele, há unidades político-administrativas chamadas de entes dotados de considerável autonomia; nestes, não há unidades com autonomia.

O máximo de desvinculação do poder central que pode ser visto no Estado Unitário é a descentralização administrativa por meio da criação de autarquias territoriais semelhantes aos nossos antigos territórios da União.

A Constituição Republicana de 1891 inaugurou, formalmente, o nosso sistema federativo centrífugo, criando entes da federação dotados de capacidade de autogoverno e competências próprias.

Hodiernamente, a relação entre os entes nas esferas das suas competências é harmonizada pela Carta Maior, havendo inclusive previsão de competência comum entre eles.

A propósito:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> (...).
>
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

O nosso pacto federativo atribuiu competência clara aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente, sendo que o exercício desse poder/dever dá-se baseado no poder de polícia administrativa.

O conceito desse instituto pode ser visto no Código Tributário Nacional, eis o texto:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interêsse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de intêresse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar n. 31, de 28.12.1966).

O poder em questão envolve diversos aspectos, dentre eles, o poder de permitir, desde que atendidas as prescrições normativa, o desempenho de uma atividade e o poder de sancionar as condutas contrárias à norma.

A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada a tal ato administrativo.

Assiste razão ao agravante quando afirma, nos seus memoriais, que:

> ***Nestes moldes, não há que se confundir a competência supletiva do Ibama para licenciar, nos termos do art. 10 da Lei n. 6.938/1981 com a competência comum de todos os órgãos ambientais para o exercício do poder de polícia.*** *In casu*, não se aplica a regra atinente à competência supletiva, vez que não há dissídio entre órgãos quanto à competência para o licenciamento da atividade, bem como não houve omissão, no que tange ao licenciamento, do órgão estadual, que agiu, dando início ao procedimento mencionado.

De fato, não é o caso de competência supletiva para licenciar, é caso de competência própria para fiscalizar, não se aplicando o *caput* artigo 10 da Lei n. 6.938/1981, eis o texto:

> Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989).

A competência de fiscalizar do Ibama está definida no § 3º do artigo 10, acima citado, este sim deve ser aplicado. Eis o trecho:

> § 3º O órgão estadual do meio ambiente e o Ibama, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido. (Redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989).

O poder-dever de fiscalização dos outros entes deve ser exercido quando, apesar de concedida a licença estadual, a atividade esteja, sem o devido acompanhamento do órgão estadual, causando danos ao meio ambiente, uma vez que a irreversibilidade e o perigo da demora do dano aqui tratado ensejam a atuação comum e imediata dos quatro entes da federação.

A atuação da União não se mostra apenas na omissão do órgão estadual, mas apresenta-se também para evitar danos ambientais a bens seus.

O art. 20 da Constituição Federal/1988 afirma, no seu inciso V, que:

> Art. 20. São bens da União:
>
> (...).
>
> V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;
>
> VI - o mar territorial;
>
> VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

In casu, a atividade desenvolvida pela agravada pode causar danos a bens da União, fato que também legitima a atuação da agravante.

A propósito:

> Administrativo e Ambiental. Ação civil pública. Desassoreamento do Rio Itajaí-Açu. Licenciamento. Competência do Ibama. Interesse nacional.
>
> 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.
>
> 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.
>
> 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.
>
> 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do Ibama e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, *in casu*, a Fatma, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.
>
> 5. Recursos especiais improvidos.
>
> (REsp n. 588.022-SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 17.02.2004, DJ 05.04.2004, p. 217.)

Logo, a decisão do Tribunal de origem violou o § 3º do artigo 10 da Lei n. 6.938/1981, afastando a competência do Ibama.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reformar o acórdão da Corte de origem, denegando a segurança concedida.

É como penso. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.058.533-RJ (2008/0107638-4)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Relatora para acórdão: Ministra Eliana Calmon
Agravante: Carrefour Comércio e Indústria Ltda
Advogado: Carlos Roberto Siqueira Castro e outro(s)
Agravado: Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Flávio Guimarães Gonçalves e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Execução. Cobrança de multa administrativa. Penhora *on-line*. Substituição por fiança bancária.

1. A penhora, seja convencional ou *on-line*, como ato preparatório do processo de execução, pode ser substituída por fiança bancária.

2. A fiança bancária equivale a depósito bancário (art. 15, I, Lei n. 6.830/1980).

3. Legalidade da substituição permitida pelo legislador (art. 15 LEF).

4. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do(a) Sr(a). Ministro(a) Humberto Martins, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por maioria deu provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Eliana Calmon que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator que negava provimento ao agravo regimental." Votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 27.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial nos seguintes termos:

> Trata-se de Recurso Especial interposto, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:
>
> > Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557 do CPC. Ação de execução fiscal. Decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I da Lei n. 6.830/1980 que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso. (fl. 239).
>
> A recorrente afirma que o acórdão hostilizado, ao rejeitar a penhora, violou o preceito dos arts. 1º, 9º, II, 9º, § 3º, e 11, I, da Lei n. 6.830/1980; dos arts. 535, II e 655, I, do CPC; e dos arts. 2º, § 2º, 2º, e 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Alega existir divergência jurisprudencial.
>
> É o *relatório*.
>
> *Decido*.
>
> Constato que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.
>
> Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e, REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

Quanto à divergência jurisprudencial capaz de viabilizar o conhecimento de seu recurso pela alínea **c** do permissivo constitucional, não assiste razão à agravante, porque não foram cumpridas as exigências do art. 255, § 2º, do RI/STJ, que determina o seguinte: "O recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". Esse requisito consta, também, do artigo 541, parágrafo único, do CPC.

Vale ressaltar que, para cumprir as exigências dos dispositivos acima referidos, não basta a simples transcrição de ementas ou trechos de julgados que caracterizem a alegada divergência. Mister se faz o confronto analítico entre os acórdãos-paradigmas e o aresto hostilizado a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica em debate.

Nesse sentido:

> Agravo regimental. Recurso especial. Entidade filantrópica. Isenção. Artigo 55 da Lei n. 8.212/1991. Fundamentação deficiente. Incidência da Súmula n. 284-STF. Divergência jurisprudencial não-demonstrada.
>
> (...).
>
> No que concerne à alínea **c**, o dissídio jurisprudencial alegado não restou adequadamente apresentado, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como, apesar da transcrição de ementas, não demonstrou suficientemente as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados, vindo em desacordo com o estabelecido nos artigos 541 do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e com o entendimento pacificado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.
>
> Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp n. 384.192-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 253).

No mérito, convém transcrever o seguinte excerto da decisão recorrida:

A penhora já se aperfeiçoou quando recaiu sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras pelo agravante, logo, não haveria qualquer razão para se autorizar a substituição por fiança bancária, uma vez que a penhora já recaiu inicialmente por dinheiro. (fl. 240)

Já nas razões do apelo nobre, sustenta-se que "há possibilidade do devedor/executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a penhora realizada em espécie" (fl. 262).

É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7-STJ.

Dentre os precedentes, destaco:

> Processual Civil. Recurso especial. Ordem de penhora. Menor onerosidade. Matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Execução fiscal. Indicação de bens à penhora. Notas do Banco Central. Penhorabilidade, não, porém, como bem equiparado à dinheiro.
>
> (...)
>
> 2. Não cabe, com base no art. 620 do CPC (que consagra o princípio da menor onerosidade), alterar, em benefício do devedor, a ordem legal de penhora. Tal ordem, é estabelecida em favor do credor e da maior eficácia da atividade executiva. Somente em situações excepcionais é que se admite sua inversão e desde que, reconhecidamente, isso não cause prejuízo algum ao exeqüente (CPC, art. 668). De qualquer modo, investigar se, no caso concreto, a relativização da ordem da penhora é justificável ou não em face daquele princípio, como pretende a recorrente, é juízo que envolve exame de fatos, incabível no âmbito do recurso especial por força da Súmula n. 7-STJ.
>
> 3. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp n. 1.033.615-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 01.04.2008, DJ 23.04.2008 p. 1).

> Processual Civil. Execução fiscal. Penhora de bens da executada. Substituição por direito de crédito decorrente de precatório. Art. 656 do CPC. Art. 15, I, da Lei n. 8.630/1980. Impossibilidade.
>
> 1. A substituição da penhora, em sede de execução fiscal, só é admissível, independentemente da anuência da parte exeqüente, quando feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária, consoante expressa determinação legal (art. 15, I, da Lei n. 6.830/1990).
>
> Precedentes: REsp n. 926.176-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 21.06.2007; REsp n. 801.871-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19.10.2006; AgRg no REsp n. 645.402-PR, Rel. Min Francisco Falcão, DJU de 16.11.2004; REsp n. 446.028-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 03.02.2003.
>
> (...)
>
> 3. Deveras, a substituição da penhora por outro bem que não aqueles previstos no inciso I, do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, exige concordância expressa do exeqüente, sendo certo que precatório não significa dinheiro para fins do art. 11, da LEF.
>
> 4. A execução se opera em prol do exeqüente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em conseqüência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646, do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade

> não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exeqüendo.
>
> (...)
>
> 6. Recurso especial provido. (REsp n. 1.000.261-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25.03.2008, DJ 03.04.2008 p. 1).

Diante do exposto, *nos termos do art. 557,* caput, *do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.*

Publique-se.

Intimem-se.

A recorrente alega que "por força dos princípios da menor onerosidade possível na execução e da continuação da empresa, a recorrente ofereceu fiança bancária no valor integral, atualizada e indeterminada para o crédito fiscal objeto de discussão nos autos da execução em curso contra o recorrente perante a 11ª vara de fazenda pública da comarca da capital do Tribunal *a quo*, em substituição à penhora *on-line* realizada no seu caixa escriturário por ordem do preclaro juízo de primeiro grau" (fl. 378).

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do recurso à Turma.

É o *relatório.*

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator):

> Processual Civil. Agravo regimental. Tributário. Taxa. Recurso especial. Alínea **c**. Não-demonstração da divergência. Substituição de dinheiro penhorado *on-line* por fiança bancária. Impossibilidade. Arts. 9º, 11 e 15, I, da LEF.
>
> 1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e

> regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea **c**, da Constituição Federal.
>
> 2. Inviável a substituição do dinheiro penhorado *on line* por fiança bancária, pois o art. 15, I, da LEF objetiva conferir à exeqüente a garantia revestida de maior liquidez. Precedentes do STJ.
>
> 3. Agravo Regimental não provido.

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial em que a empresa Agravante pretende o provimento para que seja permitida a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária.

A recorrente alega que "por força dos princípios da menor onerosidade possível na execução e da continuação da empresa, a recorrente ofereceu fiança bancária no valor integral, atualizada e indeterminada para o crédito fiscal objeto de discussão nos autos da execução em curso contra o recorrente perante a 11ª vara de fazenda pública da comarca da capital do Tribunal *a quo*, em substituição à penhora *on-line* realizada no seu caixa escriturário por ordem do preclaro juízo de primeiro grau" (fl. 378).

Pleiteia a reconsideração do *decisum* ou a submissão do recurso à Turma.

Não merece prosperar a irresignação.

Inicialmente, a apontada divergência deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea **c**, III, do art. 105 da Constituição Federal. Confira-se o precedente:

> Tributário. Cobrança de taxa de água e de serviço de esgotamento sanitário. Ausência de prequestionamento. Sumúlas n. 282 e 283 do STF. Dissídio jurisprudencial não-configurado.

> (...)
>
> 3. Não se conhece do dissídio jurisprudencial quando não atendidos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.
>
> 4. Recurso especial não-conhecido. (REsp n. 649.084-RJ; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJ de 15.08.2005).

No caso em tela, o julgado apontado como paradigma trata de substituição de penhora sobre o faturamento da empresa por fiança bancária, hipótese que não guarda similitude fática com o entendimento do aresto recorrido, que versa sobre a impossibilidade de substituição do dinheiro pela fiança bancária.

Com relação à pretendida substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária, cumpre observar que não existe previsão legal para o ato.

O dispositivo que permite a substituição da penhora, art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980, dispõe:

> Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:
>
> I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e
>
> II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Dessa maneira, para a substituição do bem penhorado, parte-se do pressuposto de que não tenha sido realizado o depósito em dinheiro nem oferecida a fiança bancária, na forma do art. 9º, I, do referido diploma.

Na hipótese em tela, houve a penhora *on-line* dos valores executados, não havendo falar em substituição desse bem, primeiro na ordem do art. 11 da Lei de Execuções Fiscais.

Ademais, como bem observado pelo acórdão recorrido, o direito de oferecimento da fiança bancária – além da hipótese de substituição de outros bens penhorados, que não o dinheiro – deve ser exercido logo após a citação e antes da realização da penhora feita pelo juízo, na forma do art. 11 da Lei n. 6.830/1980.

Em síntese, o art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 objetiva viabilizar à exeqüente garantia de maior liqüidez, de modo que não é possível a substituição da penhora em dinheiro - bem sobre o qual prioritariamente deve recair a constrição judicial (art. 11, I, da LEF) - por fiança bancária. Nesse sentido:

Tributário. Processual Civil. Recurso especial. Omissão no acórdão recorrido. Inexistência. Execução fiscal. Substituição da penhora pelo executado. Depósito em dinheiro. Por fiança bancária. Impossibilidade. Precedente.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por *Cimento Mauá S/A,* em sede de execução fiscal, contra decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora que recaiu sobre o saldo da conta de depósito judicial por fiança bancária. Indeferido pedido de antecipação da tutela recursal. Foi interposto agravo interno pela executada, e o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou-lhe provimento, sob o fundamento de que a substituição da penhora é uma faculdade oferecida ao devedor, mas que não pode ser exercida em prejuízo do exeqüente, sendo incabível substituir a garantia consubstanciada no depósito em dinheiro pela fiança bancária, que tem menor liquidez. Além disso, aduziu que a agravante não comprovou a existência de situação emergencial a justificar a liberação dos valores bloqueados. Opostos embargos de declaração buscando o prequestionamento do art. 620 do CPC, estes foram rejeitados. Recurso especial, aponta, preliminarmente, a violação dos artigos 165, 458 e 535, II, do CPC, sustentando que houve negativa de prestação jurisdicional no julgamento dos embargos de declaração. No mérito, alega, além da divergência jurisprudencial, violação do artigo 15, I, da Lei n. 6.830/1980, sustentando que na referida norma da LEF não há nenhuma distinção ou preferência entre o "depósito em dinheiro" e a "fiança bancária", sendo possível ao executado escolher entre qualquer das duas opções que a lei lhe faculta. Aduz também que houve concordância tácita da União, que não se manifestou contra o pedido de substituição da penhora. Contra-razões da União. Juízo positivo de admissibilidade.

2. Merece ser repelida a tese de omissão pelo Tribunal *a quo.*

Analisando-se os fundamentos desenvolvidos no aresto objurgado, percebe-se a apreciação de todos os pontos relevantes ao deslinde da causa, sendo desnecessária a indicação expressa do dispositivo legal aventado nos aclaratórios. Os fundamentos, nos quais se suporta a decisão *a quo*, são claros e nítidos. O que aconteceu, na verdade, é que não foi a questão decidida conforme planejava a parte agravante, mas, sim, com a aplicação de entendimento diverso.

3. Entre os bens penhoráveis, o dinheiro prefere a todos os demais na ordem legal estabelecida no artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais, sendo incabível a pretensão de substituição deste por fiança bancária. *O poder de substituição conferido ao devedor pelo inciso I do art. 15 da Lei em questão é bastante restrito, e só pode ser exercido de forma a melhorar a liquidez da garantia em prol da exeqüente, não sendo possível aplicação do referido dispositivo com vistas a substituir uma garantia privilegiada por expressa disposição legal, e líquida por excelência, por uma menos benéfica ao credor. Precedente: REsp n. 19.497-SP; Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 19.06.1995.*

4. Recurso especial não-provido.

(REsp n. 801.550-RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 08.06.2006 p. 142)

Nem se diga que a fiança bancária é equivalente ao depósito em dinheiro. Parece intuitivo que dinheiro é mais líquido que uma garantia prestada por instituição financeira, por mais sólida e confiável que seja.

No caso de depósito bancário, a pretensão do fisco, caso vitorioso na demanda, é atendida por simples conversão em renda. Existindo fiança, ao final do processo será necessário exigir o pagamento pelo banco garantidor.

Diversas situações podem ocorrer nesta última hipótese: o banco fiador pode se recusar a pagar, por algum erro no documento de fiança, esgotamento do prazo de garantia, dúvida quanto à extensão da fiança concedida etc.

Ademais, não se pode subestimar a possibilidade de o banco tornar-se insolvente.

Registro que já houve 239 falências e 118 liquidações de instituições bancárias, segundo consta da página do Banco Central na internet (http://www4.bcb.gov.br/lid/Liquidacao/d1946/d1946ten.asp?idpai=regesp46).

Atualmente, há 59 instituições em processo de liquidação, sendo 13 bancos (http://www4.bcb.gov.br/lid/Liquidacao/patual/patualtpe.asp?idpai=regesphoje).

Ainda que se admita a paridade entre fiança bancária e dinheiro, há que considerar a diversidade de instituições financeiras garantidoras. Há bancos pequenos e grandes; novos e tradicionais; nacionais e com capital estrangeiro; etc. A adoção da tese da igualdade entre dinheiro e fiança exigiria o reconhecimento dessa diversidade e do direito de o credor analisá-las no caso concreto.

Não há, portanto, como equiparar dinheiro, que é absolutamente líquido, à fiança bancária, sujeita às vicissitudes da instituição financeira garantidora.

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

Por tudo isso, *nego provimento ao Agravo Regimental.*

É como *voto.*

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O presente recurso especial tem como relator o Ministro Herman Benjamim que em decisão monocrática negou seguimento ao recurso, com respaldo no artigo 557 CPC, argumentando (fls. 365-368):

a) ausente a apontada violação do art. 535 do CPC;

b) não foram observadas as exigências do art. 255, § 1º, do RISTJ e do art. 541, parágrafo único, do CPC, no que tange ao dissídio jurisprudencial; e

c) quanto ao mérito, "é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7-STJ".

Interposto agravo interno contra a referida decisão, veio o Relator a reformular parcialmente o seu entendimento quanto à incidência da Súmula n. 7-STJ para, adentrando-se no mérito tecer as seguintes considerações:

a) não existe previsão legal para a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária;

b) a substituição do bem penhorado pressupõe que não tenha sido realizado o depósito em dinheiro, nem oferecida fiança bancária, na forma do art. 9º, I, da LEF, situação não configurada nos autos;

c) o direito de oferecimento da fiança bancária deveria ter sido exercido logo após a citação e antes da realização da penhora feita pelo juízo, nos termos do art. 11, também da LEF;

d) o art. 15, I, da LEF, objetiva viabilizar à exequente garantia de maior liquidez, de modo que não é possível a substituição da penhora em dinheiro - bem sobre o qual prioritariamente deve recair a constrição judicial - por fiança bancária;

e) parece intuitivo que dinheiro é mais líquido que uma garantia prestada por instituição financeira, por mais sólida e confiável que seja;

f) diversas situações podem ocorrer ao final do processo executivo, caso deferida a substituição, tais como: o banco fiador se recusar a pagar, por algum erro no documento de fiança; esgotamento do prazo de garantia; dúvida quanto à extensão da fiança concedida; etc;

g) já houve 239 falências e 118 liquidações de instituições bancárias, existindo, atualmente 59 instituições em processo de liquidação, sendo 13 bancos; e

h) há que se considerar a diversidade de instituições financeiras garantidoras; há bancos pequenos e grandes; novos e tradicionais; nacionais e com capital estrangeiro, etc., em razão do que a adoção da tese da igualdade entre dinheiro e fiança exigiria o reconhecimento dessa diversidade e do direito de o credor analisá-las no caso concreto.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia, especialmente pela aplicação do art. 557 do CPC, diante das teses desenvolvidas quando do voto de Sua Excelência na oportunidade do julgamento do agravo regimental, muitas das quais ainda não discutidas em precedentes desta Corte, principalmente pela novidade que é a penhora *on line*.

Para melhor compreensão das questões discutidas nos autos faço um retrospecto dos fatos que embasam a querela.

a) Tem-se, na origem, execução de multa administrativa aplicada pelo Procon-RJ ao recorrente *Carrefour Comércio Indústria Ltda.*, em razão da negativa de substituição de produto por ele vendido (computador) e que apresentou defeito no prazo de garantia;

b) citado via postal (fl. 56), o então executado deixou de indicar bens à penhora, tendo o magistrado de primeiro grau de jurisdição expedido ordem de bloqueio eletrônico do valor do débito (fl. 57), cumprida em 28.08.2007, mediante a penhora *on-line*, via *bacenjud*, da quantia de *R$ 95.505,49 (noventa e cinco mil, quinhentos e cinco reais e quarenta e nove centavos),* consoante se observa do documento de fl. 60;

c) em 27.09.2007, passados quase trinta dias após a efetivação da penhora, o executado peticionou ao Juiz da execução (fls. 212-213), requerendo a substituição da penhora *on-line* pela Carta de Fiança Bancária n. 180677707, emitida pelo Banco Santander (fl. 214), pleito indeferido por intermédio da decisão de fls. 218-219, que deu ensejo à interposição de agravo de instrumento;

d) decidido inicialmente por decisão unipessoal do relator, foi o ato judicial mantido pelo colegiado, com base nos fundamentos resumidos na ementa de fl. 239, a seguir transcrita:

> Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557 do CPC. Ação de execução fiscal.

> Decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I da Lei n. 6.380/1980 *[sic]* que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso.

e) opostos embargos de declaração, restaram desprovidos, sobrevindo o recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Feito este retrospecto, passo a expor o meu entendimento.

Em primeiro lugar entendo, diferentemente do relator, que a tese de fundo - *possibilidade ou não de substituição da penhora* on-line *pela fiança bancária* - além de não demandar reexame das provas dos autos, não encontra jurisprudência dominante no âmbito desta Corte. Encontrei apenas dois precedentes, apreciados pela Segunda Turma, em sede de medidas cautelares, nas quais foram deferidas as liminares pleiteadas para acolher tese idêntica a defendida neste recurso especial. Confira-se:

> Processo Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo ao recurso especial.
>
> 1. Esta Corte, adotando entendimento do STF, não concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.
>
> 2. Excepcionalmente, sendo bom o direito de fundo e para evitar dano irreparável, se a decisão é teratológica ou manifestamente ilegal, tem sido aceita a competência desta Corte para processar e julgar a cautelar, antes da admissibilidade do recurso especial.
>
> 3. Hipótese em que, recusada a garantia da fiança bancária, ordenou-se a penhora *on line*.
>
> 4. Medida cautelar procedente.
>
> (MC n. 9.949-BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.10.2005, DJ 28.11.2005)

> Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo ao recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on line*. Excepcionalidade. Substituição por fiança bancária. Cabimento. Liminar deferida.

1. Nos termos das Súmulas n. 634 e 635 do STF, não se concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.

2. Excepcionalmente, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, esta Corte aceita a competência para julgar medida cautelar, antes do juízo de admissibilidade do recurso especial.

3. *A inércia da devedora não justifica a "penhora* on line*" de vultosa quantia, antes de realizadas as diligências para buscar bens penhoráveis, nos termos do art. 185-A do CTN. Precedentes.*

4. "O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal." (*REsp n. 660.288-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005.)*

5. *In casu*, a executada oferece garantia de fiança bancária em valor superior ao montante do crédito fazendário.

Medida liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial até seu julgamento por esta Corte Superior, sem prejuízo do juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo*.

(MC n. 13.590-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 11.12.2007 p. 170)

Embora ausente nessa última assentada, não posso deixar de destacar que na ocasião invocou-se a jurisprudência que vinha sendo aplicada por este Tribunal em hipóteses semelhantes, nas quais se reconhecia a possibilidade de substituição da penhora sobre o faturamento pela fiança bancária, segundo os precedentes mencionados pelo Relator da MC n. 13.590-RJ, o eminente Ministro Humberto Martins, vejamos:

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora sobre faturamento. Excepcionalidade. Substituição por fiança bancária. Cabimento.

1. O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa somente é admissível em hipóteses excepcionais, quando não há outros meios para garantia da dívida, em razão do que dispõe o art. 620 do CPC, pelo qual a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 660.288-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 311.)

> Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Garantia. Fiança bancária. Penhora sobre faturamento.
>
> 1. A penhora sobre faturamento da empresa só deverá ser admitida quando não houver outro meio para satisfação do credor, já que o art. 620 do CPC determina que a execução seja processada da maneira menos gravosa ao executado. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público e da Corte Especial.
>
> 2. "O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal" (REsp n. 660.288-RJ).
>
> 3. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 849.757-RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.11.2006, DJ 20.11.2006, p. 295.)

A penhora sobre os saldos das contas e a posterior liberação é prática que vem ocorrendo com freqüência, por força da Lei n. 10.819/2003 – diploma que permite a penhora e o levantamento de garantia real em favor da Fazenda, como ocorreu com a Fazenda Municipal de Brusque que, ao final, com o julgamento do recurso de apelação em favor do contribuinte, foi obrigada a devolver, em tempo exíguo, o valor da penhora. E como não teve a exequente condições de devolver, chegou a esta Corte para tentar solucionar o impasse. Confira-se, a propósito, a decisão proferida na MC n. 9.921-SC, ajuizada pelo referido Município.

O exemplo acima mencionado bem demonstra a dificuldade que pode ocasionar a penhora e posterior liberação de depósito, se necessária a devolução ao final da execução. Assim sendo, apresenta-se adequada a penhora nos termos tradicionais, principalmente quando está ela representada por uma carta de fiança com cláusula de correção pela variação acumulada da Taxa Selic e por prazo indeterminado (fl. 214).

Pondero, ainda, que dispor de aproximadamente R$ 100.000,00 (cem mil reais) em dinheiro, mesmo para uma empresa de grande porte, como é a recorrente, é, sem dúvida alguma, um desfalque de porte impactante, principalmente para garantir uma dívida, cuja liquidez e certeza está sendo discutida judicialmente em sede de ação anulatória, consoante noticiado nos autos (fl. 81).

De outra parte, conforme tenho defendido em várias oportunidades, o art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto,

instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal. E a prova maior da afirmação está no fato de dispensarem ambos, seja depósito em dinheiro, seja fiança bancária lavratura de termo de penhora.

Este entendimento encontra respaldo na doutrina, como ensina o Professor Américo Luís Martins da Silva:

> Formalmente, o depósito em dinheiro não deve ser confundido, em momento algum, com a penhora judicial, muito pelo contrário, *ele e a fiança bancária da penhora se distinguem. Tanto é que não é necessário lavrar auto ou termo de penhora, quando à garantia à execução for realizada mediante depósito em dinheiro.*
>
> [...]
>
> Da mesma forma que ocorre com o depósito em dinheiro, a fiança bancária também não deve ser confundida com a penhora judicial, muito pelo contrário, ela da penhora se distingue. Por isso, também não há que se falar em necessidade de lavrar auto ou termo de penhora, quando a garantia à execução for realizada mediante fiança bancária. *No entanto, por força do § 3º do art. 9º da Lei n. 6.830, de 22.09.1980,* ***a fiança bancária, tanto quanto o depósito em dinheiro, produz os mesmos efeitos que a penhora,*** *independentemente de qualquer formalização, caso sejam rejeitados os embargos do devedor.*
>
> (*in* A execução da dívida ativa da fazenda pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 400 e 402)

Não se pode perder de vista, ainda, na linha do que já prelecionava o mestre José Frederico Marques, citado por Américo Luís Martins da Silva na obra acima, p. 393, que a penhora, convencional ou *on-line*, é *ato meramente preparatório do processo de execução*. Daí porque, nessa condição, não pode onerar o devedor a ponto de até mesmo inviabilizar a atividade empresária por ele desenvolvida, antes de exaurido o devido processo legal, como ocorre quando lhe é subtraído do caixa vultosas quantias, utilizadas, normalmente, como capital de giro da empresa.

Sob outro vértice, merece destaque, ainda, o fato de que, até mesmo o CTN, já com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005, condiciona a indisponibilidade de bens e direitos do devedor tributário, aí incluídos, por óbvio, o saldo disponível em contas bancárias, à inexistência de outros bens penhoráveis, como bem lembrou o eminente Ministro Humberto Martins, no voto proferido na MC n. 13.590-RJ. Confira-se:

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, *não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal* ***e*** *não forem encontrados*

> *bens penhoráveis,* o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp n. 118, de 2005)

Embora na hipótese dos autos o crédito exeqüendo seja originário de multa administrativa, o fato é que não se pode conceder a essa espécie de crédito da fazenda pública privilégio maior do que aquele conferido ao tributário pelas normas do CTN, de que é exemplo o art. 185-A acima transcrito.

Nem se diga que, com a reforma do processo de execução de título extrajudicial implementada pela Lei n. 11.382/2006, poderia o juiz, no caso concreto, autorizar a penhora *on-line* antes de esgotadas as diligências para localização de outros bens do executado, com base no art. 655-A do CPC, pois o débito discutido nos autos remonta a período anterior à vigência da referida lei, como se observa às fls. 52-53. Nesse particular, colaciono, dentre vários, os seguintes precedentes, de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte:

> Processual Civil. Agravo regimental. Execução fiscal. Bloqueio de ativos financeiros. Comprovação de esgotamento dos meios para a localização de bens penhoráveis. Verificação. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão proferida antes da Lei n. 11.382/2006.
>
> 1. Esta Corte tem assente o entendimento de admitir o bloqueio de ativos financeiros em conta corrente do devedor, com a conseqüente quebra do sigilo bancário, desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.
>
> 2. Conforme expresso no voto condutor do aresto combatido, o exeqüente não esgotou todas as diligências na busca de bens passíveis de penhora. Nesta seara especial, a verificação do exaurimento das possibilidades extrajudiciais de localização de bens penhoráveis do agravado é obstada pelo teor da Súmula n. 7-STJ.
>
> 3. Ressalte-se que a decisão que indeferiu a medida executiva pleiteada foi proferida em momento anterior à vigência da Lei n. 11.382/2006, que, alterando dispositivos do CPC, colocou na mesma ordem de preferência de penhora "dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira" (art. 655, I) e permitiu a realização da constrição, preferencialmente, por meio eletrônico (art. 655-A). Assim, o recurso deve ser analisado com base no sistema vigente à época, o que torna inviável a aplicação da legislação superveniente.

4. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp n. 806.064-PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 06.10.2008)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Execução fiscal. Convênio Bacen Jud. Indisponibilidade de bens e ativos financeiros. Não-esgotamento das vias ordinárias para a localização de bens passíveis de penhora. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Execução anterior à vigência da Lei n. 11.382/2006. Agravo improvido.

1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, antes das modificações introduzidas pela Lei n. 11.382/2006, somente se admite o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacen Jud quando esgotados todos os meios necessários à localização de outros bens passíveis de penhora.

2. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula do STJ, Enunciado n. 7).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 992.590-BA, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 03.09.2008)

No que se refere ao momento em que deveria o executado ter pleiteado a substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária, a própria literalidade do art. 15 da LEF não ampara as conclusões firmadas pela instância de origem e ratificadas pelo eminente Relator deste processo. Vejamos:

Art. 15. *Em qualquer fase do processo,* será deferida pelo Juiz:

I - ***ao executado**, a substituição da penhora por depósito em dinheiro **ou** fiança bancária;*

(grifei)

Quanto a esse ponto, cabe fazer a necessária distinção com o disposto no art. 9º do mesmo diploma legal, que, ao facultar ao executado oferecer a fiança bancária como garantia da execução, tem como finalidade precípua *evitar a própria penhora*, como observa Humberto Theodoro Júnior:

Em matéria de garantia da execução, a Lei n. 6.830 apresenta como primeira novidade ***a dispensa da solenidade da penhora***, quando o devedor, no prazo de citação, oferece, para segurança do juízo, depósito em dinheiro à ordem judicial, com correção monetária; bem como quando oferece fiança bancária (art. 9º, I e II).

(*in* Lei de Execução Fiscal. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71)

Em suma, nesse particular, *não se pode confundir os dois momentos tratados no art. 9º e no art. 15 da LEF, pois, no primeiro, busca-se evitar a penhora e, no segundo, a substituição da penhora já realizada.*

Por fim, e sempre com a devida venia do eminente Relator, reservo-me o direito de não tecer comentários sobre argumentos metajurídicos ou ilações acerca de eventuais dificuldades ou crises financeiras que venham atingir os bancos, pequenos, médios ou grandes, limitando-me a analisar o caso concreto submetido à apreciação deste Colegiado, em que a fiança bancária foi prestada, na forma exigida pela legislação de regência, pelo Banco Santander, cuja capacidade e solidez ultrapassa os limites territoriais da Espanha, fazendo dele uma instituição respeitada em todo o mundo, com várias aquisições de outras instituições financeiras inclusive em nosso país, de que é exemplo a do Banco Real.

Com essas considerações, divergindo do eminente Relator, dou provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial pela alínea **a**, reconhecendo a possibilidade de substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim sintetizado:

> Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput,* do art. 557 do CPC. Ação de execução fiscal. Decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I da Lei n. 6.830/1980 que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso. (fl. 239).

No especial, a recorrente alega violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ao argumento de que "o e. Órgão colegiado, ao não se manifestar acerca das omissões apontadas nos Embargos de Declaração,

questão manejada quando do manejo da insurgência, rejeitando-os, incorreu em fidedigno *error in judicando,* fazendo, pois, tábula rasa dos versículos legais suso referidos (art. 535, II, do CPC)" (fl. 262).

No mérito, aponta contrariedade do artigo 1º, *in fine*, da Lei de Execuções Fiscais; artigo 2º, § 2º, e artigo 2º, § 3º da Lei n. 4.657/1942 (LICC). Sustenta que "em nenhum momento poderia ter sido indeferido o pedido de substituição de garantia por conta da gradação de bens elencadas no art. 655, inciso I, do CPC, uma vez que esta matéria é exaustivamente disciplinada pela LEF, *ex vi* dos artigos 9º, inciso II; 9º, § 3º, art. 11, inciso I" (fl. 266).

Alega, ainda, ofensa aos artigos 9º, inciso II; 9º, § 3º; 11, inciso I, e artigo 15, inciso I, todos da Lei n. 6.830/1980. No seu entender, é perfeitamente cabível a substituição da penhora *on-line* realizada no caixa escriturário da empresa recorrente por fiança bancária no valor integral. Para tanto, afirma "que a carta de fiança bancária consta em segundo lugar no rol de garantia da execução, tratando-se, portanto, de bem preferencial" (fl. 269), bem assim, que o depósito em dinheiro ou fiança bancária produz os mesmos efeitos da penhora para garantir a execução. Suscita divergência jurisprudencial no ponto (fls. 270-279).

O Estado do Rio de Janeiro ofertou contra-razões, aduzindo, em síntese: I) ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal supostamente violados (fls. 321-322); II) impedimento da Súmula n. 7-STJ (fl. 323); III) falta de comprovação do dissídio pretoriano; IV) impossibilidade de substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária no valor integral (fl. 333); V) "a execução se realiza pelo modo menos gravoso, mas no interesse do credor" (fl. 336).

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte (fl. 356).

Com base no artigo 557, *caput,* do Código de Processo Civil, o nobre Relator, eminente Ministro Herman Benjamin, negou seguimento ao recurso com base nos seguintes argumentos:

a) não ter ocorrido violação ao disposto no artigo 535, do Código de Processo Civil, "uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada" (fl. 365);

b) ausência de comprovação da divergência jurisprudencial, porquanto "não foram cumpridas as exigências do art. 255, § 2º, do RISTJ, que determina o seguinte: 'O recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que

configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados" (fl. 366);

c) a análise da alegação de que há a "possibilidade do devedor/executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a penhora realizada em espécie" (fl. 262), esbarraria no impedimento da Súmula n. 7-STJ (fl. 367).

Interposto agravo regimental, negou provimento ao recurso, com base nos fundamentos a seguir expostos:

a) falta de preenchimento dos requisitos necessários à demonstração da divergência jurisprudencial, pois "o julgado apontado como paradigma trata de substituição de penhora sobre o faturamento da empresa por fiança bancária, hipótese que não guarda similitude fática com o entendimento do aresto recorrido, que versa sobre a impossibilidade de substituição do dinheiro pela fiança bancária";

b) não haver previsão legal para a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária a teor do disposto no artigo 15, inciso I, da Lei n. 6.830/1980. Salienta que "para a substituição do bem penhorado, parte-se do pressuposto de que não tenha sido realizado o depósito em dinheiro nem oferecida a fiança bancária, na forma do art. 9º, I, do referido diploma";

c) o direito de ofertar a fiança bancária deveria ter sido exercido pelo recorrente logo após a citação e antes da penhora realizada pelo juízo, consoante o disposto no artigo 11, da Lei de Execuções Fiscais;

d) inviabilidade da substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária, pois aquele é o "bem sobre o qual prioritariamente deve recair a constrição judicial" em virtude de sua liquidez. No ponto, transcreve a ementa do REsp n. 801.550-RJ, da relatoria do Exmo. Ministro José Delgado, DJU de 08.06.2006. Sustenta, ainda, que na fiança bancária, se a Fazenda lograr-se vitoriosa, dependerá do pagamento do banco garantidor que, por sua vez, pode recusar-se a pagar ou até tornar-se insolvente.

A Excelentíssima Ministra Eliana Calmon inaugurou a divergência ao dar provimento ao agravo regimental para conhecer e julgar provido o especial, com base nas seguintes premissas:

a) a tese sobre a possibilidade ou não de substituir-se a penhora *on-line* pela fiança bancária não enseja o reexame de provas, nem tampouco se trata de entendimento pacífico nesta Corte a ensejar a incidência do art. 557, *caput*, do

CPC. Ao contrário, consigna ter encontrado apenas dois precedentes, no âmbito de medidas cautelares, que cuidam do tema (MC n. 9.949-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.11.2005 e MC n. 13.590-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.12.2007);

b) a liberação do dinheiro penhorado pode acarretar dificuldades que devem ser ponderadas, como por exemplo o caso da "Fazenda do Municipal de Brusque que, ao final, com o julgamento do recurso de apelação em favor do contribuinte, foi obrigada a devolver, em tempo exíguo, o valor da penhora";

c) a penhora de R$ 100.000,00 (cem mil) reais em dinheiro, mesmo para uma empresa de grande porte como a recorrente, causa grande impacto financeiro, tendo em vista existir ação anulatória discutindo a liquidez e certeza do débito. Ressalta, outrossim, que a penhora, convencional ou *on-line*, é ato preparatório do processo de execução, não podendo onerar o devedor a ponto de inviabilizar sua atividade empresária;

d) fiança bancária e penhora em dinheiro possuem o mesmo *status*, pois em ambos não se exige o termo de lavratura de penhora;

e) o artigo 185-A, do Código Tributário Nacional, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 118/2005, condiciona a indisponibilidade de bens e direitos do devedor tributário à inexistência de outros bens penhoráveis. Esse raciocínio também deve ser aplicado na hipótese em exame – crédito exeqüendo originário de multa administrativa aplicada pelo Procon;

f) impossibilidade de aplicar-se o disposto no artigo 655-A, do Código de Processo Civil (penhora *on-line*), com as alterações implementadas pela Lei n. 11.382/2006, pois o débito discutido remonta a período anterior à vigência desse diploma normativo, segundo informações colhidas às fls. 52-53.

Em outras palavras, o magistrado, no caso concreto, não poderia autorizar a penhora *on-line* antes de esgotadas as diligências para a localização de outros bens do executado, bem como em face do direito intertemporal. Nesse contexto, colacionou os seguintes julgados: AgRg no REsp n. 806.064-PE, Rel. Min Mauro Campbell, DJe de 06.10.2008 e AgRg no REsp n. 992.590-BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 03.09.2008;

g) a substituição da penhora pelo executado pode ser realizada em qualquer fase do processo, pois não se pode confundir o que dispõem os artigos 9º e 15, *caput*, da LEF. O primeiro tem por objeto facultar ao executado o oferecimento de fiança bancária como garantia à execução, impedindo-se a penhora e, o segundo, a substituição da penhora já efetuada.

Na sessão de 04.11.2008, pedi vista dos autos para melhor exame.

De início, faço breve digressão sobre a cronologia dos fatos. A execução fiscal refere-se a multa administrativa aplicada à empresa pelo Procon do Estado do Rio de Janeiro, em processo administrativo motivado por reclamação do consumidor Sérgio Muniz da Silva (fl. 04).

A ora agravante foi citada via postal com Aviso de Recebimento juntado aos autos em 24.08.2007 (fls. 55 v. e 56). Deixou, entretanto, transcorrer *in albis* o prazo para indicação de bem à penhora, oportunidade em que o MM. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública determinou o bloqueio eletrônico do valor do débito (R$ 95.505,49), mediante penhora *on-line* – sistema Bacen-Jud (fl. 57). A constrição foi formalizada em 28.08.2007, conforme documento à fl. 60.

Em 27.09.2007, a executada requereu a substituição da penhora *on-line* realizada no seu caixa escriturário por fiança bancária emitida pelo Banco Santander no valor integral do débito (fls. 212-214).

O digno magistrado indeferiu o pedido ao argumento de que o dinheiro possui maior liquidez em relação à fiança bancária, bem assim que "uma vez movida a penhora em dinheiro, não pode esta ser substituída por fiança bancária, por enfraquecer a garantia do exeqüente" (fl. 218).

Contra a decisão foi interposto agravo de instrumento que deu ensejo ao presente recurso especial.

Passo a expor o meu entendimento.

Por ser prejudicial, aprecio a alegação de ofensa ao artigo 535, do Código de Processo Civil. Alega-se existir omissão quanto aos seguintes pontos:

a) aplicação dos artigos 1º, *in fine*, da LEF, 2º, § 2º e art. 2º, § 3º da Lei n. 4.657/1942 (LICC). Defende, com base no princípio da especialidade das normas, que devem ser aplicadas às questões processuais surgidas na execução fiscal as regras da Lei de Execução Fiscal (fl. 262);

b) sobre a impossibilidade de aplicar-se o artigo 655, inciso I, do CPC para a solução da lide "à luz da disciplina específica da ordem de preferência de bens na execução fiscal pela LEF" (fl. 263).

c) "outro aspecto que restou baldio de enfrentamento pelo v. acórdão, é a possibilidade do devedor/executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a

penhora realizada em espécie, a teor do disposto nos artigos 9º, inciso II; art. 9º, § 3º; art. 11, inciso I, todos da Lei n. 6.830/1980" (fl. 262);

Não merece guarida a pretensão, consoante bem salientado pelo Exmo. Ministro Relator.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro examinou, bem ou mal, todas as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

A primeira e segunda alegações – impossibilidade de aplicar-se as regras do processo de execução previstas no CPC em detrimento do regramento específico da Lei de Execução Fiscal – foram assim examinadas pelo aresto recorrido:

> Quanto à impossibilidade de aplicação de dispositivo do CPC ao caso em tela, não vislumbra este Julgador qualquer óbice à referida aplicação, mormente em razão do que preceitua o art. 1º da Lei n. 6.830/1980 (fl. 240).

Não há se cogitar de omissão a respeito do tema, pois se mostra desnecessário que o acórdão apreciasse o disposto nos artigos 2º, § 2º e art. 2º, § 3º da Lei de Introdução do Código Civil e 655, inciso I, do Código de Processo Civil, consoante requer a empresa.

A terceira irresignação – possibilidade de o executado apresentar carta de fiança bancária no mesmo valor total do débito em substituição a penhora realizada em dinheiro – foi o tema central do acórdão, não havendo, pois, a apontada omissão. Para ilustrar, colaciono excerto do aresto proferido pelo TJ-RJ:

> A penhora já se aperfeiçoou quando recaiu sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras pelo agravante, logo, não haveria qualquer razão para se autorizar a substituição por fiança bancária, uma vez que a penhora já recaiu inicialmente por dinheiro (fl. 140).

Passo a apreciar, os requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Quanto aos artigos 2º, § 2º e 2º, § 3º da Lei de Introdução do Código Civil e o artigo 655, inciso I, do Código de Processo Civil, constata-se a ausência do requisito indispensável do prequestionamento viabilizador do acesso às instâncias especiais. Não obstante tenha havido oposição de embargos de declaração, é cediço que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses levantadas pelas partes. Essa circunstância atrai a aplicação da Súmula n. 211 desta Corte, que assim dispõe:

> Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

Por outro lado, o artigo 1º – que trata da aplicação subsidiária do CPC ao processo de execução fiscal –; o artigo 9º, inciso II e § 3º – o qual dispõe sobre ordem a ser obedecida para garantia da execução fiscal e a realização do depósito em dinheiro ou de fiança bancária como instrumentos aptos a substituir a penhora –; o artigo 11, inciso I – que prevê a ordem de nomeação de bens à penhora –; e o artigo 15, inciso I – que estabelece as condições para a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária, ainda que implicitamente, encontram-se prequestionados.

Ainda com relação às condições de conhecimento do apelo, peço vênia para dissentir do nobre Ministro Relator, para acompanhar a Exma. Ministra Eliana Calmon no sentido de que a tese de fundo – possibilidade ou não de substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária – não carece do revolvimento de matéria fática.

A aplicação da Súmula n. 7-STJ foi assim justificada pelo eminente Relator:

> No mérito, convém transcrever o seguinte excerto da decisão recorrida:
>
> > A penhora já se aperfeiçoou quando recaiu sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras pelo agravante, logo, não haveria qualquer razão para se autorizar a substituição por fiança bancária, uma vez que a penhora já recaiu inicialmente por dinheiro. (fl. 240)
>
> Já nas razões do apelo nobre, sustenta-se que "há possibilidade do devedor/executado apresentar garantia idônea à execução (carta de fiança bancária no mesmo valor da constrição) em substituição a penhora realizada em espécie" (fl. 262).
>
> É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7-STJ (fls. 366-367).

Como se vê, a discussão aborda matéria de direito, sendo dispensável o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária).

Afaste-se, também, qualquer ilação a justificar a incidência da Súmula n. 7-STJ, sob o pressuposto de que seria necessário aferir, no caso concreto, se a

penhora em dinheiro seria o meio mais gravoso à empresa. Tal assertiva não afasta a viabilidade de conhecimento do apelo no que tange à possibilidade de substituição do depósito em dinheiro pela fiança bancária, nem tampouco foi a tese central do recurso extremo.

O dissídio jurisprudencial suscitado obedeceu às formalidades contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, do RISTJ. Para ilustrar, transcrevo fragmentos das razões do especial:

> Portanto, resta clara a divergência de interpretações conferidas ao art. 15, inciso I da Lei n. 6.830/1980 entre o Tribunal *a quo* e o e. Superior Tribunal de Justiça, pois à luz do acórdão recorrido *'O referido preceito autoriza a substituição da penhora por dinheiro ou por fiança bancária, donde se dessume que a penhora inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancaria ... e que* ...o legislador idealizou o art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 em prol do exequente, eis que a possibilidade de substituição visa melhorar a iliquidez da garantia a favor do mesmo'.
>
> Por sua vez, o e. Superior Tribunal no arresto paradigma, anotou que *... 'O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancaria o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal, não se podendo ignorar a efetiva segurança que tem o credor por meio da fiança ...'*, admitindo, destarte, a substituição da penhora em espécie pela garantia fidejussória posta em questão (fl. 278).

Ainda que assim não fosse, em face do prequestionamento de vários dispositivos de lei federal e do afastamento da incidência da Súmula n. 7-STJ, o apelo deve ser conhecido.

No mérito, a matéria ainda não se encontra pacificada nesta Corte. Consoante bem salientou a Exma. Ministra Eliana Calmon, são poucos os precedentes que tratam especificamente sobre a questão. No ponto, passo a emitir meu pronunciamento.

O artigo 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais prevê a possibilidade de o executado, em qualquer fase do processo, substituir a penhora realizada por depósito em dinheiro ou fiança bancária. Confira-se a dicção da norma:

> Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:
>
> I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

> II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Conforme consignado pela Exma. Ministra Eliana Calmon, no voto-vista e por ocasião do julgamento do aresto indicado como paradigma, o artigo 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais "confere à fiança bancária o mesmo *status* do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal" (REsp n. 660.288-RJ, DJU de 10.10.2005).

Na mesma linha: AgRg no Ag n. 945.901-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 29.10.2008 e REsp n. 849.757-RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 20.11.2006.

Entretanto, entendo que deve ser ressalvada a hipótese em que o devedor, de modo voluntário, garantir a execução por meio de depósito em dinheiro. Nesse aspecto concordo com os argumentos do Exmo. Ministro Herman Benjamin, admitindo que a fiança bancária não possui a mesma liquidez que o depósito realizado voluntariamente em dinheiro.

O artigo 15, inciso I, da Lei de Execuções Fiscais, que autoriza a substituição da penhora por dinheiro ou fiança bancária, deve ser aplicado em harmonia com o princípio da menor onerosidade para o devedor insculpido no artigo 620, do Código de Processo Civil. Entretanto, tal medida não pode dificultar a satisfação do crédito pelo exeqüente.

Nesse sentido são os recentes precedentes desta Corte, ambos da relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux:

> Agravo regimental. Art. 545 CPC. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Nomeação de bem à penhora. Imóvel. Recusa. Viabilidade do bem indicado. Súmula n. 7-STJ.
>
> 1. O credor pode recusar bem oferecido à penhora, postulando a observância da ordem legal prevista no art. 11 da Lei de Execução Fiscal, mormente em se tratando de penhora sobre o faturamento da empresa, providência de caráter excepcional.
>
> 2. Em sede de Execução Fiscal, demonstrado que o bem nomeado à penhora é de difícil alienação, acolhendo impugnação do credor, determinar a substituição do bem penhorado, por outros livres, sem que haja malferimento do art. 620 do CPC, máxime porque a penhora visa à expropriação de bens para satisfação integral do crédito exeqüendo.

3. O princípio da menor onerosidade não é absoluto e deve ser ponderado à luz dos interesses de cada parte. Precedentes: *AgRg no REsp n. 511.730-MG*, Relator Ministro *Francisco Falcão,* DJ de 20 de outubro de 2003; *REsp n. 627.644-SP*, desta relatoria, DJ de 23 de abril de 2004; *AgRg no AG n. 648.051-SP* Relator Ministro *José Delgado,* DJ 08 de agosto de 2005.

4. 'A controvérsia sobre a não-aceitação pelo credor dos bens oferecidos à penhora, em sede de execução fiscal, e a observância de que o processo executivo se dê da maneira menos gravosa ao devedor requerem atividade de cognição ampla por parte do julgador, com a apreciação percuciente das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula n. 7 do STJ', consoante entendimento cediço no STJ. Precedentes jurisprudenciais: REsp n. 346.212-SP, 2ª Turma, Relator Ministro *João Otávio de Noronha,* DJ de 20 de fevereiro de 2006; AgRg no REsp n. 768.720-SP, Rel. Min. *Francisco Falcão,* DJ 19.12.2005; AgRg no Ag n. 682.851-SP, Rel. Min. *Castro Meira,* DJ 19.09.2005; AgRg no Ag n. 634.045-SP, Rel. Min. *Luiz Fux,* DJ 13.06.2005; AgRg no Ag n. 547.959-SP, Rel. Min. *Denise Arruda,* DJ 19.04.2004.

5. A análise da viabilidade do bem indicado à penhora pela empresa executada demanda reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial ante o disposto na Súmula n. 7-STJ.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no AgRg no Ag n. 806.639-GO, DJe de 03.11.2008);

Processual Civil. Execução fiscal. Penhora de bens da executada. Substituição por direito de crédito decorrente de precatório. Art. 656 do CPC. Art. 15, I, da Lei n. 8.630/1980. Impossibilidade.

1. A substituição da penhora, em sede de execução fiscal, só é admissível, independentemente da anuência da parte exeqüente, quando feita por depósito em dinheiro ou fiança bancária, consoante expressa determinação legal (art. 15, I, da Lei n. 6.830/1990). Precedentes: *REsp n. 926.176-RJ,* Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 21.06.2007; *REsp n. 801.871-SP*, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 19.10.2006; *AgRg no REsp n. 645.402-PR,* Rel. Min Francisco Falcão, DJU de 16.11.2004; *REsp n. 446.02-RS*, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 03.02.2003.

2. *O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente. Enquadra-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC, por se constituir em direito de crédito. Não se confunde com dinheiro, que poderia substituir o imóvel penhorado independente do consentimento do credor.* Precedente: *(REsp n. 893.519-RS, DJ 18.09.2007 p. 287).*

3. Deveras, a substituição da penhora por outro bem que não aqueles previstos no inciso I, do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, exige concordância expressa do exeqüente, sendo certo que precatório não significa dinheiro para fins do art. 11, da LEF.

4. A execução se opera em prol do exeqüente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em conseqüência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646, do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exeqüendo.

5. 'A recusa, por parte do exeqüente, da nomeação à penhora de crédito previsto em precatório devido por terceiro pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC (art. 656)' – *(AgRg no REsp n. 826.260, voto-vencedor, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 07.08.2006).*

6. A verificação do princípio da menor onerosidade demanda análise de matéria fático-probatória, insindicável nesta Corte, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ.

7. Recurso especial não conhecido (REsp n. 927.025-SP, DJe de 12.05.2008).

O próprio legislador reconhece a diferença de liquidez entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária. Prova disso é a Lei Federal n. 9.703, de 17 de novembro de 1998, a qual determina, com relação aos tributos e contribuições federais, que os depósitos judiciais e extrajudiciais, inclusive seus acessórios, devam ser imediatamente encaminhados para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - Darf, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

> II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.
>
> § 4º Os valores devolvidos pela Caixa Econômica Federal serão debitados à Conta Única do Tesouro Nacional, em subconta de restituição.
>
> § 5º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados ou devolvidos;
>
> Art. 2º Observada a legislação própria, o disposto nesta Lei aplica-se aos depósitos judiciais e extrajudiciais referentes às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

No mesmo toar, a Lei Federal n. 10.482, de 03 de julho de 2002 regulamenta, no âmbito dos Estados e Distrito Federal, a destinação dos depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos, sendo expressa ao vincular essa receita ao pagamento de precatórios alimentares, segundo redação de seu artigo 4º:

> Art. 4º Os recursos repassados aos Estados e ao Distrito Federal na forma desta Lei serão aplicados exclusivamente no pagamento de precatórios judiciais relativos a créditos de natureza alimentar.

No âmbito dos Municípios, a Lei Federal n. 10.819, de 16 de dezembro de 2003, prevê a utilização dos recursos provenientes dos depósitos judiciais referentes aos tributos da municipalidade exclusivamente para o pagamento dos precatórios judiciais de qualquer natureza, dívida fundada do Município e, de modo residual, para as despesas de capital.

Nesse sentido é o conteúdo dos artigos 1º e 4º, desse diploma normativo:

> Art. 1º Os depósitos judiciais, em dinheiro, referentes a tributos e seus acessórios, de competência dos Municípios, inclusive os inscritos em dívida ativa, serão efetuados, a partir da data da publicação desta Lei, em instituição financeira oficial da União ou do Estado a que pertença o Município, mediante a utilização de instrumento que identifique sua natureza tributária.
>
> § 1º Os municípios poderão instituir fundo de reserva, destinado a garantir a restituição da parcela dos depósitos referidos no *caput* que lhes seja repassada nos termos desta Lei.
>
> *§ 2º Ao município que instituir o fundo de reserva de que trata o § 1º, será repassada pela instituição financeira referida no* caput *a parcela correspondente a setenta por cento do valor dos depósitos de natureza tributária nela realizados a partir da vigência desta Lei.*

> § 3º A parcela dos depósitos não repassada nos termos do § 2º será mantida na instituição financeira recebedora, que a remunerará segundo os critérios originalmente atribuídos aos depósitos (grifei).
>
> Art. 3º Os recursos repassados na forma desta Lei aos Municípios, ressalvados os destinados ao fundo de reserva de que trata o § 1° do art. 1°, serão aplicados, exclusivamente, no pagamento:
>
> *I – de precatórios judiciais de qualquer natureza;*
>
> *II – da dívida fundada do Município.*
>
> Parágrafo único. Na hipótese de previsão na lei orçamentária municipal de dotações suficientes para o pagamento da totalidade das despesas referidas nos incisos I e II exigíveis no exercício, o valor excedente dos repasses de que trata o *caput* poderá ser utilizado para a *realização de despesas de capital* (grifei).

Vê se, portanto, que o próprio legislador confere maior liquidez aos depósitos em dinheiro em comparação com a fiança bancária, pois permite a imediata utilização dos recursos depositados, em contrapartida à garantia fidejussória, passível de uso efetivo apenas ao final do processo.

Todavia, o entendimento de que o depósito em dinheiro é dotado de maior liquidez do que a fiança bancária deve ser aplicado apenas quando já houver sido realizado, voluntariamente, o depósito em dinheiro pelo executado.

Mas esse não é o contexto fático dos autos. Não houve depósito voluntário realizado pela empresa agravada, mas penhora *on-line* determinada de ofício pelo MM. Magistrado singular, em flagrante desrespeito aos preceitos dos artigos 655-A, do Código de Processo Civil e, principalmente, pela regra da especialidade, do disposto no artigo 185-A, do Código Tributário Nacional.

Com efeito, o primeiro prevê que a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira deve, dentre outras formalidades, ser requerida pelo exeqüente. O dispositivo encontra-se assim redigido:

> Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, *a requerimento do exeqüente,* requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).
>
> § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).

> § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).
>
> § 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).
>
> § 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. (Incluído pela Lei n. 11.694, de 2008-grifei);

Já o artigo 185-A, do CTN dispõe sobre a necessidade de serem esgotados todos os meios para localização de outros bens do executado antes da determinação de indisponibilidade, *in verbis:*

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, *devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis,* o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela LC n. 118, de 2005)
>
> § 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela LC n. 118, de 2005)
>
> § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela LC n. 118, de 2005).

Na mesma orientação, é a Resolução n. 524, de 28, de setembro de 2006, que institucionalizou a utilização do Sistema Bacen-Jud 2.0 na Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Confira-se a o teor de seu artigo 1º:

> Art. 1º Em se tratando de execução definitiva de título judicial ou extrajudicial, ou em ações criminais, de improbidade administrativa ou mesmo em feitos originários do Tribunal Regional Federal poderá o magistrado, via Sistema Bacen-Jud 2.0, solicitar o bloqueio/desbloqueio de contas e ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias.
>
> Parágrafo único. *No processo de execução, a emissão da ordem em comento poderá ocorrer desde que requerida pelo exeqüente, face à inexistência de pagamento da dívida ou garantia do débito* (arts. 659 do CPC e 10 da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980), com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial; podendo, nas demais ações, tal medida ser adotada inclusive *ex officio* (grifei).

Assim, deve ser autorizada a substituição da penhora *on-line* pela fiança bancária, pois, pelo que se observa dos autos, foi o próprio magistrado que, de ofício, determinou fosse realizada a constrição nas contas da empresa (fl. 57), sem prova de que tenham sido exauridos todos os meios para a localização de outros bens do devedor.

Em suma, têm-se as seguintes situações:

a) a fiança bancária possui o mesmo *status* do depósito em dinheiro para efeitos de substituição de penhora, sendo instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal;

b) se houver depósito em dinheiro realizado voluntariamente pelo executado não deve ser admitida a substituição pela fiança bancária, em face da maior liquidez do depósito;

c) se o depósito em dinheiro for determinado de ofício pelo magistrado – penhora *on-line* via Bacen-Jud – sem observância das regras dos artigos 655-A, do CPC e 185-A, do CTN, deve ser autorizada a substituição pela fiança bancária, já que deve ser presumida a boa-fé do devedor.

Ante o exposto, *peço vênia ao Excelentíssimo Ministro Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pela Excelentíssima Ministra Eliana Calmon para dar provimento ao agravo regimental, por outros fundamentos.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Martins:

> Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on line*. Substituição por fiança bancária. Possibilidade. Atos anteriores à Lei n. 11.382/2006. Divergência acompanhada. Agravo regimental provido.

Cuida-se de agravo regimental em recurso especial de *Carrefour Comércio e Indústria Ltda.* em face do *Estado do Rio de Janeiro*, trazido à mesa pelo eminente relator Min. Herman Benjamin, com voto pelo não-provimento do recurso.

Transcrevo a ementa do acórdão recorrido (fls. 239):

> Agravo inominado contra decisão que negou seguimento ao recurso, nos termos do estabelecido no *caput*, do art. 557, do CPC. Ação de execução fiscal, decisão que indeferiu o pedido de substituição da penhora realizada sobre dinheiro mantido em depósito junto a instituições financeiras por fiança bancária. Decisão vergastada que bem aplicou o direito ao caso concreto. Substituição de penhora que recaiu sobre dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 que permite a substituição da penhora que inicialmente teria que ter recaído em bem que não se consubstancia em dinheiro nem na referida fiança bancária. Observância ao art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980. Decisão monocrática correta. Desprovimento do recurso.

Entre as várias fundamentações contidas no erudito voto de Sua Excelência, destaca-se a tese de que *não é possível a substituição de penhora em dinheiro por fiança bancária.*

A Ministra Eliana Calmon, em voto-vista, apresentou refutações a boa parte das teses que arrimam o voto do eminente relator. Em síntese, entende a digna ministra que:

a) a fiança bancária é garantia idônea para a execução e pode ser oferecida a qualquer tempo;

b) os atos processuais são anteriores à vigência da Lei n. 11.382/2006, o que afastaria a possibilidade de penhora *on line* antes de esgotadas as diligências necessárias à localização de bens do devedor.

Posteriormente, o Ministro Castro Meira, em não menos erudito voto-vista, acompanha a divergência, por fundamentos diversos, os quais podem ser assim sintetizados:

a) no caso concreto, deve-se autorizar a substituição da penhora *on line* pela fiança bancária, "pois, pelo que se observa dos autos, foi o próprio magistrado que, de ofício, determinou fosse realizada a constrição nas contas da empresa (fls. 57), sem prova de que tenham sido exauridos todos os meios para a localização de outros bens do devedor";

b) com isso, podem-se estabelecer três situações hipotéticas distintas para casos de penhora *on line* e fiança bancária:

i) a fiança bancária tem o mesmo nível de eficácia do depósito em dinheiro, para fins de penhora, sendo instrumento bastante e suficiente para garantir a execução fiscal;

ii) se houver depósito voluntário em dinheiro pelo executado, não se há de permitir a substituição pela fiança bancária, em face da maior liquidez do depósito;

iii) se o depósito em dinheiro for determinado de ofício pelo juiz, por meio de penhora *on line* via Bacen-Jud, sem o respeito aos arts. 655-A do CPC e 185-A do CTN, deve-se autorizar a substituição da penhora pela fiança bancária, na medida em que se há de presumir a boa-fé do devedor.

É, no essencial, o relatório.

Examino as alegações contidas no recurso.

Violação do art. 535 do CPC. A preliminar recursal foi rejeitada por todos os ministros que me antecederam. Dispenso-me de repisar essa questão, acolhendo as observações já contidas nos votos precedentes, no sentido de sua rejeição.

Acompanho o relator quanto à inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

Preliminar de ausência de prequestionamento. Há preliminares em relação à ausência de prequestionamento. Concordo com o Ministro Castro Meira no sentido de que a matéria foi objeto de provocação no Tribunal de Apelação, por meio de embargos, o que afasta a aplicação da Súmula n. 282-STF.

Não-conhecimento por efeito da Súmula n. 7-STJ. Divirjo do relator e, nesse ponto, acompanho a dissidência inaugurada pela Ministra Eliana Calmon, quanto à possibilidade de cognição do recurso.

Creio que não há exame de matéria fática e sim expugnação de tese jurídica, a saber, *a substituição de penhora por fiança bancária*.

Creio que se decantaram os elementos fáticos e tem evidência a tese jurídica abstrata e perfeitamente individualizada.

Não somente. O dissídio pretoriano é notório e, por esse fundamento, abrir-se-iam as portas ao permissivo **c**.

Entendo, por conseguinte, ser apto o recurso ao conhecimento pleno.

Mérito. Quanto à matéria de fundo, com as devidas vênias ao relator, hei de acompanhar a divergência, precisamente em razão dos fundamentos destacados pela Ministra Eliana Calmon.

Outrossim, no julgamento da MC n. 13.590-RJ sufraguei tese simétrica a que ora se sustenta no voto divergente, a saber:

> Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo ao recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on line*. Excepcionalidade. Substituição por fiança bancária. Cabimento. Liminar deferida.
>
> 1. Nos termos das Súmulas n. 634 e 635 do STF, não se concede medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade no Tribunal de origem.
>
> 2. Excepcionalmente, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, esta Corte aceita a competência para julgar medida cautelar, antes do juízo de admissibilidade do recurso especial.
>
> 3. A inércia da devedora não justifica a *penhora on line* de vultosa quantia, antes de realizadas as diligências para buscar bens penhoráveis, nos termos do art. 185-A do CTN. Precedentes.
>
> *4. "O art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980 confere à fiança bancária o mesmo* status *do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal". (REsp n. 660.288-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 10.10.2005.)*
>
> *5.* In casu, *a executada oferece garantia de fiança bancária em valor superior ao montante do crédito fazendário.*
>
> Medida liminar concedida para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial até seu julgamento por esta Corte Superior, sem prejuízo do juízo de admissibilidade do Tribunal *a quo*.
>
> (MC n. 13.590-RJ, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 11.12.2007, p. 170.)

É nítida a confluência entre os votos dissidentes quanto a esse ponto, com a pequena diferenciação feita no voto do Min. Castro Meira em relação à *assimetria material entre a fiança bancária e o depósito pecuniário voluntário.*

Na espécie, a substituição é cabível. Ela atende aos princípios do processo de execução. Mais do que isso. Essa tese prestigia o *princípio constitucional*

da livre iniciativa, sob o enfoque da proteção da atividade empreendedora contra interferências excessivas do poder estatal sobre sua economia interna (cf. CAVALERI, Paolo. *Iniziativa economica privata e costituzione 'vivente':* contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Costituzione. Padova: Cedam, 1978, p. 261-269).

Concordo, porém, com a diferenciação operada no voto do Min. Castro Meira, quanto à ausência de simetria plena entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária, no tocante à liquidez. Se realizado o depósito voluntário em espécie pelo executado, não se há de aceitar ou deferir a substituição superveniente. A liquidez da pecúnia não se transmite à fiança bancária em idêntica extensão.

Daí ser conveniente e oportuno adotar-se os três critérios propostos pelo Min. Castro Meira, os quais têm por si, ademais, a abstração para outros casos, servindo de moldura jurisprudencial útil aos ofícios do STJ.

Conclusão. Ante o exposto, com as necessárias homenagens, acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Eliana Calmon, mas assentado nos fundamentos mais amplos propostos pelo Min. Castro Meira, e dou provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 28.261-SP (2008/0257979-1)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Itaoca S/A Administração de Bens e outros
Advogado: Flávio José de Souza Brando
Recorrido: Estado de São Paulo
Procurador: Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Precatório. Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão do Presidente do Tribunal no processamento de

precatórios. Sequestro de recursos financeiros. Exclusão dos juros compensatórios aplicados de modo continuado em cálculo apresentado pelo Depre. Possibilidade.

1. O Presidente do Tribunal local é competente para corrigir erro de cálculo, nos termos do disposto no art. 1º- E da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, em que se lhe permite, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

2. Ao excluir os juros compensatórios do cálculo da sentença exequenda, o órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atuou nos estritos limites de sua competência, procedente a retificação da conta, segundo precedentes jurisprudenciais firmados até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal: "O pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 da ADCT não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais". AI-AgR n. 545.938-SP, DJ 14.12.2007, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento, 23.10.2007, órgão julgador: Primeira Turma.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 07 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 25.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por *Itaoca S/A Administração de Bens e outros*, com fundamento no artigo 105, inciso II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por maioria, denegou a segurança pleiteada, nos termos do aresto ementado (fls. 613-641):

> Mandado de segurança. Insurgência contra acórdão em agravo de instrumento que afastara juros moratórios e compensatórios em continuação. Ausência de direito líquido e certo. Acórdão que afastou tais acréscimos em razão de situação típica, acordo celebrado entre as partes em 1993 que visara finalizar discussões sobre critérios de atualização, alterando o *decisum*. Débito que restou para pagamento em parcelas, sem cláusula penal. Pagamentos realizados. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

Inconformada, a parte interpõe o presente Recurso Ordinário, lastreado no argumento de existência de direito líquido e certo fundado na incompetência funcional do Órgão Especial do Tribunal de origem, em sede administrativa, para alterar critérios definidos na origem do precatório, no que incabível a exclusão dos juros compensatórios em continuação.

Em contra-razões, o Estado de São Paulo defende que o provimento administrativo que não afasta a incidência, no precatório, de juros compensatórios em continuação é incompatível com a Constituição.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso mas, caso conhecido, pelo não provimento, em parecer nesses termos ementado (fls. 900-905):

> Recurso em mandado de segurança. Razões dissociadas. Precatório. Incidência de juros moratórios e compensatórios. Impossibilidade.
>
> 1 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, adequando-se ao posicionamento do Excelso Pretório, já se firmou no sentido de que, por abranger apenas a atualização monetária dos valores insertos no precatório principal, não é possível, em sede de precatório complementar, a inclusão dos juros compensatórios e moratórios;
>
> 2 - Parecer pelo não conhecimento do recurso. Se conhecido, pelo não provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a segurança pleiteada para manter decisão administrativa proferida pelo Órgão Especial daquela Corte que, após julgamento de agravo regimental, determinou o retorno dos autos ao Depre para que, obedecidos os termos de acordo existente entre as partes, o cálculo fosse refeito, expurgando-se os juros compensatórios em continuação a partir da data do acordo.

Inicialmente, peço vênia a meus pares para explicitar as questões de fato que permeiam a controvérsia, para o fim de ser melhor compreendida.

Os Recorrentes são autores de ação ordinária de indenização aforada no ano de 1982, em que o pedido dela constante foi julgado procedente, em todas as instância, ocasionando a expedição de precatório colhido pelos efeitos do art. 33 do ADCT.

No ano de 1993, firmaram as partes acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foi avençado a forma de pagamento das parcelas vencidas, com o objetivo de evitar discussões judiciais a respeito de critérios de atualização passados, restando fixados os montantes de cada uma das parcelas acordadas e vincendas.

Em razão do cumprimento a destempo das parcelas de número 6 e 7 e sem a inclusão da correção monetária pela Fazenda estadual, os então credores apresentaram ao juízo singular cálculo de apuração de insuficiência, promovendo nova citação do Estado de São Paulo.

Citada, a Fazenda apresentou embargos à execução, julgados parcialmente procedentes para delimitar o montante pecuniário devido, utilizando-se, para tanto, de perícia contábil.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente os embargos à execução, em que se adotou, como razões de decidir, os valores alcançados pelo *expert* do juízo.

Inconformada com a decisão, a Fazenda do Estado interpôs apelação e o TJSP, à unanimidade, negou provimento ao recurso e condenando-a à sanção pela prática de litigância de má-fé.

Nesse ínterim, os Recorrentes requereram o pagamento da diferença que entenderam devida. Ao fundamento de quebra cronológica, os Recorrentes

pleitearam o seqüestro de rendas da Fazenda, pedido este deferido pela Presidência do TJSP.

Inconformado o Estado de São Paulo interpôs agravo interno que restou provido para o fim de que fosse refeito o cálculo, excluindo-se os juros compensatórios do precatório, bem assim suspensa a determinação do seqüestro dos valores.

Contra essa decisão é que se impetrou o Mandado de Segurança, originário do presente Recurso Ordinário.

Explicitadas as questões de fato, passo à análise da controvérsia.

A questão limita-se em saber se o Presidente do Tribunal possui competência para, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

Conforme explicitado linhas atrás, após o deferimento de seqüestro do montante que gira em torno de 56 milhões de reais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proveu agravo interno para que, obedecidos os termos de acordo existente entre as partes, o cálculo fosse refeito, expurgando-se os juros compensatórios em continuação a partir da data do acordo.

Extrai-se dos autos que o critério adotado pelo Depre para o cálculo do valor das prestações, que contempla a aplicação de juros compensatórios em continuação, destoa de farta jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça, dado que o artigo 78, *caput*, do ADCT, instituidor da nova moratória constitucional, prevê apenas a incidência de juros legais.

O preceito encartado no artigo 33 do ADCT encerra uma nova realidade. Faculta-se ao Estado a satisfação dos valores pendentes de precatórios, neles incluídos os juros remanescentes. Observadas as épocas próprias das prestações, impossível é cogitar a mora, descabendo a incidência dos juros, no que pressupõe inadimplemento.

Os juros compensatórios, por sua vez, têm incidência cessada em face da referência apenas aos remanescentes e às parcelas tidas como iguais e sucessivas.

Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo do montante a ser executado, é preciso constatar que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios complementares e precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT.

Na hipótese dos autos, não se pode falar em alteração de critério jurídico, mas em simples correção de erro existente em cálculo apresentado pelos contadores que não observou o objeto do acordo, fundamento do precatório, em que os Recorrentes concordaram em receber parceladamente as diferenças do 1º, 2º e 3º oitavos apuradas na requisição administrativa e em receber parceladamente o valor devido na sequência, também objeto da avença, concedendo desconto de 27%, sem cláusula penal, por eventual atraso no pagamento, o que por óbvio demandaria cálculo diferenciado por parte do Depre, para fins de apuração do verdadeiro saldo do precatório.

Esse erro, que não guarda nenhum vínculo com os critérios jurídicos definidos no título exequendo, é corrigível a qualquer tempo, mesmo por decisão administrativa do Presidente do Tribunal *a quo*, valendo-se da prerrogativa definida no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997.

Por oportuno, observo que a mera existência dessa prerrogativa afasta a alegação de que o Presidente do Tribunal *a quo* não teria competência para a matéria.

O pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 do ADCT não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais:

> Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

Confiram-se decisões do STF sobre a matéria:

> Constitucional. Precatório. Art. 78 do ADCT. Art 5º, XXIV e XXXVI. Ofensa reflexa. Necessidade de reexame de prova. Incidência da Súmula n. 279 do STF. Agravo improvido.
>
> *I - O art. 78 do ADCT, possui a mesma* mens legis *do art. 33 do mesmo Ato. Dessa forma, em tendo sido calculado o valor devido na data da promulgação da EC n. 30/2000, acrescidos dos juros legais e da correção monetária, aqueles não mais incidirão por ocasião do pagamento das parcelas sucessivas.*
>
> *Omissis.*

IV - Agravo regimental improvido.

(RE-AgR n. 421.616-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 10.08.2007)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Precatório. Art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não incidem juros de mora e compensatórios no período compreendido pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No caso do pagamento em atraso, são cabíveis os juros moratórios. Precedentes.

Omissis.

(AI-AgR n. 545.938-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14.12.2007)

No mesmo sentido da posição que adoto neste voto, esta Corte já teve oportunidade de se pronunciar:

Processual Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão do Presidente do Tribunal no processamento de precatórios. Natureza administrativa. Súmula n. 311-STJ. Precatório parcelado nos moldes do art. 78 do ADCT. Seqüestro de recursos financeiros da entidade executada. Exclusão dos juros moratórios e compensatórios aplicados de modo continuado em cálculo apresentado pela contadoria judicial. Possibilidade.

1. "Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional" (Súmula n. 311-STJ).

2. O erro de cálculo, caracterizado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos, não faz coisa julgada, podendo ser corrigido até mesmo de ofício, conforme o disposto no art. 463, I, do Código de Processo Civil.

3. Atualmente, o art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, permite ao Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

4. Entretanto, o erro de cálculo que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos.

5. Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo de execução de sentença proferida em ação de desapropriação, é preciso fazer a distinção entre os juros cuja incidência fora determinada no título executivo judicial — os quais, efetivamente, devem integrar o cálculo inicial

destinado à expedição do primeiro precatório —, daqueles que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios complementares e precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT.

6. Na primeira hipótese, a incidência dos juros, tanto os compensatórios como os moratórios, constitui questão jurídica, acobertada, inclusive, pela coisa julgada formada no título judicial exeqüendo, que não pode ser modificada, senão pela via da ação rescisória.

7. Hipótese em que não se pode falar em alteração de critério jurídico, mas em simples correção de erro existente em cálculo apresentado pela Contadoria do Tribunal de origem que, ao invés de efetuar simples atualização monetária para fins de apuração do valor da próxima parcela a ser paga mediante seqüestro — que já incorpora os juros cuja incidência fora determinada no título exeqüendo —, fez incidir novo percentual de juros moratórios e compensatórios no período que intermedeia a data do pagamento da última parcela paga e a da confecção dos novos cálculos.

8. Esse erro, que não guarda nenhum vínculo com os critérios jurídicos definidos no título exeqüendo, é corrigível a qualquer tempo, inclusive por decisão administrativa do Presidente do Tribunal, valendo-se da prerrogativa definida no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997.

9. Com efeito, no regime da moratória constitucional prevista no art. 78 do ADCT, o montante apurado no início da execução — repita-se: devidamente acrescido dos juros moratórios e compensatórios eventualmente fixados no título judicial exeqüendo —, será decomposto em, no máximo, dez parcelas anuais e, no momento de se efetuar o pagamento de cada uma dessas parcelas, não incide um novo percentual de juros compensatórios ou moratórios, salvo, quanto aos últimos, se não for realizado o pagamento dentro do prazo constitucional estabelecido.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

(RMS n. 26.073-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 02.10.2008, DJe 29.10.2008)

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Valor indenizatório decorrente de desapropriação indireta. Precatório pago segundo critério dos artigos 33 e 78 da ADCT. Descabimento de juros moratórios e compensatórios em continuação. Legalidade de exclusão dos juros. Precedentes do STF. Legitimidade do órgão especial do TJSP para julgamento do feito. Recurso ordinário não-provido.

1. Em exame recurso ordinário interposto por Jean Bittar e outros contra acórdão prolatado em sede de mandado de segurança que confirmou aresto de órgão especial proferido em agravo regimental e manteve decisão de lavra do

Presidente da Corte no concernente ao seqüestro de rendas públicas do quarto-décimo do precatório, sem incidência de juros moratórios e compensatórios no período da moratória. Os recorrentes alegam que: a) a atuação do Presidente do Tribunal, embora possua contornos judiciais, não é propriamente jurisdicional e não se embaralha com as atuações do juízo que prolatou a decisão exeqüenda; b) a decisão prolatada na ADI n. 1.098-SP fixou a competência do Presidente do Tribunal de Justiça nos processamentos dos precatórios judiciais e estabeleceu os limites de sua atuação nessa seara; c) o despacho emanado da Presidência que determinou a exclusão dos juros moratórios e compensatórios concedidos por sentença judicial transitada em julgado, desbordou dos limites da competência funcional de Presidência do Tribunal; d) não é lícito ao Tribunal deliberar sobre aspectos inerentes ao próprio título exeqüendo sob pena de ofensa à coisa julgada; e) a alteração do próprio título judicial em prejuízo de uma das partes configura ofensa ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal; f) a EC n. 30/2000, em nenhum momento, afasta a fluência dos juros moratórios e compensatórios a cujo pagamento a recorrida foi condenada por sentença transitada em julgado; g) os juros legais de que trata o artigo 78 do ADCT são os juros moratórios e compensatórios.

2. A irresignação não merece acolhida, porquanto o pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 da ADCT realmente não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais. Esse entendimento foi corretamente aplicado pelo acórdão na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal: AI-AgR n. 545.938-SP, DJ 14.12.2007, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento, 23.10.2007 órgão julgador Primeira Turma.

3. Inexiste a apontada incompetência para o feito do órgão especial do TJSP, que se limitou a corrigir equívoco que poderia e deveria ser estancado, sob pena de defeito na prestação jurisdicional. Por outro lado, não se formou coisa julgada no tocante ao valor requisitado à Municipalidade devedora, uma vez que os cálculos impugnados foram realizados pelo Depre, e a homologação teve caráter meramente administrativo e não jurisdicional (Súmula n. 311 do e. Superior Tribunal de Justiça).

4. Recurso ordinário não-provido.

(RMS n. 26.518-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 23.06.2008)

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Valor indenizatório decorrente de desapropriação indireta. Precatório pago segundo critério dos artigos 33 e 78 da ADCT. Descabimento de juros moratórios e compensatórios em continuação. Legalidade de exclusão dos juros compensatórios. Precedentes do STF. Legitimidade do órgão especial do TJSP para julgamento do feito. Necessidade de reparação e equívoco flagrante. Recurso ordinário não-provido.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança ajuizado por IRG S/C Ltda. em impugnação a acórdão que, em sede de ação de desapropriação indireta, retirou a aplicação de juros compensatórios sobre as três primeiras parcelas de montante indenizatório, sob o argumento principal de vedação imposta pelo artigo 78 da ADCT e com amparo em jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal.

2. A irresignação, todavia, não merece acolhida, porquanto o pagamento de precatórios segundo o critério de parcelamento previsto no art. 78 da ADCT realmente não prevê a incidência de juros compensatórios, mas somente dos juros legais. Esse entendimento, então, foi corretamente aplicado pelo acórdão, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que afirma (AI-AgR n. 545.938-SP, DJ 14.12.2007, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento: 23.10.2007 Órgão Julgador: Primeira Turma):

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Precatório. Art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não incidem juros de mora e compensatórios no período compreendido pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No caso do pagamento em atraso, são cabíveis os juros moratórios. Precedentes. 2. A alegada falta de pagamento não foi examinada no acórdão recorrido nem foi objeto de embargos de declaração. Incidem, no caso, as Súmulas n. 282 e 356 deste Supremo Tribunal Federal.

3. Não se vislumbra, também, a apontada incompetência para o feito do Órgão Especial do TJSP, pois se limitou a corrigir equívoco flagrante, que poderia e deveria ser estancado, sob pena de defeito na prestação jurisdicional. Aliás, em sentido diverso do adotado, há previsão específica no Regimento Interno daquela Corte que defere ao referido órgão especial a legitimidade para julgar litígios tais quais o sob exame.

4. Note-se, a propósito, que o valor atribuído aos juros compensatórios em continuação (R$ 2.350.427,35) configurou-se superior ao valor aplicado ao débito principal (1.528.898,97), evidência que, tal como inscrito no aresto atacado, retirou a liqüidez do título instrumentalizador do crédito e caracterizou irregularidade a exigir pronta reparação, não se tratando, de nenhum modo, de eventual ofensa à coisa julgada.

5. Recuso ordinário em mandado de segurança não-provido.

(RMS n. 25.378-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 08.04.2008, DJe 24.04.2008)

Sendo assim, não há que se falar em violação ao princípio da coisa julgada ou extrapolação da competência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por todo o exposto, *nego provimento* ao presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 29.493-MS (2009/0089419-1)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Erothildes Silva Queiroz
Advogado: Ivan Gordin Freire e outro(s)
Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul
Procurador: José Aparecido Barcello de Lima e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Cartório extrajudicial. Serviço notarial e de registro. Perda superveniente de objeto do *mandamus*. Inexistência. Imperativos de boa-fé objetiva. Aplicabilidade à Administração Pública. Teoria da encampação. Inaplicabilidade ao caso. Proposição de lei que trata de extinção de delegação. Competente o Poder Legislativo. Teoria da causa madura. Possibilidade de julgamento. Finalidade pública da delegação. Aposentadoria voluntária enseja a extinção da delegação.

1. Não há perda de objeto em mandado de segurança quando a Administração Pública, por meio de autoridade incompetente, edita ato administrativo e, depois, a autoridade competente o ratifica. A alegação de perda de objeto, neste caso, é *venire contra factum proprium*, conduta vedada ao agente público em face do princípio da boa-fé objetiva na seara pública, na forma do inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/1999.

2. Não é pertinente também ao caso a "teoria da encampação", pois esta é aplicada quando: (1) existe vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e, (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas, requisitos inexistentes no presente *mandamus*.

3. É competente o Poder Legislativo para iniciar projeto de lei que trata da extinção de delegação. Não há confundir extinção de delegação com extinção de cargo ou ofício do Poder Judiciário. Não se trata aqui de extinção de cargo ou ofício, tanto que o Presidente do Tribunal de Justiça declarou sua vacância. (Existe, mas não está ocupado).

4. Esta Corte Superior, como instância de superposição, detém jurisdição nacional sobre a Justiças Estadual e Federal e, ainda, considerando estar a causa pronta para ser julgada, por prescindir de dilação probatória, cabível, *in casu*, o disposto no artigo 515, § 3º, do CPC (Teoria da causa madura). Precedentes.

5. Delegação não é título de nobreza nem título acadêmico, existindo não em função da pessoa que a exerce mas em função do interesse público primário, devendo, portanto, haver previsões legais de perda e extinção (Lei n. 8.935/1994). A aposentação voluntária enseja, na forma do inciso II do artigo 39 da Lei n. 8.935/1994, a extinção da delegação.

Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 1º.07.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Erothildes Silva Queiroz*, com base na alínea **b** do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal/1988, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

> *Ementa.* Mandado de segurança. Conselho Superior da Magistratura. Órgão competente para julgamento da matéria relativa à estatização de serventia e vacância da titularidade da delegação. Ilegalidade do ato fundada em ato praticado por órgão incompetente. Manifestação do Conselho Superior da Magistratura no curso da ação. Perda do objeto. Segurança prejudicada.
>
> Se, no curso da segurança, o Conselho Superior da Magistratura, tido como órgão competente para apreciação e julgamento da matéria trazida em juízo, declara a estatização da serventia e a vacância da titularidade do Cartório Distribuidor, evidente a perda do objeto do presente *mandamus*, em que a principal tese reside na ilegalidade do ato em razão da incompetência das autoridades coatoras. (fl. 215)

A recorrente alega, em suma, que:

a) não houve perda do objeto, pois existem outros pedidos; o Conselho Superior da Magistratura apenas ratificou a decisão do Presidente do Tribunal, restando, assim, configurada a "teoria da encampação", o *mandamus* ataca ato lesivo a direito líquido e certo, e não agente público;

b) é inaplicável a sua relação jurídica a Lei n. 8.935/1994, pois é vitalícia, com base no artigo 117 da Constituição Federal/1967;

c) a Lei n. 8.935/1995 é inconstitucional, pois é da competência exclusiva do Poder Judiciário organizar suas secretarias e serviços auxiliares.

O recorrido apresentou contrarrazões alegando, em suma, que:

a) houve perda do objeto, pois a autoridade competente ratificou o ato impugnado;

b) esta Corte não pode, com base parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicar a "teoria da causa madura" para julgar o mérito da causa;

c) a Lei n. 8.935/1995 aplica-se integralmente à relação jurídica travada entre a recorrente e o estado, portanto a aposentadoria facultativa, na forma do inciso II do seu artigo 39, extinguiu a sua delegação; e que,

d) a citada lei é constitucional.

O presente recurso pelo Tribunal de origem. (fl. 505v)

O Ministério Público Federal opinou pelo não-provimento do presente recurso ordinário. (fls. 508-511)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Da suposta perda de objeto

O Tribunal de origem extinguiu o mandado de segurança, sem o julgamento do mérito, sob a alegação de que a autoridade eleita para figurar no pólo passivo era incompetente, e que a autoridade competente havia ratificado o ato.

O mandado de segurança é manejado contra ato da autoridade coatora que tenha eficácia jurídica, social e técnica para violar direito líquido e certo do cidadão, eis o teor do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal/1988:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Apesar da manifesta incompetência, foi ato do Presidente do Tribunal que violou suposto direito líquido e certo da impetrante. O erro quanto à legitimidade do prolator do ato não pode ser imputado à impetrante, e sim aos agentes públicos envolvidos.

A Administração Pública tem evoluído desde formação de entidades estatais nos primórdios das aglomerações humanas até os dias atuais, para conferir maiores prerrogativas aos administrados em virtude hipossuficiência individual.

Não há dúvida de que o cidadão, nas suas relações com o estado, é a parte mais fraca, pois, em regra, não há pessoa física ou jurídica de natureza privada

que tenha mais recursos, observadas as delimitações territoriais do negócio, do que a Administração Pública.

O Estado é hipersuficiente, e o administrado é hipossuficiente.

Sob esse prisma, as liberdades públicas, direitos humanos de primeira geração, têm evoluído para introduzir conceitos do direito privado para a proteção dos menos favorecidos nas relações jurídicas.

Explica-se, o Direito Administrativo moderno tem utilizado o instituto da boa-fé objetiva para resolver conflitos exogénos, ou seja, entre a Adminstração Pública e o administrado.

Eis o inciso IV do parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 9.784/1999:

> Art. 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.
>
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
>
> (...)
>
> IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

Nelson Rosenvald e *Cristiano Chaves de Farias*, no livro Direito das Obrigações. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, esclarecem que:

> Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição dirige-se à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé. Ou seja: há de avaliar-se qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente. O contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, mas ausência da boa-fé. De fato, o princípio da boa-fé encontra sua justificativa no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio dos parâmetros de honestidade e retidão.

À Administração Pública é vedado o *venire contra factum proprium*, ato lesivo em que o agente público adota uma posição jurídica em contradição com a posição anterior assumida pela própria máquina administrativa. Resta violada a confiança depositada pela outra parte quando da prática do primeiro ato.

Esta Corte já decidiu da seguinte maneira:

> Administrativo e Processual Civil. Titulo de propriedade outorgado pelo Poder Público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria Administração, objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. Alteração no pólo ativo da relação processual na fase recursal: impossibilidade, tendo em vista o principio da estabilização subjetiva do processo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Instituição de parque estadual. Preservação da mata inserta em lote de particular. Direito a indenização pela indisponibilidade do imóvel, e não só da mata. Precedentes do STF e do STJ. Recursos parcialmente providos.
>
> I - Se o suposto equivoco no titulo de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não ha que se alegar o vicio com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que *memo potest venire contra factum proprium* e de que *memo creditur turpitudinem suam allegans*.
>
> II - Feita a citação validamente, não e mais possível alterar a composição dos pólos da relação processual, salvo as substituições permitidas por lei *(v.g.,* arts. 41 a 43, e arts. 1.055 a 1.062, todos do CPC). Aplicação do principio da estabilização subjetiva do processo. Inteligência dos arts. 41 e 264 do CPC. Precedente do STF: RE n. 83.983-RJ.
>
> III- O proprietário que teve o seu imóvel abrangido por parque criado pela administração faz jus a integral indenização da área atingida, e não apenas em relação a mata a ser preservada.
>
> Precedente do STJ: REsp n. 39.842-SP.
>
> IV - Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.
>
> (REsp n. 47.015-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, Julgado em 16.10.997, DJ 09.12.1997, p. 64.655.)

No caso concreto, a Administração Pública praticou um ato que atingiu a esfera jurídica da impetrante; foi ajuizado mandado de segurança contra o ato supostamente lesivo, inclusive, com a alegação de incompetência da autoridade além de outros pedidos; a autoridade competente, depois, ratifica o ato e alega a perda do objeto do mandado de segurança, uma vez que a autoridade apontada não era a correta.

Assim, a Administração termina por criar uma potestade para si: lesiona direito do administrado por ato de autoridade incompetente; aguarda a impetração de *writ;* e, depois, pratica, para alegar a perda do objeto, o ato por meio de agente competente.

Ora, é ausência clara de boa-fé objetiva que dever ser expressamente condenada nesta Corte.

Não há falar em perda do objeto do mandamus. *Ainda que tivesse ocorrido, seria em relação apenas a um dos vários pedidos versados na inicial.*

Não é pertinente, também, ao caso, a "teoria da encampação", pois tal teoria é aplicada quando: (1) existe vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e, (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.

Não há vínculo hierárquico entre o Presidente do Tribunal de Justiça e o Conselho Superior da Magistratura, mas apenas há diferentes atribuições para cada órgão.

Não houve modificação de competência constitucional.

E, apesar de ter havido manifestação a respeito do mérito das informações prestadas, o ato foi praticado sem legitimidade pelo próprio informante. A propósito:

> Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. "Custas" percebidas por Oficiais de Justiça e Avaliadores do Estado do Rio de Janeiro. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito.
>
> 1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão-somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas.
>
> 2. *In casu*, conforme restou consignado pelo juízo de primeira instância, a autoridade legítima para figurar no pólo passivo do *writ* é o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou ao Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal a inclusão das denominadas "custas" (gratificação de locomoção) na base de cálculo dos descontos previdenciários sobre a verba recebida pelos oficiais de justiça (parecer e determinação de fls. 51-52), estando seus atos sujeitos, na via do mandado de segurança, à competência originária daquela Corte, à luz das Súmulas n. 41-STJ e 624-STF.
>
> 3. O recorrido impetrou o *mandamus* no juízo de primeira instância, apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Pagamento de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
>
> 4. Destarte, ressoa incabível a adoção da 'teoria da encampação' ao caso *sub judice*, porquanto implicaria indevida modificação ampliativa de competência absoluta fixada na Constituição, conforme orientação firmada na jurisprudência

desta e. Corte. Precedentes: Precedentes da Primeira Seção: MS n. 12.779-DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 03.03.2008; MS n. 10.484-DF, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.09.2005.

5. Recurso especial provido, determinando-se a extinção do Mandado de Segurança sem resolução do mérito.

(REsp n. 967.984-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14.04.2009, DJe 06.05.2009.)

Logo, o presente *mandamus* não perdeu o seu objeto.

Da teoria da causa madura

Alega o recorrido que esta Corte não pode, com base parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicar a "teoria da causa madura" para julgar o mérito da causa.

A questão não enseja maiores debates, uma vez que o recorrido apresentou precedente antigo - deste Tribunal -, para justificar seu posicionamento; esquecendo-se, portanto, de juntar jurisprudência nova sobre o tema, no seguinte sentido:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Militares estaduais. Indenização de estímulo operacional. Forma de cálculo. Dilação probatória. Desnecessidade. Art. 515, § 3º, do CPC. Aplicação. Decreto. Disposição contrária a lei. Vencimentos. Redução. Princípios da legalidade e da irredutibilidade vencimental. Ofensa configurada. Efeitos patrimoniais pretéritos. Impossibilidade. Súmulas n. 269 e 271 do Excelso Pretório. Incidência. Precedentes.

1. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o recurso ordinário em mandado de segurança tem natureza similar ao recurso de apelação. Assim, a despeito da extinção do processo sem julgamento do mérito pelo Tribunal de origem, a esta Corte é permitido julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, por força do art. 515, § 3º, do CPC, como ocorre *in casu*.

2. O Decreto regulamentador não pode inovar na ordem jurídica, dispondo de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

3. É o que ocorre, *in casu*, em que as condições definidas na Lei Complementar n. 137/1995 para a percepção da Indenização de Estímulo Operacional foram alteradas por atos normativos infralegais, quais sejam, os Decretos Estaduais n. 2.697/2004 e 2.815/2004.

4. Em decorrência dessa ilegalidade, os Recorrentes experimentaram inegável redução nos seus vencimentos com o bloqueio de parte de valores a ele devidos,

mesmo tendo efetivamente prestado o serviço extraordinário, o que implica em ofensa ao postulado da irredutibilidade de vencimentos, com evidente configuração de enriquecimento sem causa do Estado. Precedentes desta 5ª Turma.

5. A teor das Súmulas n. 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.

6. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.

(RMS n. 24.800-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11.12.2008, DJe 09.02.2009.)

Recurso em mandado de segurança. Acórdão recorrido. Razões dissociadas. Sentença originária. Afronta à coisa julgada. Ausência de dilação probatória. Causa madura. Art. 515, § 3º, CPC. Efetividade. Princípio da celeridade processual. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado pela ora recorrente contra decisão de Juiz estadual que, em ação de indenização proposta pela ora interessada contra o seu ex-conjuge, determinou à CEF a exclusão do nome de Lélia Maria de Souza do cadastro de inadimplentes.

2. No entanto, verifica-se dos elementos constantes dos autos que Lélia Maria de Souza intentou, anteriormente, ação contra a Caixa Econômica Federal buscando provimento judicial para exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, tendo sido proferida, pela 2ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal de Juiz de Fora, sentença denegatória no referido feito, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão.

3. Posteriormente, Lélia Maria de Souza ajuizou, então na justiça estadual, ação de indenização por danos morais contra o ex-cônjuge, nela inserindo o pedido de liminar para que fosse determinado à Caixa Econômica Federal, pelo Juiz de Direito, a retirada do nome da autora do cadastro de devedores, o que foi deferido.

4. Contra essa decisão, do juízo estadual, a ora recorrente manejou *writ* que foi denegado, sendo agora objeto do presente recurso.

5. Observa-se, portanto, que Lélia Maria de Souza, buscou, por via transversa, provimento judicial igual àquele objeto de sentença já transitada em julgado na Justiça Federal, qual seja, retirar seu nome do cadastro de inadimplentes.

6. Assim, verificando-se que o *decisum* objeto do presente *mandamus* afrontou sentença anterior já com trânsito em julgado e, por conseguinte, o art. 468 do CPC: 'A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.'

7. Muito embora a decisão objeto do mandado de segurança tenha natureza jurisdicional e ainda que assente na jurisprudência o entendimento de que não

se presta, a ação mandamental, a ser sucedâneo de recurso próprio, segundo inteligência do art. 5º, *caput* e inciso II, da Lei n. 1.533/1951 e da Súmula n. 267-STF, *in casu*, o *decisum* combatido ostenta evidente ilegalidade e manifesta teratologia, inserindo-se, portanto, na excepcionalidade permissora da utilização do *writ*.

8. Tendo o Tribunal *a quo* proferido acórdão cujas razões estão dissociadas do objeto da impetração e atendo-se ao fato de que esta Corte Superior, como instância de superposição, detém jurisdição nacional sobre a Justiças Estadual e Federal e, ainda, considerando estar a causa madura, por prescindir de dilação probatória, cabível, *in casu*, o disposto no artigo 515, § 3º, do CPC.

9. A possibilidade de ser o julgamento do presente feito realizado diretamente por este Tribunal Superior encontra supedâneo na necessidade de dar-se efetividade ao princípio da celeridade processual, garantia fundamental inserida no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, via Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

10. Recurso ordinário provido. Segurança concedida para revogar a decisão do Juízo Estadual, que determinou a exclusão do nome de Lélia Maria de Souza do cadastro de inadimplência em franca violação ao instituto da coisa julgada.

(RMS n. 25.018-MG, Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 28.10.2008.)

Assim, pode esta Corte julgar a questão de fundo.

Da Questão de Fundo

O julgador deve pautar-se pela objetividade, delimitando sempre a questão controvertida que lhe foi apresentada.

Aqui, a celeuma toca a constitucionalidade da Lei n. 8.935/1994, a sua aplicabilidade à impetrante e as hipóteses de extinção da delegação, buscando saber se a aposentação voluntária extingue ou não a delegação.

Norberto Bobbio, no seu livro *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995*, afirma que as lei tem a presunção de constitucionalidade, ou seja, devem ser observadas e cumpridas até uma superveniente declaração pelos órgãos competentes de inconstitucionalidade.

Alega a recorrente que existe "inconstitucionalidade de forma porque ao trazer casos de extinção de cargo do judiciário (aposentadoria voluntária) extrapolou matéria que somente pode ser legisferada pelo próprio Judiciário por força da alínea **b** do inciso I do artigo 96 da Constituição brasileira".

Confunde a recorrente, de maneira até lúdica, extinção de delegação com extinção de cargo ou ofício do Poder Judiciário. Não se trata aqui de extinção de

cargo ou ofício, tanto que o Presidente do Tribunal de Justiça (fl. 159) declarou sua vacância. Afastada, portanto, a alegação de inconstitucionalidade formal.

A deficiência de fundamentação da inconstitucionalidade material é tão grande que impede a exata compreensão da controvérsia apontada, portanto, não conheço da alegação.

Alega a recorrente que adquiriu vitaliciedade com base no artigo 117 da Constituição Federal/1967, e que a Lei n. 8.935/1994 não é aplicável à sua relação com o Estado.

Algumas considerações sobre a doutrina constitucional devem ser feitas.

O Poder Constituinte Originário caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. É *inicial*, visto que a sua obra - a Constituição - é a base da ordem jurídica. *É* ***ilimitado e autônomo****, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.* O Poder Constituinte também é *incondicionad*o, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

O novo ordenamento jurídico implantado pela Constituição Federal/1988 prevê a responsabilização dos delegatários pelos atos praticados, pois não há, no regime republicano, títulos, qualidades ou cargos públicos isentos de responsabilidade administrativa, civil e penal. Além disso, a delegação foi extinta em face de ato voluntário da própria titular, qual seja, a aposentadoria voluntária.

Assim, tanto a perda quanto a extinção da delegação serão sempre possíveis.

Ora, se a Lei n. 8.935/1994 não se aplica à impetrante, qual seria aplicável?

Ainda que não existisse antes da promulgação da Constituição Federal/1988 ou da vigência da lei em questão qualquer dispositivo relativo à extinção de delegação, a impetrante não tem direito adquirido perante estatuto, na forma dos seguintes precedentes:

> *Recurso.* Extraordinário. Provimento. Servidor público. Militar. Vencimentos. Adicional de inatividade. Supressão. Possibilidade. Não há direito adquirido do servidor público estatutário à inalterabilidade do regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em conseqüência, não provoque decesso de caráter pecuniário.

(AI n. 609.997 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 10.02.2009, DJe-048 divulg 12.03.2009 public 13.03.2009 Ement vol.02.352-12 p. 02.320.)

Servidores do CNPq: Gratificação Especial: inexistência de direito adquirido. Ao julgar o MS n. 22.094, Pleno, 02.02.2005, Ellen Gracie, DJ 25.02.2005, o Supremo Tribunal decidiu que os servidores do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, quando convertidos de celetistas em estatutários, não fazem jus à incorporação da Gratificação Especial, dada a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

(RE n. 425.579 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 15.05.2007, DJe-032 divulg 06.06.2007 public 08.06.2007 DJ 08.06.2007 p. 00035 Ement vol. 02279-05 p. 00865.)

O capítulo VIII da Lei n. 8.935/1994 trata da extinção da delegação, veiculando um conjunto de normas aplicável à recorrente, eis o texto:

Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I - morte;

II - aposentadoria facultativa;

III - invalidez;

IV - renúncia;

V - perda, nos termos do art. 35.

VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei n. 9.534, de 10 de dezembro de 1997. (Inciso incluído pela Lei n. 9.812, de 10.08.1999)

§ 1º Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal.

§ 2º Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso.

A recorrente alega que é vitalícia, e que tal norma revoga a sua qualidade.

Ora, ainda que a sua vitaliciedade tivesse sido expressamente preservada pela Constituição Federal/1988, a lei pode tratar de condutas que ensejam a perda de função vitalícia, a exemplo do que ocorre com as Lei Orgânicas do Ministério Público e da Magistratura.

Delegação não é título de nobreza nem título acadêmico, devendo existir não em função da pessoa que a exerce mas em função do interesse público primário.

Logo, o capítulo acima se aplica à delegação da impetrante, bem como todos os outros artigos da lei em tela.

Não há controvérsia sobre o fato da impetrante ter se aposentado voluntariamente perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, aos 05.10.2000; portanto, não há também controvérsia acerca da configuração da hipótese descrita no inciso II do artigo 39 da Lei n. 8.935/1994.

A recorrente aposentou-se volutariamente, fato que extinguiu a sua delegação.

A incidência da norma ao presente caso concreto é clara e dispensa mais indagações e argumentações, bastando a transparência da interpretação literal.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso ordinário em mandado de segurança.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 811.712-SP (2006/0013243-8)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Município de Ubarana
Advogado: Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e outro(s)
Recorrido: Município de Promissão e outro
Advogado: Dario Simões Lázaro e outro

EMENTA

Tributário. ICMS. Repartição de receitas aos municípios. Valor Adicionado Fiscal. Fato gerador da exação. Critério da territorialidade. Local da saída da mercadoria. Fonte produtora de energia elétrica. Usina.

1. O Município de Ubarana propôs ação ordinária contra o Estado de São Paulo com o objetivo de obter participação na receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela Usina de

Promissão, proporcionalmente ao valor adicionado em seu território e o total arrecadado. Todavia, o pedido foi julgado improcedente nas instâncias, assim decidindo o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "Se a energia elétrica, embora produzida em um município, tem a sua venda e saída realizada em outro, onde está a administração da usina hidrelétrica, somente este último tem direito ao ICMS, em razão do ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto"

2. A análise de ofensa ao disposto no artigo 334, do Código de Processo Civil, esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ. Com efeito, a análise da pretensão da Municipalidade esbarra no impedimento da Súmula n. 7-STJ, pois não há como infirmar, sem revolver o conjunto probatório dos autos, a premissa consignada pelo Tribunal Paulista no sentido de ser incontroverso o fato de que a venda da energia gerada pelo recorrente ocorreria no Município de Promissão.

3. A ausência de prequestionamento do disposto no artigo 23, do Convênio n. 66/1988, impede o exame do apelo no ponto. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

4. Em face do prequestionamento, ainda que implícito, dos demais dispositivos apontados por ofendidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990; artigos 2º, inciso VI e 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, ambos do Convênio n. 66/1988 –, bem como da comprovação da divergência, o recurso deve ser conhecido.

5. Discute-se, na hipótese, o direito do Município de Ubarana-SP receber percentual de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, em decorrência da energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Promissão – localizada no território do município recorrente, não obstante sua denominação. Isto porque o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que o fato gerador da exação se dá com a venda da energia, que, no caso, ocorre na sede administrativa da usina hidrelétrica, localizada no Município de Promissão (fl. 300).

6. A Constituição da República assegura aos Municípios 25% do ICMS arrecadado pelo Estado, consoante o disposto em seu artigo 158, inciso IV: "Pertencem aos Municípios: (...) IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação".

7. Do percentual de ICMS reservado aos Municípios, três quartos (3/4), no mínimo, devem ser creditados "na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios" e até um quarto (1/4) "de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal", respectivamente, nos termos dos incisos I e II do parágrafo único do art. 158 da CRFB/1988.

8. Conforme dicção do art. 161, inciso I, da CF, cabe à Lei Complementar Federal, no caso a de n. 63/1990, definir o valor adicionado fiscal – VAF – para os fins previstos no art. 158, parágrafo único, inciso I, da CRFB/1988.

9. O artigo 3º, § 1º, inciso I, da LC n. 63/1990 estabelece que o VAF corresponde à diferença entre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços de transporte e de comunicação e o valor das entradas de mercadorias, em cada ano civil, prestados no território de cada município dos estados da Federação.

10. Já nas hipóteses de tributação simplificada – microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da CRFB –, bem assim nas situações em que se dispensem os controles de entrada, considera-se, para cálculo do VAF, o valor de 32 % da receita bruta desses estabelecimentos, segundo a dicção do inciso II do art. 3º da LC n. 63/1990, conferida pela LC n. 123/2006.

11. O § 2º do art. 3º da LC n. 63/1990 estipula que, para efeito de cálculo do VAF, serão levadas em consideração todas as operações que, em tese, constituiriam fato gerador do ICMS, ainda que não tributadas por força de imunidade ou isenção, apurando-se a riqueza em cada uma delas (art. 3º, § 2º, inciso I e II, da LC n. 63/1990).

12. Consoante os critérios legais, para fins de cálculo do VAF, em se tratando de energia elétrica, torna-se imprescindível saber em que local ocorre a "saída" da mercadoria – critério da territorialidade, que nada mais é do que o elemento espacial da obrigação tributária.

13. *In casu*, torna-se imperioso saber onde ocorre a saída da mercadoria: se na usina geradora da energia, onde é produzida, consoante alega o recorrente, ou na sede administrativa da Usina que a comercializa, conforme consignado no aresto impugnado.

14. A orientação do Tribunal Paulista vai de encontro ao que prevê o inciso VI do art. 2º do Convênio n. 66/1988, o qual estabelece que a materialização da hipótese de incidência do ICMS se dá na saída da mercadoria do estabelecimento gerador "para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas". No ponto, cabe ressaltar que o Convênio n. 66/1988 foi firmado como sucedâneo da lei complementar anunciada no § 8º do art. 34 do ADCT, e assim vigeu até a edição da LC n. 87/1996, a denominada "Lei Kandir".

15. Corrobora o raciocínio o disposto no inciso I alínea **b** do artigo 27 do Convênio n. 66/1988, que considera o local da operação, com relação à mercadoria, "o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção, extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas".

16. O fato gerador do ICMS se aperfeiçoa somente com a circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída no lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador. Neste local é que se promove a adição de valor que servirá de referência para apuração da parcela conferida aos municípios. No caso dos autos, esse equipamento, segundo aferido pelo acórdão recorrido, encontra-se no Município ora recorrente (Usina Hidrelétrica de Promissão, localizada no Município de Ubarana – fl. 300).

17. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 12.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Município de Ubarana propôs ação ordinária contra o Estado de São Paulo com o objetivo de obter participação na receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela Usina de Promissão proporcionalmente ao valor adicionado em seu território e o total arrecadado. O pedido na exordial foi realizado nos termos a seguir:

> Em face do exposto, requer o autor seja decretada a procedência da ação para declarar a existência de relação jurídica que obriga a Fazenda do Estado a levar em conta a receita do ICMS proveniente da geração de energia produzida pela Usina de Promissão nos últimos dois anos, para a fixação do índice de participação do Município autor, com a consequente condenação da ré a retificar o índice publicado em 30 de junho de 1994, de forma a possibilitar o autor, a partir de janeiro/1995 a percepção de sua participação em consonância com os dispositivos constitucionais e legais acima referidos. (fl. 10).

A contestação foi declarada intempestiva, determinando-se a citação do Município de Promissão como litisconsorte passivo necessário (fl. 51).

A sentença julgou o pedido improcedente ao entendimento de que a venda de energia elétrica é fator mais relevante do que a localização das instalações produtoras para a atribuição do valor adicionado (fls. 118-122).

Apelou o Município de Ubarana, tendo o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negado provimento ao recurso, resumindo os seus fundamentos no acórdão assim ementado:

> ICMS. Energia elétrica. *Município que mantém em seu território a geração da energia elétrica.* Pretensão a participação na partilha do ICMS. Inadmissibilidade. *Administração, saída e venda da energia elétrica em outro Município.* Fato gerador configurado em território deste último. Sentença de improcedência mantida. Reexame e recurso desprovidos. Se a energia elétrica, embora produzida em um município, tem a sua venda e saída realizada em outro, onde está a administração da usina hidrelétrica, somente este último tem direito ao ICMS, em razão do *ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto* (fl. 158 – sem destaques no original).

Os embargos de declaração opostos na sequência foram rejeitados.

O recurso extraordinário e o especial interpostos pelo ora recorrente não foram admitidos na origem, o que deu ensejo ao Agravo de Instrumento aviado nesta Corte (AG n. 365.016-SP). Nesses autos, ao julgar agravo regimental interposto pelo Município de Ubarana, em acórdão por mim relatado, a Turma deu provimento ao recurso especial, acolhendo a alegação de nulidade do aresto recorrido.

Remetidos os autos à origem, o eg. Tribunal Paulista rejeitou os aclaratórios em aresto que foi sintetizado nos seguintes termos:

> *Embargos de declaração*. Alegação de omissão e contradição Inadmissibilidade. Na realidade busca o Município-autor que se proceda, no presente recurso, uma reinterpretação da lei e uma reaplicação desta a uma situação concreta, o que é inadmissível em se tratando de embargos de declaração, de estreitíssimos limites. Embargos rejeitados (fl. 293).

Contra este julgado, o Município de Ubarana interpõe novo recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105, III, da Constituição da República.

No apelo, o Município de Ubarana aduz, como prejudicial, violação ao artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil. Alega que não houve o reconhecimento de fato incontroverso alegado pelas partes.

Afirma, ainda, não ter havido "[e]m momento algum, o reconhecimento pelas partes litigantes, de que a *venda de energia gerada no Município Embargante* ocorreria no Município de Promissão. Da mesma forma, *não há, nos autos qualquer prova que autorize a conclusão de que é no Município de Promissão, – onde se localizam, apenas, a administração da Usina e o setor de piscicultura* –, que ocorre a venda de energia elétrica" (fl. 326 – sem destaques no original).

No mérito, o recorrente aponta contrariedade aos artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990; artigos 2º, 23 e 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, do Convênio n. 66/1988.

Sustenta ter direito "a que seja considerado, pelo Estado de São Paulo, *na fixação do índice de participação de seu Município na partilha de receitas tributárias* prevista na Constituição Federal, *os valores de ICMS provenientes da geração e distribuição de energia elétrica produzida na Usina de Promissão*" (fl. 325).

Assevera que os valores arrecadados a título de ICMS sobre energia devem ser repassados ao Município de Ubarana *"onde a energia elétrica é efetivamente gerada e distribuída"* (fl. 325 – destaques originais).

Salienta que na Usina de Promissão há apenas a administração e a piscicultura, atividades que "*não agregam valor à operação de circulação de mercadorias*" (fl. 329 – destaques originais). E continua:

> No caso em tela, a *geração* da energia elétrica ocorre no Município de Ubarana – conforme reconhecido no acórdão de fls. - *onde se localizam as unidades geradoras, o canal da eclusa e o sistema vertedouro da Usina de Promissão.* Por outro lado, no município recorrente ocorre, ainda, a prestação do serviço, ou seja, a *distribuição de energia elétrica,* através de fios condutores que partem da fonte geradora até os consumidores.
>
> *Disso decorre que é o Município de Ubarana que adiciona valor às operações com energia elétrica que são fatos geradores do ICMS, uma vez que é responsável pela geração da energia e distribuição aos consumidores finais.*
>
> Diversamente, as atividades realizadas no Município de Promissão, quais sejam, a administração e a piscicultura da Usina de Promissão, não agregam valor à operação de circulação de mercadorias e, portanto, não justificam o direito à parcela da arrecadação tributária, nos termos do art. 3, § 1º, da LC n. 63/1990. (fl. 329).

Suscita, por fim, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte e do Pretório Excelso, defendendo o seguinte:

> Assim como o fato gerador do ICMS *não ocorre nos Municípios que tiveram suas terras alagadas* para formação da represa, *também não há* a ocorrência do *fato gerador no Município* em que *situado o escritório administrativo* da Usina, mas sim, no Município em que situada a própria Usina (fl. 338 – sem destaques no original).

Simultaneamente foi interposto recurso extraordinário (fls. 307-322).

O Município de Promissão apresentou contra-razões, afirmando que "a questão da localização dos reservatórios de água, das barragens e suas comportas, da subestação elevatória, dos condutos forçados e demais instalações destinadas a gerar energia elétrica, nenhuma importância jurídica tem em relação ao ICMS" (fl. 485). Por fim, aduz que a venda de energia elétrica no seu território (sede administrativa) é suficiente para a configuração do fato gerador.

A Fazenda do Estado de São Paulo respondeu ao apelo, alegando, os seguintes aspectos:

a) que o Município de Ubarana tenta "modificar a natureza e os limites do pedido e da causa de pedir e, pior, dedica-se a distorcer o sentido e alcance do Acórdão recorrido" (fl. 512). Para tanto, afirma o seguinte: "Ora, o pleito exordial tencionou elevar a geração de energia elétrica à condição de fato gerador, como tal apto a influir na apuração do valor adicionado da Municipalidade onde verificada tal geração. É absurdo, portanto, que, agora a Autora queira alterar seu pedido, tecendo argumentação ***como se*** tivesse alegado que a saída se dá em seu território e ***como se*** a saída ali se verificasse, manobra para a qual concorre a dúbia utilização do impreciso termo 'distribuição' ao longo do arrazoado recursal" (fl. 514);

b) a assertiva de contrariedade ao artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil enseja o 'reexame do conjunto fático-probatório' (fl. 515);

c) ausência de prequestionamento das teses levantadas pelo recorrente, principalmente em relação ao artigo 334, inciso III, do CPC (fls. 516-517);

d) ser no Município de Promissão "onde se aperfeiçoa a comercialização da mercadoria, aspecto relevante para a apuração do valor adicionado" (fl. 518), ou seja, o "critério relevante é o local do estabelecimento, não o lugar físico onde supostamente se dariam as atividades" (fl. 520).

O recurso especial não foi admitido, consoante decisão às fls. 528-529. Na oportunidade, o Exmo. Senhor Desembargador 4º Vice Presidente em exercício do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consignou: (i) que os argumentos expendidos não eram suficientes para "infirmar as conclusões do v. aresto combatido"; (ii) ausência de maltrato às normas legais apontadas; (iii) impedimento da Súmula n. 7-STJ; (iv) ser impossível a análise de ofensa ao Convênio n. 66/1988, eis que não se cuida de tratado ou lei federal; (v) ausência de comprovação do dissídio pretoriano. Na mesma linha, foi inadmitido o apelo extraordinário (fls. 530-531), tendo sido interposto o recurso previsto no artigo 544, do CPC (fl. 533).

Em virtude do provimento conferido ao Agravo de Instrumento n. 710.148-SP (fl. 539), os autos vieram a esta Corte.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, ofertou parecer assim sintetizado:

> Recurso especial. Tributário. Repartição de receita de ICMS sobre energia elétrica. Fato gerador do tributo. Falta dos requisitos para admissibilidade do apelo.

> I. Não se conhece do recurso especial em razão da ausência de prequestionamento do dispositivo tido por violado e da falta de demonstração da divergência entre os julgados.
>
> II. Além disso, o recorrente aduziu violação a dispositivos do Convênio n. 66/1988, todavia esse ato normativo não se enquadra no conceito de 'lei federal' previsto no artigo 105, III, da CF/1988.
>
> III. No mérito, verifica-se que o fato gerador apto a ensejar maior participação municipal na partilha do ICMS ocorre em Município diverso do Município recorrente, fato este que não autoriza a reforma do acórdão recorrido.
>
> IV. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo seu não provimento (fl. 560).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Como já registrado no relatório, aqui se discute pleito do recorrente, Município de Ubarana, com o objetivo de participar da receita do ICMS decorrente da geração de energia produzida pela "Usina de Promissão", situada em seu território, malgrado a denominação evoque o município vizinho, proporcionalmente ao valor adicionado em seu território em relação ao total arrecadado.

Em suma, o acórdão recorrido decidiu que apenas o município de Promissão, onde está a administração da usina hidrelétrica, faz jus ao ICMS, em razão do ato de mercancia constituir-se no fato gerador do imposto.

Passo ao exame dos diversos fundamentos expostos nas razões do recurso especial.

Em face da prejudicialidade, inicio pela alegação de ofensa ao artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil.

Alega-se não existir fato incontroverso que pudesse ser reconhecido pelo acórdão recorrido, nestes termos:

> Em verdade, não houve, em momento algum, o reconhecimento, pelas partes litigantes, *de que a venda de energia* gerada no Município Embargante *ocorreria no Município de Promissão.* Da mesma forma, *não há, nos autos qualquer prova que autorize a conclusão de que é no Município de Promissão,* – onde de localizam, apenas, a administração da Usina e o setor de piscicultura –, que *ocorre a venda de energia elétrica* (fl. 326).

Em outras palavras, o recorrente afirma ser controverso o aspecto fático de que a venda da energia gerada pelo recorrente ocorreria no Município de Promissão.

Entretanto, a análise da pretensão da Municipalidade esbarra no impedimento da Súmula n. 7-STJ, pois não há como infirmar, sem revolver o conjunto probatório dos autos, a premissa consignada pelo Tribunal Paulista em sentido contrário. Para ilustrar, destaco excertos do aresto proferido por ocasião dos aclaratórios:

> Conforme se vê da prova dos autos, o Município autor, ora embargante, em momento algum afirmou que, em seu território opera-se a venda de energia elétrica gerada na Usina Promissão. Também não negou que tal venda tem lugar no Município de Promissão.
>
> *Tanto é verdade que sustentou desde o principio que, na hipótese sob exame, o fato gerador do ICMS resta caracterizado com a geração de energia elétrica e sua distribuição.* Não diz, mas subentende-se que considera irrelevante, para tal fim, a venda da energia elétrica produzida.
>
> Se provasse (eis isso nem mesmo alegou) que além da produção e distribuição fosse a energia elétrica comercializada em seu território, desnecessária seria qualquer discussão a respeito do direito que ora reclama.
>
> *Bem por isso que o acórdão impugnado considerou tal fato incontroverso* (fls. 301-302).

Assim, não há como conhecer do apelo nesse ponto.

Também não ultrapassa a barreira do conhecimento a assertiva de ofensa ao artigo 23, do Convênio n. 66/1988, em face da ausência de prequestionamento. O dispositivo possui a seguinte dicção:

> Art. 23 A lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo;

Em momento algum o aresto impugnado tratou da matéria à luz dessa norma legal.

Por outro lado, em face do prequestionamento, ainda que implícito, dos demais dispositivos apontados por ofendidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990; artigos 2º, inciso VI e 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, ambos do Convênio n. 66/1988 –, bem como da comprovação da divergência, conheço do recurso.

De início, há de serem afastadas as alegações dos recorridos, bem assim do ilustre presentante do Ministério Público Federal, no sentido de que o Convênio n. 66/1988 não se equipararia à lei federal para fins de interposição do presente recurso.

A equiparação é admissível, pois o Convênio n. 66/1988 atuou como sucedâneo da Lei Complementar prevista no art. 34, § 8.º, do ADCT, de seguinte teor:

> Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, e pelas posteriores.
>
> (...)
>
> § 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, **b**, *os Estados e o Distrito Federal*, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.

O art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT prevê a celebração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal para regular, temporariamente, a matéria relativa ao ICMS, enquanto não promulgada a norma complementar exigida no art. 155 da Carta Federal.

O Convênio n. 66/1988 foi firmado como sucedâneo da lei complementar anunciada no dispositivo constitucional em exame, e assim vigeu até a edição da LC n. 87/1996, a denominada "Lei Kandir". Nesse toar, relaciono alguns dos inúmeros precedentes deste Tribunal: AgRg nos EREsp n. 505.198-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 06.04.2009; REsp n. 712.004-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 23.05.2006; RMS n. 20.720-ES, Rel. Min. Teori Albino Zavacki, DJU de 1º.03.2007; REsp n. 735.832-RJ, decisão monocrática do Ministro Franciulli Netto, DJU de 23.08.2005.

Por fim, cabe ressaltar não ser invocável o precedente indicado no parecer do Ministério Público Federal, o REsp n. 790.530-RS, da Relatoria do Ministro Teori Zavascki, pois nesse julgado, esta Corte decidiu não ser cabível a análise de ofensa a Convênio firmado entre "o Poder Executivo municipal e o Poder Judiciário", situação diversa da presente.

Superado esse óbice, passo a examinar o mérito da lide.

Como já referido, o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à pretensão do recorrente, ao entendimento de que o fato gerador da exação se dá com a venda da energia, que, no caso, ocorre na sede administrativa da usina hidrelétrica, localizada no Município de Promissão (fl. 300), consoante se pode conferir nos seguintes excertos do voto condutor do acórdão proferido pela Corte Paulista ao reapreciar os aclaratórios:

> Quando da interposição dos embargos de declaração relata o Município embargante que 'busca, neste feito, a condenação do Estado de São Paulo a considerar, na fixação do índice de participação de seu Município na partilha de receitas previstas na Constituição Federal, os valores de ICMS provenientes da geração e distribuição de energia produzida pela Usina de Promissão'. (fls. 167).
>
> Aponta, a seguir, o fundamento contido no acórdão embargado que levou a improcedência da ação, qual seja, 'de que a produção de energia elétrica não cria a possibilidade de incidência do imposto e, assim, não pode a demandante, ora apelante, pretender beneficiar-se de eventual arrecadação que ocorre somente com a venda de energia elétrica, a qual ocorre também incontroverso - no Município de Promissão, onde está localizada toda a parte administrativa da intitulada 'Usina de Promissão' (fls. 167).
>
> Entendeu, por isso, que 'o v. acórdão embargado incorreu em omissão, ao deixar de apontar quais os fundamentos que o levaram a configurar como incontroverso o fato de que a venda de energia acontece no Município de Promissão'. (fls. 168).
>
> Argumenta que 'não houve, em momento algum, o reconhecimento, pelas partes litigantes, de que a venda da energia gerada no Município embargante ocorreria no Município de Promissão. Da mesma forma, não há, nos autos qualquer prova que autorize a conclusão de que é no Município de Promissão, - onde se localiza apenas a administração da Usina e o setor de piscicultura - que ocorre a venda de energia elétrica' (fls. 168).
>
> Afirma que '... vem sustentando desde a petição inicial e demonstrou pelos documentos anexados aos autos, e que toda a *geração* e *distribuição* de energia elétrica ocorrem, integralmente, em seu Município, eis que as unidades geradoras, o canal da eclusa e o sistema de vertedouro da Usina estão instalados dentro de seu território' (fls. 168).
>
> Conclui 'que o local do fato gerador, no caso dos autos, não é sujeito a considerações de espécie alguma, eis que a própria lei estadual, reproduzindo o Convenio n. 66/1988,o identifica como o do estabelecimento em que se dá a geração da energia (art. 23) de forma que considerar outro local seria violar a própria legalidade' (fls. 169).
>
> Após tal exposição, formulou três requerimentos, todos eles na direção do provimento dos embargos.

Suprimento da omissão - A omissão consistira na análise do fato de que a energia elétrica produzida pelo Usina de Promissão e *gerada e distribuída* no Município de Ubarana, fato esse que considera admitido pelas partes e comprovado nos autos.

Saneamento de contradição - A contradição consistira no reconhecimento, pelo acórdão embargado, de que a energia da Usina de Promissão é gerada no Município de Ubarana, mas que a venda de energia só ocorre no Município de Promissão, quando o local do fato gerador, nos termos da lei, e do Convênio n. 66/1988, e o estabelecimento gerador de energia.

Efeito modificativo. Entende que suprida a omissão e sanada a contradição, seja conferido efeito modificativo ao recurso. Os embargos foram rejeitados por acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

> Embargos de declaração
>
> Necessidade de preenchimento dos requisitos legais atinentes a esse recurso - Embargos rejeitados - Mesmo nos embargos de declaração com o fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa. (fls. 177).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça deu provimento a Recurso Especial interposto pela Municipalidade de Ubarana para que os autos retomassem a este Tribunal a fim de que respondesse a questão federal suscitada (fls. 445 do primeiro apenso), estando a respectiva ementa assim redigida:

> Processual Civil. Agravo regimental embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Omissão
>
> 1 - Esta Corte já pacificou entendimento que manejado os aclaratórios, nos termos do art. 535 do CPC, não deve faltar respostas do Tribunal *a quo* as questões fundamentais ao deslinde do feito.
>
> 2 - Agravo conhecido. Recurso Especial provido (fls. 447 do primeiro apenso).

Passo, agora, a examinar as questões suscitadas pela Municipalidade embargante.

Reconheceu o acórdão embargado 'ser incontroverso, nos autos, estarem as unidades geradoras localizadas dentro do território de Ubarana, SP' (fls. 159).

De fato, as partes admitem e o acórdão reconhece que as unidades geradoras da Usina Promissão estão localizadas no Município de Ubarana, sendo que a energia elétrica ali produzida, evidentemente, é distribuída a partir da mencionada usina.

Quanto a tal tema, inocorre a alegada omissão.

A suposta contradição não restou, também, caracterizada.

Tanto a sentença como o acórdão impugnados reconheceram que, a geração de energia elétrica na Usina Promissão em Ubarana, e sua distribuição a partir do referido Município não geram a incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Restou assentado no acórdão embargado que 'a produção de energia elétrica *não cria a possibilidade de incidência do imposto e, assim, não pode a demandante, ora apelante, beneficiar-se de eventual arrecadação que ocorre somente com a venda da energia elétrica, a qual ocorre também incontroverso - no Município de Promissão, onde está localizada toda a parte administrativa da intitulada 'Usina de Promissão' (fls. 159 e 160).*

Conforme se vê da prova dos autos, o Município autor, ora embargante, em momento algum afirmou que, em seu território opera-se a venda de energia elétrica gerada na Usina Promissão. Também não negou que tal venda tem lugar no Município de Promissão.

Tanto é verdade que sustentou desde o principio que, na hipótese sob exame, o fato gerador do ICMS resta caracterizado com a geração de energia elétrica e sua distribuição. Não diz, mas subentende-se que considera irrelevante, para tal fim, a venda da energia elétrica produzida.

Se provasse (eis isso nem mesmo alegou) que além da produção e distribuição fosse a energia elétrica comercializada em seu território, desnecessária seria qualquer discussão a respeito do direito que ora reclama.

Bem por isso que o acórdão impugnado considerou tal fato incontroverso.

Inexiste qualquer contradição entre ambas às afirmações contidas no acórdão sob exame, *pois geração, distribuição e venda de energia elétrica se constituem em três operações distintas.* De forma que cada uma delas pode ser levada a efeito em um local diferente.

Na realidade busca o Município autor que se proceda, nos presentes embargos declaração uma reinterpretação da lei e uma reaplicação desta a uma situação concreta, o que é inadmissível em se tratando de embargos de declaração, de estreitíssimos limites.

Por mais que se amplie o alcance do disposto no artigo 535 do Código de Processo Civil não se chegará ao que aqui pretende o Município embargante, ou seja, obter nova interpretação da lei para, por meio desta, conseguir a modificação do acórdão atacado.

Alega a Municipalidade embargante haver o acórdão guerreado contrariado o disposto no artigo 334, III, do Código de Processo Civil.

Tal acusação não é, todavia, de ser aceita.

> *O acórdão admitiu como incontroverso o fato da energia elétrica ser vendida em Promissão e não em Ubarana por haver o Município autor sustentado em todo o processamento deste feito que, em seu território era apenas gerada e distribuída a energia elétrica. Nem mesmo alegou, repita-se, que tal comercialização ocorrera em seu território.*
>
> *Como a respeito de tal fato, não se estabeleceu nenhuma controvérsia, é óbvio que tinha o acórdão de reconhecê-lo como incontroverso.*
>
> Inaplicável a hipótese dos autos o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal ('sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios' ... 'exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça').
>
> O acórdão não violou o disposto no inciso IV e no parágrafo único, ambos do artigo 158 da Constituição Federal, pois tais regras não identificam o fato gerador do ICMS, mas a forma de partilha de tal tributo entre Estados e Municípios.
>
> E, por último, o disposto no artigo 160 da Constituição Federal nenhuma relação tem, mesmo remotamente, com o tema em debate (' É vedada a retenção ou qualquer restrição a entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos').
>
> O mais, cinge-se a interpretação de lei estadual.
>
> É de consignar-se por último que no acórdão teve-se a cautela de mencionar os dispositivos constitucionais indicados pelo Município autor como violados para fins de eventual prequestionamento (fls. 164).
>
> Isto posto, rejeitam-se os embargos de declaração (fls. 296-304).

Em síntese, a solução da controvérsia consiste em definir o local em que ocorre o fato gerador do ICMS, para efeito de repartição de receita: se na usina de energia, onde se encontra o gerador – localizada no Município de Ubarana, ou na sua sede administrativa, que a comercializa – situada no Município de Promissão.

Nos termos em que ora está posta, pelo que pude apurar, a matéria é nova na jurisprudência deste Tribunal.

Não se confunde com o tema pacificado nos julgados do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, nos quais litigavam, de um lado, os municípios onde se dava a produção da energia e, de outro, os municípios alagados – em decorrência da construção de barragens para a edificação de usinas hidrelétricas – com o fim de saber a quem pertencia o direito à repartição de receitas provenientes do ICMS, a exemplo do que ficou decidido nos seguintes precedentes: RE n.

253.906-MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 18.02.2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; *RE n. 94.613-SP,* Rel. Min. Oscar Corrêa, DJU de 24.05.1985; *REsp n. 425.426-MG*, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 24.03.2003; REsp n. 331.876-MG, Rel. Min. José Delgado, DJU de 22.10.2001; *AgRg nos EDcl no REsp n. 747.772-PR,* Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 04.05.2006; *REsp n. 38.344-PR,* Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 31.10.1994; *RMS n. 5.823-MG,* Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 04.09.1995; *REsp n. 401.998-MG,* Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 24.03.2003.

No caso dos precedentes ora citados, não houve questionamento quanto à peculiaridade discutida no presente recurso, em que o *local da produção* da energia elétrica *é distinto* da *sede administrativa* da Usina, onde foi realizada sua venda, para efeito de definição do local da ocorrência do fato gerador da exação.

Também não há que se confundir a hipótese dos autos com o precedente analisado pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI n. 1.423-SP na data de 16.05.2007, em que foi contestada a Lei n. 9.332/1995 do Estado de São Paulo – a qual dispõe sobre a parcela pertencente aos Municípios do produto proveniente da arrecadação do ICMS – por suposta inconstitucionalidade formal em decorrência de violação à reserva de lei complementar federal, aresto que recebeu a seguinte ementa:

> Constitucional. Financeiro. Partilha do produto arrecadado com a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Fundo de Participação dos Municípios. Operações de geração de energia elétrica. Usina. Norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado (Lei n. 9.332/1995, do Estado de São Paulo). Violação dos arts. 158, IV, e parágrafo único, I e 161, I, da Constituição de 1988.
>
> *Viola a reserva de lei complementar federal,* prevista no art. 161, I, da Constituição, *norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS,* nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente (sem destaques no original).

Para ilustrar, transcrevo excertos do voto condutor do *decisum* da relatoria do Exmo. Senhor Ministro Joaquim Barbosa:

> É o relatório. Distribuam-se, oportunamente, cópias aos senhores ministros.
>
> *Assim, conquanto os estados federados tenham competência para legislar concorrentemente sobre matéria financeira (art. 24, I), a legislação local destinada a dar concreção à partilha da receita arrecadada nos termos do art. 158, IV, parágrafo*

único, I, da Constituição não deverá dispor sobre a conceituação e definição legal da expressão 'valor adicionado'.

Contrariamente ao disposto no art. 161, I, da Constituição, a Lei Estadual n. 9.332/1995 opta por metodologia e critérios próprios para a repartição das receitas previstas no art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Constituição. Tais critérios manifestam-se na fórmula que determina o cálculo do valor adicionado na operação de geração e distribuição de energia elétrica com base em frações diferenciadas, relativas à proporção de extensão territorial em que se encontram dois tipos de instalações de uma mesma usina hidrelétrica, quais sejam: o reservatório de água e as demais instalações.

Transcrevo alguns precedentes do Pleno sobre a matéria:

> Recurso extraordinário. Tributário e Financeiro. Repartição do ICMS. Art. 158, IV e 161, I, da CF/1988. Reserva de lei complementar. Usina hidrelétrica. Reservatório. Áreas alagadas.
>
> 1. Hidrelétrica cujo reservatório de água se estende por diversos municípios. Ato do Secretário de Fazenda que dividiu a receita do ICMS devida aos municípios pelo 'valor adicionado' apurado de modo proporcional às áreas comprometidas dos municípios alagados.
>
> 2. Inconstitucionalidade formal do ato normativo estadual que disciplina o 'valor adicionado. *Matéria reservada à lei complementar federal. Precedentes.*
>
> 3. Estender a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água representa a modificação dos critérios de repartição de receitas previstos no art. 158 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Precedentes.
>
> 4. Na forma do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, a reparação dos prejuízos decorrentes do alagamento de áreas para a construção de hidrelétricas deve ser feita mediante a participação ou compensação financeira.
>
> Recurso extraordinário conhecido e improvido (RE n. 253.906, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.02.2005).

> Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar deferida *ad referendum*. Impugnação dirigida contra os §§ 1º, 2º e 3º do art. 17 da Lei Complementar n. 157, de 20 de janeiro de 2004 e em face de toda a Lei Complementar n. 158, de 29 de janeiro de 2004, ambas do Estado do Mato Grosso. Violação ao inciso I do parágrafo único do art. 158 c.c. o art. 161, inciso I, da Constituição Federal de 1988. - Reconhece-se plausibilidade da tese sustentada na inicial, uma vez que, ao disciplinar os índices de participação dos Municípios de Mato Grosso no produto da arrecadação

> do ICMS, *as leis impugnadas nesta ação direta de inconstitucionalidade laboraram no campo normativo reservado à lei complementar federal.* - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3.262, rel. Min. Carlos Brito, DJ 04.03.2005).
>
> Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminares. Lei estadual. ICMS. Parcela pertencente aos Municípios. Cálculo. Valor adicionado. Matéria reservada à lei complementar. Vício formal insanável.
>
> (...)
>
> 3. ICMS. Distribuição da parcela de arrecadação que pertence aos Municípios. Lei estadual que disciplina a forma de cálculo do valor adicionado para apuração do montante fixado no inciso I do parágrafo único do artigo 158 da Constituição Federal. Matéria expressamente reservada à lei complementar (CF, artigo 161, I*). Vício formal insanável que precede a análise de eventual ilegalidade em face da Lei Complementar Federal n. 63/1990. Violação direta e imediata ao Texto Constitucional.*
>
> 4. Cuidando-se de *defeito de forma que, pelas mesmas razões, atinge outros dispositivos não impugnados na inicial, impõe-se a aplicação da teoria da inconstitucionalidade conseqüencial.*
>
> 5. Parcela relativa a um quarto da participação dos Municípios no produto da arrecadação do ICMS (CF, artigo 158, parágrafo único, inciso II). Matéria reservada à lei estadual. Afronta formal não configurada. Inexistência de desrespeito ao princípio da isonomia. Ação procedente em parte (ADI n. 2.728, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.02.2004).
>
> Do exposto, *julgo procedente* esta ação direta, para declarar a *inconstitucionalidade da Lei n. 9.332/1995 do estado de São Paulo,* por violação do art. 161, I, da Constituição. (...).

Na referida demanda, alegou-se que *a modificação, por lei estadual, do critério de participação dos municípios paulistas* no produto da arrecadação do ICMS ofenderia o disposto nos artigos 160 e 158, inciso IV e parágrafo único, inciso I, ambos da Constituição da República.

Em outras palavras, sustentou-se que a lei paulista violou reserva de lei complementar federal em razão de ter *alargado o conceito de estabelecimento de usina hidrelétrica para abranger a usina geradora da energia e a área inundada pela formação do lago situado* em territórios de outros municípios, onde não ocorre a hipótese de incidência do ICMS.

Como se vê, na situação explanada, o Supremo Tribunal Federal tratou de situação em que o legislador estadual pretendeu estender a hipótese de

incidência do ICMS com o fim de alcançar o reservatório de água e as demais instalações da usina, para fins de cálculo do VAF.

No caso em apreço, *a controvérsia reside em saber onde ocorre o fato gerador do ICMS,* se no local onde situada a usina geradora de energia elétrica – onde está o gerador – ou na sede administrativa da mesma usina, localizada em município diverso. O Tribunal Paulista não alargou a hipótese de incidência do tributo, como se deu no precedente do STF, apenas entendeu que o fato gerador deve ocorrer no local onde se consuma a venda da energia elétrica, ou seja, na sede administrativa da usina, localizada em município diverso da fonte geradora de energia.

Malgrado os precedentes do STJ e do STF tenham analisado a questão dos municípios alagados, bem assim a questão da inconstitucionalidade formal da Lei Paulista, na verdade, acabam por corroborar o raciocínio, a seguir exposto, para concluir que o fato gerador do ICMS se aperfeiçoa com a mera circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída do lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador.

Estabelecida a diferença das hipóteses fáticas, transcrevo os dispositivos apontados por malferidos – artigos 3º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 63/1990, artigo 2º, inciso VI e artigo 27, inciso I, alínea **b**, § 3º, ambos do Convênio n. 66/1988:

> ***Lei Complementar n. 63/1990***
>
> *Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:*
>
> I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
>
> II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.
>
> ~~§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.~~
>
> *§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município: (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006).*

I – ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta. (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;

II - as operações imunes do imposto, conforme as alíneas **a** e **b** do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea **d** do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal (sem destaques no original).

Convênio n. 66/1988

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior;

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo;

III - na utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subseqüente alcançada pela incidência do imposto;

IV - na aquisição, em licitação, promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem, importados do exterior e apreendidos;

V - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

VI - na saída de mercadoria do estabelecimento extrator, produtor ou *gerador,* para qualquer outro estabelecimento, *de idêntica titularidade ou não,* localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, *destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização,* ainda que as atividades sejam integradas;

VII - no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados;

VIII - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

(...)

IX - na execução de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

X - na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior.

§ 1º Para efeito destas normas, equipara-se à saída:

I - a transmissão de propriedade de mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do transmitente;

II - o consumo ou a integração no ativo fixo de mercadoria produzida pelo próprio estabelecimento ou adquirida para industrialização ou comercialização.

§ 2º Na hipótese do inciso X, caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

§ 3º Os Estados poderão exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subseqüente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte.

§ 4º Revogado o § 4º pelo Convênio ICMS n. 108/1989, efeitos a partir de 1°.05.1990 (sem destaques no original);

Art. 27. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

b) o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção, extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas;

c) onde se encontre, quando em situação fiscal irregular, como dispuser a legislação tributária;

d) o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, o do domicílio do adquirente, quando importada do exterior, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento;

e) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria importada do exterior e apreendida;

f) o de desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos;

g) o do Estado de onde o ouro tenha sido extraído, em relação à operação em que deixe de ser considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial;

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

(...)

> III - tratando-se de prestação de serviço de comunicação:
>
> (...)
>
> IV - tratando-se de serviços prestados ou iniciados no exterior, o do estabelecimento encomendante.
>
> § 1º Estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, onde *pessoas físicas ou jurídicas exercem suas atividades* em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontram armazenadas mercadorias, ainda que o local pertença a terceiros.
>
> § 2º Na impossibilidade de determinação do estabelecimento, nos termos do parágrafo anterior, considera-se como tal, para os efeitos destas normas, o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação ou encontrada a mercadoria.
>
> *§ 3º Considera-se como estabelecimento autônomo,* em relação ao estabelecimento beneficiador, industrial, comercial ou cooperativo, *ainda que do mesmo titular, cada local de produção* agropecuária ou extrativa vegetal ou mineral, *de geração, inclusive de energia,* de captura pesqueira, *situado na mesma área ou em áreas diversas do referido estabelecimento.*
>
> § 4º Quando a mercadoria for remetida para armazém-geral ou para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a posterior saída considerar-se-á ocorrida no estabelecimento do depositante, salvo se para retornar ao estabelecimento remetente.
>
> § 5º Considera-se, também, local da operação o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria que por ele não tenha transitado e que se ache em poder de terceiros, sendo irrelevante o local onde se encontre.
>
> § 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica às mercadorias recebidas de contribuintes de Estado diverso do depositário, mantidas em regime de depósito (sem destaques no original).

A distribuição das receitas provenientes da arrecadação do ICMS, na sua maior parte, depende do Valor Adicionado Fiscal – VAF, que consiste em um indicador utilizado para o cálculo de repasse de receitas para os municípios. Esse indicador corresponde ao valor acrescentado ou agregado nas operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços realizados no território do Município.

A Constituição da República assegura aos Municípios 25% do ICMS arrecadado pelo Estado, consoante o disposto no artigo 158, inciso IV:

> Art. 158. Pertencem aos Municípios:

> (...)
>
> IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Do percentual de ICMS reservado aos Municípios, *três quartos (3/4),* no mínimo, devem ser creditados "na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, *realizadas em seus territórios*," *e até um quarto (1/4)* "de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal".

Confira-se a redação do parágrafo único do artigo 158:

> Art. 158 (...)
>
> Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:
>
> I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, *realizadas em seus territórios;*
>
> II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal (sem destaques no original).

Extrai-se da norma constitucional que o Valor Adicionado Fiscal – três quartos, no mínimo – é calculado com base na circulação de mercadorias e prestações de serviços *realizados no território de cada município*. Isso significa dizer que o VAF é creditado com base no critério da territorialidade. Na mesma linha é o entendimento de Misabel Abreu de Machado Derzi em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais:

> É fácil concluir – um a vez que está literalmente consignado na Constituição – que a norma fundamental adota, como critério de distribuição do ICMS entre os Municípios, o da territorialidade do valor adicionado. *Segundo esse critério básico e obrigatório em todo o âmbito nacional, cada Município fica com o valor adicionado produzido em seu próprio território* (A Redistribuição do ICMS aos Municípios e o Critério Constitucional da Territorialidade do Valor Adicionado, v.1, Belo Horizonte, 1983, p. 123).

Saliente-se que esse critério para a definição do valor adicionado encontra respaldo, não só no texto constitucional, mas também na Lei Complementar n. 63/1990, que regulamentou o artigo 161 da CF. Ressalto que o referido

diploma legal dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios.

Consoante a redação do inciso I do § 1º do art. 3º da LC n. 63/1990, o VAF corresponde à diferença entre o valor das saídas de mercadorias e dos serviços de transporte e de comunicação prestados no seu território e o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

Já nas hipóteses de tributação simplificada – microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 146, parágrafo único, da CRFB –, bem assim nas situações em que se dispensem os controles de entrada, considera-se, para cálculo do VAF, o percentual de 32% do total da receita, segundo a dicção do inciso II, do § 1º, do art. 3º da LC n. 63/1990, conferida pela LC n. 123/2006.

Além disso, para efeito de cálculo do VAF devem ser levadas em consideração todas as operações que, em tese, constituiriam fato gerador do ICMS, ainda que não tributadas por força de imunidade ou isenção, apurando-se a riqueza em cada uma delas a teor do estipulado no art. 3º, § 2º, inciso I e II, da LC n. 63/1990.

Destaco fragmentos do mencionado dispositivo que interessam à solução do caso:

> Art. 3º. 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:
>
> I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, *realizadas em seus territórios;*
>
> II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.
>
> ~~§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.~~
>
> *§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município: (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006).*

> *I – ao valor das mercadorias saídas,* acrescido do valor das prestações de serviços, ***no seu território,*** *deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil; (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006).*
>
> II – nas hipóteses de tributação simplificada a que se refere o parágrafo único do art. 146 da Constituição Federal, e, em outras situações, em que se dispensem os controles de entrada, considerar-se-á como valor adicionado o percentual de 32% (trinta e dois por cento) da receita bruta. (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)
>
> *§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:*
>
> *I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto,* mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;
>
> II - *as operações imunes do imposto*, conforme as alíneas **a** e **b** do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea **d** do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal. (...).

Apenas a título de esclarecimento, atento que os demais parágrafos do artigo 3º, da LC n. 63/1990, dispõem sobre os prazos de concessão dos créditos das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados, o direito à informação, à publicidade do montante dos repasses e o direito à impugnação aos índices e dados publicados, situações não debatidas nestes autos.

Por fim, cabe o registro de que, malgrado a demanda tenha sido ajuizada em 1994, antes da alteração conferida pela LC n. 123/2006, não houve modificação substancial do conceito de valor adicionado fiscal inserto no § 1º do art. 3º da LC n. 63/1990. Em verdade, o legislador ordinário, com o fim de regulamentar os critérios de VAF relativos às microempresas e empresas de pequeno porte, incluiu dois incisos no § 1º do art. 3º da LC n. 63/1990, repetindo o teor do *caput* desse parágrafo no inciso I desse dispositivo. O inciso II do § 1º do art. 3º, conforme já asseverado, cuidou das hipóteses de tributação simplificada.

Assim, é possível concluir que, para fins de cálculo do VAF, em se tratando de energia elétrica, torna-se imprescindível saber em que local ocorre a "saída" da mercadoria – critério da territorialidade, elemento espacial da obrigação tributária.

Em outras palavras, é preciso saber onde ocorre o fato gerador do ICMS: se na usina geradora da energia, onde se encontra o gerador, consoante alega o recorrente, ou na sede administrativa da Usina que a comercializa, que fica no Município recorrido.

In casu, o Tribunal Paulista deixou claro que a geração de energia elétrica na Usina de Promissão situada no Município de Ubarana não consubstancia o fato gerador do ICMS.

Entretanto, tal orientação vai de encontro ao que prevê o inciso VI do art. 2º do Convênio n. 66/1988, ao estabelecer que a materialização da hipótese de incidência do ICMS ocorre na saída da mercadoria do *estabelecimento gerador* "para qualquer outro estabelecimento, de idêntica titularidade ou não, localizado na mesma área ou em área contínua ou diversa, destinada a consumo ou a utilização em processo de tratamento ou de industrialização, ainda que as atividades sejam integradas" (sem destaques no original).

Corrobora o raciocínio o disposto no artigo 27 do aludido Convênio, que prevê o elemento espacial da hipótese de incidência do ICMS relativa à mercadoria:

> Art. 27. *O local da operação* ou da prestação, *para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável,* é:
>
> I - tratando-se de mercadoria:
>
> a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;
>
> *b) o do estabelecimento em que se realize cada atividade de produção,* extração, industrialização ou comercialização, na hipótese de atividades integradas *(...)* (sem destaques no original).

Na mesma linha, são as disposições contidas nos artigos 11 e 12 da LC n. 87/1996, *in verbis:*

> Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:
>
> I - tratando-se de mercadoria ou bem:
>
> a) o do estabelecimento onde se encontre*, no momento da ocorrência do fato gerador; (...);*
>
> Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:
>
> I - *da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte,* ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (...).

Já o parágrafo único do artigo 53 do Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica de acordo com o

determinado no Código de Águas, define *unidade geradora de energia elétrica nos seguintes termos:*

> Art 53. São unidades geradoras ativas as destinadas a atender à demanda máxima característica do sistema elétrico do concessionário. Unidades geradoras de reserva são as unidades excedentes às unidades ativas e destinadas a substituir estas últimas quando retiradas de serviço para limpeza, conservação ou reparo.
>
> *Parágrafo único. Entende-se por unidade geradora o motor primário, o gerador e todo o respectivo equipamento auxiliar.*

Nessa linha, são as lições de Marcília Metzker S. Bretas em artigo publicado na Revista Internacional de Direito Tributário – Abradt:

> O estabelecimento de uma usina, em conformidade com o preceito legal, só *poderá ser considerado o local onde se encontram os operadores da usina, bem como equipamentos de medição, que caracterizam o exercício da atividade* ("Aproveitamento de Créditos de ICMS sobre Insumos na Produção de Energia Elétrica - Bens do Ativo Permanente", Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 257).

Não há como considerar, portanto – consoante sustentam os ilustres presentantes do *Parquet* Federal, da Fazenda do Estado de São Paulo e do Município de Promissão – que o fato gerador relativo à produção de energia elétrica consuma-se no Município recorrido, local onde se encontra apenas a administração da usina hidrelétrica.

Considerando todos os fundamentos acima apresentados, forçoso concluir que o fato gerador do ICMS se aperfeiçoa somente com a circulação econômica da mercadoria – energia elétrica – após sua geração e saída do lugar onde se situa o equipamento utilizado para produzi-la – gerador. Neste local é que se ocorre a adição de valor que servirá de referência para apuração da parcela conferida aos municípios. *In casu*, esse equipamento, segundo aferido pelo acórdão recorrido, encontra-se no Município ora recorrente (Usina Hidrelétrica de Promissão, localizada no Município de Ubarana – fl. 300).

Impende reconhecer o direito do recorrente a receber, de modo exclusivo, o repasse de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, pois somente no local onde se situa o gerador da usina de energia elétrica há a materialização da hipótese de incidência da exação.

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial para dar-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 813.408-RS (2006/0018488-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Márcia Barcaro
Advogado: Marcelo Santagada e outro
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Ricardo Antônio Lucas Camargo e outro(s)

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Ensino superior. Pós-graduação. Residência médica. Oferecimento de alojamento e alimentação pelo Poder Público durante o período da residência (auxílios *in natura*). Lei n. 6.932/1981. Direito à tutela jurisdicional que envolve a adequação dos provimentos judiciais. Tutela específica. Impossibilidade. Art. 461, § 1º, do CPC. Conversão em medida que garanta resultado prático equivalente. Auxílio em pecúnia.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute se a Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de oferecer alojamento e alimentação aos residentes de Medicina e, em não o fazendo, se é cabível a conversão da obrigação em pecúnia.

2. É a seguinte a redação do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981: "As instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica oferecerão aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência".

3. Há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação.

4. Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.

5. A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário

da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas (v., p. ex., STF, AgR no RE n. 410.715-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 03.02.2006).

6. É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a Secretaria de Estado competente forneça *pontualmente* moradia e alimentação (i.e., de forçar que este órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável, qual seja, a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo Estado-membro para viabilizar tal e qual política de assistência.

7. Contudo, a simples inexistência de previsão legal para *conversão* de auxílios que deveriam ser fornecidos *in natura* em pecúnia não é suficiente para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada.

8. É por isso que o Código de Processo Civil, em seu art. 461, § 1º, dispõe que, na impossibilidade de tutela específica, é dado ao Poder Judiciário determinar medidas que garantam um resultado prático equivalente - ou mesmo se que converta a obrigação em perdas e danos.

9. Na inicial, a recorrente pede que os magistrados fixem um percentual sobre a bolsa de estudos em substituição ao dever estatal de prestação de alojamento e alimentação. Nada obstante, esta instância especial não tem poderes para analisar questões fático-probatórias para auxiliar a fixação desses valores, sob pena de violação à Súmula n. 7 desta Corte Superior.

10. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja determinado um valor razoável que garanta um resultado prático equivalente ao que determina o art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

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

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 15.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por Márcia Barcaro, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República vigente, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 103):

> Residência médica. Auxílio-moradia e auxílio-alimentação. Lei Federal. Previsão de alimentação e alojamento. Inexistência de lei estadual. Lei Federal que prevê o fornecimento de alojamento e alimentação aos médicos-residentes, o que é diverso da concessão de benefício para moradia e alimentação. Ademais, inexiste lei estadual sobre o tema. Competência concorrente para legislar sobre a questão. Erro material corrigido de ofício. *Recurso improvido, por maioria.*

Em suas razões recursais (fls. 110-114), alega-se ter havido ofensa aos arts. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981 e 461, § 1º, do Código de Processo Civil - CPC, uma vez que a Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de oferecer alojamento e alimentação aos residentes de Medicina e, como não o faz, cabível a conversão da obrigação em pecúnia.

Nas contra-razões (fls. 117-119), defende-se, em suma, a manutenção do acórdão recorrido.

O juízo de admissibilidade foi negativo na instância ordinária (fl. 123), mas essa decisão foi revertida em momento posterior.

O recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Penso que assiste razão à recorrente.

É a seguinte a redação do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981:

> As instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica oferecerão aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência.

Pois bem. Como venho defendendo já há algum tempo, há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação.

Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.

A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas (v., p. ex., STF, AgR no RE n. 410.715-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 03.02.2006).

É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a Secretaria de Estado competente forneça *pontualmente* moradia e alimentação (i.e., de forçar que este órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável, qual seja, a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo Estado-membro para viabilizar tal e qual política de assistência.

Contudo, a simples inexistência de previsão legal para *conversão* de auxílios que deveriam ser fornecidos *in natura* em pecúnia não é suficiente

para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada.

É por isso que o Código de Processo Civil, em seu art. 461, § 1º, dispõe que, na impossibilidade de tutela específica, é dado ao Poder Judiciário determinar medidas que garantam um resultado prático equivalente - ou mesmo que se converta a obrigação em perdas e danos.

Na inicial, a recorrente pede que os magistrados fixem um percentual sobre a bolsa de estudos em substituição ao dever estatal de prestação de alojamento e alimentação. Nada obstante, esta instância especial não tem poderes para analisar questões fático-probatórias para auxiliar a fixação desses valores, sob pena de violação à Súmula n. 7 desta Corte Superior.

Com essas considerações, voto por *dar provimento* ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja determinado um valor razoável que garanta um resultado prático equivalente ao que determina o art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/1981.

RECURSO ESPECIAL N. 933.002-RJ (2007/0047268-0)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Colégio Pedro II
Procurador: Jorge Gavinho Sobrinho e outro(s)
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Civil. Colégio Pedro II. Extinção do curso noturno. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público Federal. Interesses coletivos em sentido estrito e difusos.

1. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública objetivando a manutenção do curso de ensino médio no período

noturno oferecido pelo Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, que teria sido ilegalmente suprimido pelo Diretor da referida entidade educacional.

2. O direito à continuidade do curso noturno titularizado por um grupo de pessoas – alunos matriculados no estabelecimento de ensino – deriva de uma relação jurídica base com o Colégio Pedro II e não é passível de divisão, uma vez que a extinção desse turno acarretaria idêntico prejuízo a todos, mostrando-se completamente inviável sua quantificação individual.

3. Há que se considerar também os interesses daqueles que ainda não ingressaram no Colégio Pedro II e eventualmente podem ser atingidos pela extinção do curso noturno, ou seja, um grupo indeterminável de futuros alunos que titularizam direito difuso à manutenção desse turno de ensino.

4. Assim, a orientação adotada pela Corte de origem merece ser prestigiada, uma vez que os interesses envolvidos no litígio revestem-se da qualidade de coletivos e, por conseguinte, podem ser defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública.

5. No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece expressamente a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ações fundadas em interesses coletivos ou difusos para garantir a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando.

6. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 29.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Trata-se de recurso especial interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nestes termos ementado:

> Administrativo. Ação civil pública. Manutenção do turno noturno em colégio federal. Direito coletivo e difuso. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal.
>
> 1) Estudar no turno da noite na Unidade São Cristóvão do Colégio Pedro II é um direito titularizável por qualquer atual ou futuro aluno de tal Unidade do Colégio Pedro II, que lá estude, ou venha a estudar, no turno noturno. Direito titularizável, destarte, por pessoas indeterminadas e indetermináveis, o que é o caso dos futuros alunos (direito difuso), e por pessoas determinadas, ou seja, por uma 'classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base', o que é o caso dos atuais alunos do turno noturno (direito coletivo).
>
> 2) Exsurge clara, outrossim, a sua 'natureza indivisível', na medida em que não podem ser compartilhados individualmente entre seus titulares, ou seja, atendido o direito de um aluno a estudar no turno noturno, será atendido o de todos. Desse modo, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em que medida quantitativa são compartilhados, o que por si só já afasta a sua caracterização como direito individual homogêneo, categoria em que o titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível.
>
> 3) Trata-se, pois, de direito coletivo e difuso, conforme a titularidade considerada, nos termos dos incisos I e II, do art. 81, da Lei n. 8.078/1990, o que atrai a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, *in casu*, ex-vi do art. 1º, inciso V, da Lei n. 7.347/1985.
>
> 4) Dou provimento à apelação e anulo a sentença recorrida (fl. 336).

Os subsequentes embargos declaratórios foram rejeitados em acórdão encartado às fls. 346-351.

Suscitando contrariedade aos arts. 81, parágrafo único, I, II e III, e 90 do Código de Defesa do Consumidor - CDC e aos arts. 1º, V, e 21 da Lei n. 7.347/1985, o recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não detém legitimidade para ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir o encerramento do curso noturno do Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, uma vez que os discentes não teriam sofrido prejuízo e, mesmo que houvesse algum gravame, envolveria somente direito individual disponível.

Sem contrarrazões.

Simultaneamente interposto recurso extraordinário, ambos os apelos foram admitidos, o que ensejou a subida dos autos a esta Corte.

Em parecer firmado pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetana Cintra Santos, o Ministério Público Federal opina pelo desacolhimento do especial (fls. 399-405).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Na origem, cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando a manutenção do curso de ensino médio no período noturno oferecido pelo Colégio Pedro II - Unidade São Cristóvão, o qual teria sido ilegalmente suprimido pelo Diretor da referida entidade educacional.

A sentença (fls. 278-282) extinguiu o feito sem resolução do mérito em função da suposta ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal, orientação que foi posteriormente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em aresto assim motivado:

> Alega o apelante:
>
> a) que 'com a presente ação o autor busca exatamente (mas não apenas) a defesa de direitos difusos, no sentido de que o direito tutelado é o direito fundamental à educação, consubstanciado na garantia de manutenção do turno da noite no Colégio Pedro II Unidade São Cristóvão';
>
> b) que 'no que concerne aos futuros alunos não matriculados, verifica-se, efetivamente, a existência de direito difuso a ser tutelado, pois o fato de existirem outros cursos noturnos em outras unidades de modo algum afasta a caracterização do direito difuso de futuros alunos';
>
> c) que 'Primeiramente, não é garantida a existência de vagas para todos os futuros alunos, visto que a eliminação do curso noturno naquela unidade não implicou a abertura do mesmo quantitativo de novas vagas, todos os anos, em outras unidades. Observa-se, desta forma, uma diminuição quantitativa de vagas no curso noturno oferecido por aquela instituição de ensino, mas não em relação aos alunos já matriculados – visto que existe possibilidade de remanejamento, em que pesem os prejuízos concernentes à distância das demais unidades – e sim em relação a futuros alunos que poderiam ter a sua disposição o curso noturno';
>
> d) que 'Além disso, as outras unidades daquela instituição de ensino não estão localizadas em regiões próximas à unidade de São Cristóvão, dificultando ou impossibilitando o acesso de possíveis futuros alunos daquela região à educação';
>
> e) que 'Desta forma, é possível identificar que a manutenção do curso noturno naquela unidade não é questão afeta somente aos interesses dos

alunos já matriculados, mas de futuros alunos, coletividade impassível de ser individualizada ou identificada';

f) que 'Em que pese o entendimento do juízo *a quo* acerca da caracterização do direito aduzido na inicial como individual homogêneo, é importante destacar que além da tutela de direito difuso, é possível observar que a presente ação versa acerca de direitos notadamente coletivos em sentido estrito, no que se refere aos alunos já matriculados no turno da noite naquela unidade do Colégio Pedro II';

g) que 'Destarte, trata-se de direito transindividual de natureza indivisível titularizado por um grupo de pessoas ligadas com o Colégio Pedro II através de uma relação jurídica base (os alunos já matriculados nos cursos noturnos)';

h) que 'No que concerne à indivisibilidade do direito em tela, insta ressaltar que "deve ser analisada a partir dos objetos imediato e mediato do pedido formulado'.

Nesse ponto, é importante destacar que o pedido constante na presente ação civil pública se refere à:

1. condenação do réu a não extinguir o curso noturno na unidade São Cristóvão;

2. condenação do réu à obrigação de fazer consistente na abertura anual de concurso para ingressos de novos alunos no turno da noite da referida unidade.

Em resumo, a presente ação visa à manutenção do turno da noite na unidade São Cristóvão:

i) que "Analisando o pedido formulado, verifica-se que não se trata de justaposição de litígios menores, mas, na verdade, a procedência ou improcedência do pedido afetará necessariamente a coletividade e não estudantes individualmente considerados: o grupo de alunos já matriculados (direito coletivo em sentido estrito) e os futuros alunos (direito difuso)".

j) que "Ressalte-se ser impossível que uma decisão referente à demanda de apenas um aluno matriculado no curso noturno daquela unidade produza efeitos somente em relação a ele, ou seja, a manutenção daquele turno somente para ele e a extinção para os demais alunos que não recorreram ao Poder Judiciário. Saliente-se que o pedido não se refere em nenhum momento ao ingresso de alunos no turno da noite, mas versa acerca de outra questão, que é a manutenção daquele turno";

l) que "Note-se que a confusão entre as espécies de direito tutelado vem gerando sérios prejuízos à atuação do Ministério Público (...) Seguir a linha de raciocínio de que o objeto desta ação civil pública deve ser considerado direito individual homogêneo, com conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, implica sérias restrições ao acesso à justiça (...)";

m) que "Na remota hipótese de entender-se que o objeto do processo versa sobre direitos individuais homogêneos, insta destacar que o Ministério Público possui legitimidade para defender tais direitos em juízo, pois não se pretendendo

proteger o direito de cada indivíduo, mas o conjunto desses indivíduos coletivamente considerado";

n) que "Portanto, é inequívoco o cabimento da presente ação civil pública, eis que voltada para a tutela de um direito individual homogêneo, cuja tutela importa interesse social, eis que o direito à educação é direito social tutelado constitucionalmente".

O que ora se perquire, portanto, é se a manutenção ou não do turno escolar noturno na unidade São Cristóvão do Colégio Pedro II constitui 'direito individual homogêneo', como entendeu o *decisum*, ou 'direito coletivo e difuso', como quer o Ministério Público Federal, ora apelante.

Por expressa determinação legal (art. 90 do CDC e art. 21 da Lei n. 7.347/1985), as definições legais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, incisos I a III, do CDC) são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo. Com efeito:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Depreende-se, portanto, que estudar no turno da noite na Unidade São Cristóvão do Colégio Pedro II é um direito titularizável por qualquer atual ou futuro aluno de tal Unidade do Colégio Pedro II, que lá estude, ou venha a estudar, no turno noturno. Direito titularizável, destarte, por pessoas indeterminadas e indetermináveis, o que é o caso dos futuros alunos (direito difuso), e por pessoas determinadas, ou seja, por uma 'classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base', o que é o caso dos atuais alunos do turno noturno (direito coletivo).

Exsurge clara, outrossim, a sua 'natureza indivisível', na medida em que não podem ser compartilhados individualmente entre seus titulares, ou seja, atendido o direito de um aluno a estudar no turno noturno, será atendido o de todos. Desse modo, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em

> que medida quantitativa são compartilhados, o que por si só já afasta a sua caracterização como direito individual homogêneo, categoria em que o titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível.
>
> Trata-se, pois, de direito coletivo e difuso, conforme a titularidade considerada, nos termos dos incisos I e II, do art. 81, da Lei n. 8.078/1990, o que atrai a legitimidade ativa do Ministério Público Federal, *in casu*, ex-vi do art. 1º, inciso V, da Lei n. 7.347/1985.
>
> Pelo exposto, dou provimento à apelação e anulo a sentença recorrida.
>
> É como voto (fls. 332-334).

Suscitando contrariedade aos arts. 81, parágrafo único, I, II e III, e 90 do Código de Defesa do Consumidor-CDC e aos arts. 1º, V, e 21 da Lei n. 7.347/1985, o recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não detém legitimidade para ajuizar ação civil pública com o escopo de impedir o encerramento do curso noturno do Colégio Pedro II, uma vez que os discentes não teriam sofrido prejuízo e, mesmo que houvesse algum gravame, envolveria somente direito individual disponível.

Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, passando a examinar o mérito da controvérsia.

A orientação adotada pela Corte de origem merece ser prestigiada, uma vez que os interesses envolvidos no litígio revestem-se da qualidade de coletivos e, por conseguinte, podem ser defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública, cuja legitimidade ativa decorre expressamente do texto constitucional (art. 129, III, da Carta Magna).

Dito de outra maneira, a manutenção da oferta do curso noturno no Colégio Pedro II abrange "direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" e direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (art. 81, parágrafo único, II e I, do CDC).

Primeiro, destaco que a mais saliente diferenciação entre os direitos coletivos e os individuais homogêneos reside na divisibilidade do interesse, pois estes podem ser decompostos e possuem origem comum, *enquanto aqueles têm sua gênese na comunhão de uma relação jurídica básica e não são suscetíveis de segmentação.*

A corroborar esse posicionamento, trago à baila a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Por sua vez, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum.

Exemplifiquemos com uma ação coletiva que visa à nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão. No caso, a sentença de procedência não irá conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito) (*A Defesa dos Interesse Difusos em Juízo.* São Paulo: Editora Saraiva, 21ª ed., 2008, p. 55).

Em sede doutrinária, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki adverte:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja, embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. 'Direito coletivo' é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.

(...)

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. *Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos,*

não é somente dos sujeitos, (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos transindividuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo (*Processo Coletivo - Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2008, p. 38-40).

A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça prestigiou a orientação acima exposta na seguinte assentada:

Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa.

II - Como já assinalado anteriormente (REsp. n. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

V - Embargos acolhidos (EREsp n. 141.491-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 1º.08.2000).

Partindo dessa premissa, revela-se inequívoco que o direito à continuidade do curso noturno titularizado por um grupo de pessoas - alunos matriculados no estabelecimento de ensino - deriva de uma relação jurídica base com o Colégio Pedro II e não é passível de divisão, uma vez que a extinção desse turno acarretaria idêntico prejuízo a todos, mostrando-se completamente inviável sua quantificação individual.

Nesse raciocínio, mostra-se patente a inconsistência da tese recursal desenvolvida no sentido de que a querela diria respeito apenas direito individual disponível, pois, como bem percebido pela Corte de origem, "atendido o direito de um aluno a estudar no turno noturno, será atendido o de todos" (fl. 334), a par do efeito *ultra partes* que rege a extensão subjetiva do julgamento das ações dessa natureza, nos termos do art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, há que se considerar também os interesses daqueles que ainda não ingressaram no Colégio Pedro II e eventualmente podem ser atingidos pela extinção do curso noturno, ou seja, um grupo indeterminável de futuros alunos que titularizam direito difuso à manutenção desse turno de ensino.

Vai-se além: a orientação aqui adotada não decorre apenas de previsão legal genérica, haja vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece expressamente a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ações fundadas em interesses coletivos ou difusos para garantir a oferta de ensino noturno regular adequado às condições do educando, o que confirma o acerto do aresto em tela.

A propósito:

> Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:
>
> (...)
>
> IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando
>
> (...).
>
> Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:
>
> I - o Ministério Público
>
> (...).

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal vêm caminhando para reconhecer que o *Parquet* detém legitimidade

para discutir em juízo direitos indisponíveis – como no caso concreto –, inclusive na hipótese em que a ação se destine a tutelar pessoa individualmente considerada, a exemplo do seguinte precedente:

> Recurso especial. Alíneas **a** e **c**. Ausência de similitude fática. Recurso conhecido apenas pela alínea **a**. Ação civil pública. Tratamento de saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do *Parquet*.
>
> 1. O recurso não deve ser conhecido pela alínea **c**, porquanto, na hipótese em questão, trouxe o recorrente como paradigmas julgados desta Corte que não possuem similitude fática com o caso dos autos.
>
> 2. O Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise tutelar pessoa individualmente considerada. (art. 127 da Constituição Federal/1988)
>
> 3. Busca-se, com efeito, tutelar os direitos à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput;* e 196 da Constituição em favor de pessoa carente de medicamento para tratamento de câncer. A legitimidade ativa afirma-se, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas por se tratar de interesses individuais indisponíveis.
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp n. 913.356-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 15.05.2007).

Ratificada a legitimidade do *Parquet* para a propositura dessa ação civil pública, devem os autos retornar à instância ordinária para que se dê prosseguimento ao feito.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 943.858-SC (2007/0086522-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Dorival Gonzaga da Silva e outros
Advogado: Antônio Carlos Boabaid e outro(s)
Recorrido: Ministério Público Federal
Recorrido: União

Interes.: Município de Bombinhas
Advogado: Luzia Lourdes Coppi Mathias e outro
Interes.: Fatma - Fundação do Meio Ambiente
Procurador: Rode Anelia Martins e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Inclusão do feito em pauta. Adiamento. Longo decurso do prazo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 234, 235, 236, § 1º, 552 do CPC.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas.

3. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que não se faz necessária nova publicação nos casos de adiamento de processo de pauta, desde que o novo julgamento ocorra em tempo razoável.

4. Hipótese em que o julgamento da apelação ocorreu 2 meses após o adiamento do feito, sem a intimação do patrono dos particulares, através de nova inclusão em pauta. Violação dos arts. 234, 235, e 236, § 1º, e 552 do CPC configurada.

5. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo,* permitindo-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto

Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentação oral: Dr. Fabrício Gaertner, pela parte recorrente: Dorival Gonzaga da Silva.

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

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 29.06.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do assim ementado (fl. 1.875):

> Ocupação ilegal de área pública de preservação ambiental. Construção em terreno de marinha. Dano ao meio ambiente. Responsabilidade objetiva.
>
> Ainda que regular o contrato de permuta que embasou o empreendimento imobiliário objeto da lide, comprovada a repercussão danosa ao meio-ambiente e a impossibilidade de manutenção do projeto sem a ocorrência de novos danos, é de ser demolida a edificação e procedida à recuperação ambiental necessária a restabelecer o equilíbrio natural.
>
> Tratando-se de dano ambiental a lei define como sendo objetiva a responsabilidade (Lei n. 6.938/1981, art. 14, § 1º).

O recorrente, além de apontar divergência jurisprudencial, sustenta que houve negativa de vigência aos arts. 234, 235, 236, § 1º, 535, II, e 552 do CPC e ao art. 6º, §§ 1º e 2º, da LICC. Defende que ocorreu nulidade, face a ausência de intimação do patrono dos recorrentes a respeito da data da realização da sessão de julgamento da apelação. No mérito, afirma que a construção embargada foi autorizada anteriormente à edição da Lei n. 9.636/1998 e ao art. 18 do Decreto n. 3.725/2001.

Contra-razões às fls. 2.005-2.023, subindo os autos após a admissão do especial (fl. 2.045).

Nesta instância pronunciou-se o Ministério Público pelo não-conhecimento do recurso especial quanto ao alegado dissídio pretoriano, e pelo não-provimento nos demais pontos (fls. 2.051-2.054).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, afasto a alegada contrariedade ao art. 535, II, do CPC, tendo em vista que o Tribunal de origem decidiu, fundamentadamente, as questões essenciais à solução da controvérsia, consoante se observa no acórdão de fls. 1.862-1.875.

No nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o julgador ao caso concreto a solução por ele considerada pertinente, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado, positivado no art. 131 do CPC.

Ademais, no caso presente, os recorrentes limitaram-se a indicar violação genérica ao dispositivo do Código de Processo Civil, sem mencionar, com clareza e objetividade, em que consistiria o vício apontado.

Portanto, incide na espécie, com propriedade, o teor da Súmula n. 284-STF, porque deficiente está a fundamentação do recurso neste ponto.

Ultrapassada essa questão e prequestionados, ainda que implicitamente, os arts. 234, 235, 236, § 1º, e 552 do CPC, passo à análise da tese em torno do suposto cerceamento de defesa ocorrido na instância de origem, por ocasião do julgamento da apelação interposta pelos ora recorrentes.

É bom destacar que as questões relativas ao processamento dos recursos na instância ordinária são devolvidas a esta Corte no recurso especial, desde que devidamente prequestionadas, cabendo à parte interessada, se necessário for, provocar o pronunciamento do Tribunal recorrido a respeito do tema, através da interposição de embargos de declaração, como ocorreu na hipótese dos autos.

Portanto, pode esta Corte analisar as peças dos autos para verificar, no caso concreto, a obediência à legislação regente no processamento do recurso no Tribunal *a quo*, o que faço nesta oportunidade.

Da análise dos autos, destacam-se os seguintes andamentos da apelação perante a Corte recorrida:

a) inclusão na pauta de 07.07.2004 e adiamento do julgamento, a pedido do patrono dos particulares (certidão de fl. 1.859 e petição de fl. 1.831); e

b) julgamento na sessão de 22.09.2004, que resultou no improvimento dos apelos da Fundação do Meio Ambiente – Fatma e de Dorival Gonzaga da Silva e outros, sem ter ocorrido sustentação oral dos advogados.

Verifica-se, assim, que da inclusão em pauta, em 07.07.2004, quando houve o adiamento do julgamento – a pedido do advogado dos particulares –, até o efetivo julgamento, sem nova publicação oficial, em 22.09.2004, decorreram quase dois meses, sendo impossível ao causídico prever a sessão exata na qual seria decidido o processo que representava.

Destaco que o órgão colegiado competente para apreciar a apelação em questão (4ª Turma do TRF da 4ª Região) se reúne às quarta-feiras do mês.

Assim, apenas a título demonstrativo, entre a data da pauta de 07.07.2004 e o efetivo julgamento transcorreram cerca de 10 sessões de julgamento desse órgão julgador, o que dificulta, sobremaneira, ao causídico prever a sessão exata na qual seria decidido o processo que representava.

Ademais, a questão de mérito dos autos relaciona-se intimamente com os aspectos fáticos e probatórios da demanda, e não apenas com matéria de direito, evidenciando-se, assim, a necessidade da sustentação oral.

Diferentemente seria se, adiado o julgamento a pedido da parte, o processo fosse julgado na primeira sessão subseqüente, como é praxe ocorrer nos Tribunais, mormente quando a extensa pauta não permite, às vezes, o julgamento de todos os recursos. Ou mesmo na 3ª sessão de julgamento seguinte, como acontece nesta Corte Superior. Contudo, não é razoável deduzir, na hipótese dos autos, que caberia ao advogado acompanhar dez sessões de julgamento no Tribunal *a quo*.

Conclui-se, portanto, que houve violação não somente ao art. 552 do CPC, mas também aos arts. 234, 235, e 236, § 1º, do mesmo diploma legal, devendo, portanto, ser anulado o julgamento.

Nesse sentido cito precedentes:

> Ação popular. Processo incluído em pauta. Adiamento do feito. Longo decurso de prazo. Necessidade de nova publicação quando do efetivo julgamento.
>
> 1. Este Tribunal tem entendimento de que na hipótese de adiamento de processo de pauta não se faz necessária nova publicação, *desde que o novo julgamento ocorra em razoável lapso temporal.*
>
> 2. *In casu*, restou constatado o adiamento do feito inicialmente previsto para julgamento em 20.05.2003. Contudo, o efetivo julgamento apenas realizou-

se após sete meses, sem nova publicação, de forma a cercear o direito dos recorrentes e impedir, inclusive, a sustentação oral.

3. Evidenciado o prejuízo do recorrente, pela não-publicação da pauta de julgamento em que se incluía o processo adiando, necessária a anulação do julgamento, para que outro seja proferido, com respeito ao devido processo legal.

Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 474.475-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 26.03.2007 p. 184, grifei).

Processual Civil. Ação rescisória. Art. 489 do CPC. Antecipação dos efeitos da tutela. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Presença cumulativa. Deferimento.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que é possível a antecipação da tutela em Ação Rescisória para suspender os efeitos do acórdão rescindendo, quando presentes cumulativamente seus requisitos autorizadores.

2. *Hipótese em que, decorridos aproximadamente 5 (cinco) meses da inclusão do processo em pauta, o Recurso Especial foi julgado e parcialmente provido sem que tivesse sido novamente pautado, subtraindo da parte a possibilidade de sustentar oralmente. Tal fato caracteriza grave violação dos princípios da ampla defesa e do* due process of law*, evidenciando o* fumus boni iuris *quanto à ofensa aos arts. 552 e 565 do CPC.*

3. Por outro lado, o *periculum in mora* consiste no fato, admitido pela ré, de que a contribuinte estaria cedendo seus créditos a terceiros.

4. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido para suspender a execução do acórdão rescindendo até julgamento final da Ação Rescisória.

(AR n. 4.031-RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24.09.2008, DJe 26.09.2008, grifei).

Processual Civil. Processamento do recurso na instância ordinária. Julgamento adiado por lapso considerável de tempo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC.

1. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas.

2. Viola os arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC o julgamento de autos, adiado por lapso considerável de tempo, sem a intimação do patrono da empresa, através de nova inclusão em pauta.

3. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, oportunizando-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta.

(REsp n. 415.027-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.06.2004, DJ 13.09.2004 p. 195, grifei).

Recurso especial. Processo Civil. Art. 552 do CPC. Adiamento automático. Desnecessidade de nova publicação. Novo dia de julgamento. Prazo razoável.

1. O entendimento desta Corte Superior já se firmou pela desnecessidade de nova publicação da pauta, quando de seu adiamento automático, como se observa na espécie;

2. Realizado o julgamento *na terceira sessão após aquela em que originariamente deveria ter ocorrido,* não se há falar, à luz do princípio da razoabilidade, em imposição ao advogado de um dever de comparecer a todas as sessões a serem realizadas pelo órgão julgador, mormente quando uma simples diligência junto ao Gabinete do Desembargador-Relator já seria suficiente para afastar eventuais incertezas quanto à data da apreciação do feito;

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 692.506-MT, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 07.12.2006, DJ 05.02.2007 p. 243, grifei).

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para nova inclusão em pauta de julgamento, permitindo-se, ao patrono dos recorrentes, a sustentação oral.

Fica prejudicada a análise dos demais pontos meritórios do apelo nobre.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.053.778-RS (2008/0085668-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Brasil Telecom S/A
Advogado: Ricardo Lacaz Martins e outro(s)
Recorrido: Milton Leão Barcellos e outros
Advogado: Cláudio Petrini Belmonte e outro(s)

EMENTA

Processual Civil, Administrativo e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Cobrança do PIS e

da Cofins na fatura telefônica. Ilegitimidade da Anatel. Acréscimo na tarifa. Ausência de previsão legal. Prática abusiva configurada. CDC. Ofensa. Juros de mora. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN. Natureza não-tributária.

1. Não se conhece do recurso em relação à ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a parte deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284-STF.

2. A Anatel não tem legitimidade para figurar em ação que visa à devolução de valores acrescidos na fatura telefônica a título de repasse de PIS e Cofins.

3. É indevido o repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão na lei.

4. *Tarifa líquida* é aquela que exclui os impostos e contribuições incidentes na operação individualmente considerada.

5. O PIS e a Cofins, nos termos da legislação tributária em vigor, não incidem sobre a operação individualizada de cada consumidor, mas sobre o *faturamento global* da empresa.

6. O fato de as receitas obtidas com a prestação do serviço integrarem a base de cálculo dessas contribuições – faturamento mensal – não pode ser confundido com a incidência desses tributos sobre cada uma das operações realizadas pela empresa.

7. Essas receitas também compõem a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o Lucro, já que, após as deduções legais, constituirão o lucro da empresa. Nem por isso se defende que a parcela do IRPJ e da CSLL relativa a uma determinada prestação de serviço seja adicionada ao valor da tarifa.

8. Somente o ICMS, por expressa disposição legal, deve ser objeto de destaque e cobrança na fatura, repassando-se diretamente o ônus ao assinante.

9. O repasse indevido do PIS e da Cofins na fatura telefônica configura "prática abusiva" das concessionárias, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pois viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, valendo-se da "fraqueza ou ignorância do consumidor" (art. 39, IV, do CDC).

10. O acréscimo indevido na tarifa não tem natureza tributária, ainda que a concessionária afirme que se trata de mero repasse de tributos. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN.

11. Recurso Especial não 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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentação oral: Dr. Alexandre Siciliano Borges, pela parte recorrente: Brasil Telecom S/A.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 30.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

> Apelação cível. Serviço público. Telefonia. Tarifa. Natureza paratributária. Incidências diretas do PIS e da Cofins sobre o preço dos serviços. Pedidos de exclusão e de restituição em dobro.
>
> 1. Incidências diretas do PIS e da Cofins sobre o preço dos serviços de telefonia.
>
> A telefonia é ***serviço público***. Portanto, a concessionária está sujeita ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*); logo, não havendo previsão legal autorizadora da ***incidência direta***, ou ***repasse jurídico***, das alíquotas do ***Programa de Integração Social – PIS***, e da ***Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins***, sobre o preço dos serviços de telefonia, a concessionária não pode fazê-lo. Ademais, se a legislação pertinente estabelece como ***contribuinte*** a pessoa jurídica prestadora dos serviços, como ***fato gerador*** o faturamento ou receita

bruta e como ***base de cálculo*** o valor do faturamento ou receita bruta, observadas as exclusões previstas na lei (Lei n. 10.637/2002, art. 1º; Lei n. 10.833/2003), tal proceder subverte o sistema, pois: ***(a) contribuinte*** passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; ***(b) fato gerador*** passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e ***(c) base de cálculo*** passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária.

2. Restituição.

2.1 – Afirmado ser indevido o ***repasse jurídico*** ou ***incidência direta***, resulta que deve ser restituído tudo quanto foi do consumidor cobrado (CC/1916, art. 964; CC/2002, art. 876).

2.2 - Todavia, descabe a devolução em dobro, com base no art. 42 do CDC, dispositivo inspirado na legislação civil comum (CC/1916, no art. 1.531; CC/2002, art. 940), sendo aplicável, dessarte, a Súmula n. 159 do STF, pela qual não é devida a restituição em dobro quando a demanda por dívida já paga não ocorre por má-fé. Embora a hipótese envolva relação de consumo, de natureza especial (serviço público), não é devida a restituição em dobro, visto caracterizada a excludente do ***engano justificável*** prevista no final do art. 42 do CDC, podendo assim ser qualificado o proceder da concessionária, seja pelo fato de, em tese, haver chancela da Anatel, seja pelo fato de, igualmente em tese, não ser indevida a cobrança, apenas que não como *incidência direta* ou *repasse jurídico*, e sim ***indireta*** ou ***repasse econômico***.

3. Correção monetária.

Incide atualização monetária pelo IGP-M desde cada cobrança indevida, visto que apenas repõe o capital.

4. Juros moratórios.

Incidem juros moratórios de 1% ao mês (CC/2002, art. 406), a partir da citação. Não se aplica a Súmula n. 54 do STJ, pois não diz com ato ilícito baseado em responsabilidade aquiliana, e tampouco se pode falar em juros a partir do trânsito em julgado (CTN, art. 167, parágrafo único), pois não diz com tributo típico.

5. Sucumbência.

Tendo a parte autora, requerido, como primeira opção, em pedidos sucessivos, restituição em dobro, e levando a apenas simples, sucumbe em 50%, tanto em custas quanto em honorários advocatícios, os quais, anulando-se reciprocamente pela compensação (STJ, Súmula n. 306), dispensam fixação.

6. Apelação provida em parte.

A recorrente alega violação do art. 535 do CPC e do art. 167 do CTN. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial quanto à legitimidade da inclusão da Anatel no pólo passivo da demanda e quanto à legalidade da repercussão econômica do ônus financeiro do PIS e da Cofins.

Contra-razões às fls. 842-863.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

É o *relatório.*

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Trata-se de demanda de consumidor de telefonia fixa, litígio individual na forma, mas de essência e contorno coletivos, por afetar milhões de consumidores em todo o país. Embora a empresa-ré, neste caso, seja a Brasil Telecom, há notícias de que a prática invalidada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é adotada por outras concessionárias de telefonia fixa.

1. Da violação do art. 535 do CPC

A recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assevera apenas ter oposto Embargos de Declaração, no Tribunal *a quo*, para fins de prequestionamento, mas não demonstra a relevância dos dispositivos invocados para o julgamento do feito.

Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula n. 284-STF. Cito precedentes:

> (...)
>
> 1. Deve o recorrente, ao apontar violação do art. 535 do CPC, indicar com precisão e clareza os artigos e as teses sobre os quais o Tribunal de origem teria sido omisso, sob pena de aplicação da Súmula n. 284-STF.
>
> (...)
>
> (AgRg no Ag n. 990.431-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJ 26.05.2008 p. 1)
>
> (...)
>
> 1. Meras alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, a teor da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.
>
> (...)
>
> (REsp n. 906.058-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 09.03.2007, p. 311).

2. Da legitimidade da Anatel

O Tribunal de origem assim decidiu a questão (fls. 661-662):

> 1.1 – *Desnecessidade da presença da Anatel no pólo passivo. Competência da Justiça Estadual.* Não é necessário trazer ao processo a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, autarquia federal, provocando, por conseguinte, o deslocamento da competência para a Justiça Federal.
>
> Embora a Agência tenha homologado a tarifa de telefone abrigando a questionada ilegalidade – e por aí a alegação de que ela deve integrar o pólo passivo – na realidade ela nada tem a fazer nem defender no processo, uma vez que, por um lado, não será de qualquer modo atingida por eventual decisão favorável à parte demandante, e, por outro, não há co-responsabilidade com a concessionária.
>
> Com efeito, esta Câmara já deliberou no AI n. 70.016.052.169, do qual fui relator, resultando a seguinte ementa: "Agravo de instrumento Repasse dos PIS e da Cofins pela concessionária do serviço de telefonia às contas dos consumidores. Pedido de restituição. Desnecessidade da presença da Anatel no processo porque, tendo, ou não, autorizado o repasse, não há co-responsabilidade, isso pelo simples fato de que a base de cálculo de tais exações não é a receita dela, e sim da concessionária, que portanto é a contribuinte. Quer dizer, não há como a concessionária transferir o encargo à Agência Reguladora. Por conseguinte, a competência para processar e julgar o pedido é da Justiça Estadual. Agravo desprovido."
>
> Conforme salientei no voto, ***contribuinte***, seja do Programa de Integração Social – PIS, seja da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins, é a concessionária do serviço de telefonia; logo, se ela repassou (embutiu) na tarifa os próprios percentuais das alíquotas, vale dizer, praticou ***incidência indireta***, e isso não podia ocorrer, quem deve excluir a cobrança e restituir é exclusivamente ela, concessionária. Desimporta que tenha a Anatel homologado a tarifa contendo a incidência direta de tais contribuições sobre o preço do serviço.
>
> Saliento, para evitar confusão, que esse entendimento não vai de encontro ao que foi deliberado no AI n. 70.012.734.174, do qual igualmente fui relator, reconhecendo a necessidade de a mencionada autarquia integrar o pólo passivo, pois dizia respeito a assinatura básica do serviço de telefonia.
>
> O STJ, em questão similar – ***aumento de tarifa*** – afirmou a ***independência das relações jurídicas***, sendo uma envolvendo a agência reguladora/concessionária, e outra a concessionária/consumidor, *verbis*: "Processo Civil e Administrativo. Litisconsórcio. Ação civil pública contra aumento de tarifa telefônica. Intervenção da Anatel. 1. Na relação de direito material, a empresa prestadora de serviço relaciona-se com a agência reguladora e uma outra relação trava-se entre a

> prestadora de serviço e os consumidores. 2. No conflito gerado na relação entre as prestadoras do serviço e os consumidores, não há interesse da agência reguladora, senão um interesse prático que não a qualifica como litisconsorte necessária. 3. Inexistindo litisconsórcio necessário, não há deslocamento da ação para a Justiça Federal." (REsp. n. 431.606-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30.09.2002).
>
> Em essência, repete-se o episódio com a tarifa de energia elétrica e o congelamento geral de preços instituído pelo Plano Cruzado, em 1986. O então Dnaee, hoje Aneel, autorizou reajuste e as concessionárias cobraram. O Judiciário mandou devolver parte (fevereiro a novembro/1986), sem necessidade de a Agência Reguladora figurar nos processos. *Mutatis mutandis*, é o caso, agora, com a inclusão do PIS e da Cofins na tarifa de telefone.
>
> Mesmo que tenha a Anatel homologado, não quer dizer seja co-responsável, isso pelo simples fato de que a base de cálculo não é a receita dela, Anatel, e sim da concessionária, que é a contribuinte. Não há, pois, como a concessionária transferir ou dividir o encargo com Agência Reguladora, tanto assim que o proveito da vantagem indevida foi exclusivo daquela.
>
> Diferente seria se, na hipótese de ser devido o repasse, o tivesse a Anatel vetado, não tendo agora a concessionária como recuperar o prejuízo face aos consumidores. Mas tal não é o caso.
>
> Finalmente, se o repasse é ilegal, entenda-se, ***incidência direta***, também chamado ***repasse jurídico***, vale dizer, com base em norma legal autorizadora, a concessionária não pode opor, face ao usuário do serviço, a exceção de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e conseqüentemente descabe argüir a matéria neste processo. Caso tal ocorrer, deve articular pedido administrativo face à Agência Reguladora, e, sendo o caso, inclusive em juízo, para fins de ***incidência indireta***, também chamado ***repasse econômico***, vale dizer, recálculo da tarifa para fins de anular o impacto do custo sobre o contrato.

Como bem assentado no acórdão recorrido, a solução dada ao presente caso deve ser a mesma consagrada pelo STJ ao analisar a legitimidade da Anatel nas demandas que discutiam a legalidade da cobrança de assinatura básica.

Com efeito, parece inafastável a conclusão de que em ambas as hipóteses a Anatel expediu normas regulamentares sobre o tema, mas a possível declaração de ilegalidade (da cobrança da assinatura básica ou da repercussão do PIS e da Cofins) não afetaria diretamente sua esfera jurídica.

Desse modo, conforme decidiu o STJ em relação ao primeiro caso, a Anatel não deve integrar a demanda. Nesse sentido:

> Recurso especial. Processo Civil e Direito Administrativo. Legitimidade passiva *ad causam*. Anatel. Litisconsórcio: inexistência. Precedentes das Turmas de Direito Público.
>
> 1. A Primeira e a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça uniformizaram o entendimento, em relação ao qual saí vencida, no sentido de que a Anatel não tem interesse jurídico para figurar no pólo passivo das demandas envolvendo a legalidade da cobrança da tarifa de assinatura básica de telefonia, tendo em vista que a repercussão da declaração de ilegalidade da cobrança não produz efeitos em sua "órbita jurídica" (REsp n. 792.641-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Relator para acórdão Min. Luiz Fux, julg. em 21.02.2006, publ. no DJ de 20.03.2006, p. 210).
>
> 2. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 893.782-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJ 03.04.2008 p. 1)

3. A prática comercial impugnada: repasse direto e mensal ao consumidor-assinante do ônus do PIS e da Cofins

Discute-se no presente processo a legalidade de prática adotada pelas concessionárias de serviço público de telefonia fixa, que repassam ao consumidor o ônus referente ao PIS e à Cofins.

De acordo com a petição inicial (fl. 4):

> (...) os aludidos encargos eram e ainda estão sendo cobrados, incluídos e englobados no preço do serviço anunciado e cobrado de forma não destacada na nota fiscal, fatura ou conta telefônica dos Autores. Tal fato pode ser constatado por meio de simples cálculos com base nas tabelas de preços da Empresa Demandada, constantes no seu próprio *site* na *internet*.

Os autores requerem (fls. 30-31):

> (...) seja, ao final, julgada procedente a presente demanda para condenar a Ré a não mais repassar o PIS e a Cofins aos Autores, bem como à repetição do indébito, em dobro (...) de todos os valores indevidamente pagos pelos Autores, desde o início de seus respectivos contratos ou da prestação dos serviços com a Demandada, valores estes correspondentes aos encargos PIS e Cofins, incluídos e englobados no preço do serviço anunciado e cobrado de forma destacada, ou não, na nota fiscal, fatura ou conta telefônica dos Autores.

A questão é complexa e envolve incursão no Direito Tributário (momento de ocorrência do fato gerador e sujeição passiva), no Direito Administrativo (legalidade do repasse ao usuário/consumidor dos valores devidos pela

concessionária a título de PIS e Cofins) e no Direito do Consumidor (princípio da transparência e princípio da boa-fé objetiva).

Passo a analisar cada um desses aspectos em tópicos separados.

3.1 Aspectos de Direito Tributário

Nesse ponto, o acórdão recorrido colaciona outro voto proferido por aquele Tribunal de Justiça (Apelação Cível n. 70.014.576.516, Relator Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano), ressaltando que o fato gerador do PIS e da Cofins é o faturamento ou a receita bruta mensal da pessoa jurídica, não se podendo considerar cada operação ou prestação de forma isolada. Destaco trecho do voto:

> (...)
>
> Assim, PIS e Cofins não podem ser confundidos com ICMS e IPI, tanto em relação a seus fatos geradores como com relação as suas bases de cálculo e suas sistemáticas de cobrança.
>
> O fato gerador do PIS e da Cofins, como é admitido pela ré, não é a prestação do serviço, e a base de cálculo respectiva não é o valor ou preço do serviço ou tarifa.
>
> Ao contrário, o fato gerador é o faturamento como sinônimo da receita bruta, e a base de cálculo é o valor do faturamento como receita bruta que inclui, como acentuado, outras receitas extra-operacionais, além daquela estritamente operacional decorrente das tarifas cobradas dos consumidores.
>
> (...)
>
> E assim é porque não há qualquer dispositivo da legislação pertinente que determine que o tributo incida diretamente sobre o preço do serviço ou tarifa, individualmente, prestação a prestação, usuário a usuário, conta a conta. Essas duas contribuições, como já aludido, são muito diferentes, e não se confundem com o ICMS.
>
> E pela mesma ordem de razões também não há qualquer disposição da legislação que determine a cobrança do usuário-consumidor na fatura da conta respectiva, como a ré arbitrariamente entendeu de proceder.
>
> Em razão disso o PIS e a Cofins somente podem integrar o preço das tarifas compondo os seus custos, proporcionalmente, segundo o grau de participação na formação do preço, de modo que o repasse seja somente o econômico, mas jamais o jurídico.
>
> *Em face do sistema jurídico vigente, e das disposições constitucionais e legais em vigor, portanto, o repasse do PIS e da Cofins somente pode ser o econômico, e nunca o repasse jurídico.*

> Enfim, eminentes colegas, o ***repasse jurídico*** ou ***incidência direta***, isto é, das próprias alíquotas do PIS e da Cofins sobre o valor pago a título de tarifa de telefone, além de não autorizado legalmente, incorre em tríplice equívoco: ***(a) contribuinte*** passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; ***(b) fato gerador*** passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e ***(c) base de cálculo*** passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não-operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.637/2002, relativamente ao PIS, e no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003, relativamente à Cofins.

No âmbito do Direito Tributário, devem ser examinados os pontos fixados pela instância de origem: há indevida alteração na sujeição passiva tributária, no fato gerador (ou no momento de sua ocorrência) e na base de cálculo dessas contribuições?

Como visto, o acórdão recorrido concluiu que a adição do PIS e da Cofins à tarifa de telefonia altera, de forma indevida, a relação jurídica tributária, tendo em vista que:

> ***(a) contribuinte*** passa a ser o consumidor, e não o fornecedor; ***(b) fato gerador*** passa a ser a prestação do serviço, e não o faturamento ou receita bruta da concessionária; e ***(c) base de cálculo*** passa a ser o valor do serviço, e não o valor do faturamento ou receita bruta da concessionária, a qual, conforme bem salientado pelo eminente Des. Cassiano, abrange tanto a receita operacional (decorrente das tarifas), quanto as não-operacionais, observadas as exclusões previstas no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.637/2002, relativamente ao PIS, e no art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003, relativamente à Cofins.

Entendo que a inclusão do PIS e da Cofins na fatura (conta telefônica) não tem o condão de modificar a sujeição passiva tributária. O usuário é tão-somente contribuinte de fato, já que suporta o ônus financeiro, permanecendo a concessionária como contribuinte de direito. Note-se que esse fenômeno ocorre no ICMS e que não há, em relação a este imposto, discussão quanto à sujeição passiva.

Forçoso reconhecer, contudo, que o fato gerador e a base de cálculo do PIS e da Cofins não guardam correspondência direta e imediata com a cobrança (repasse) feita pela concessionária. Como bem salientado no acórdão recorrido, *essas contribuições não são devidas no momento da prestação do serviço, nem têm como base de cálculo o valor de cada serviço.* As prestações recebidas pela concessionária

por força de cada contrato juntam-se a outras receitas na composição de seu *faturamento mensal*, verdadeira base de cálculo das indigitadas contribuições.

Transcrevo os dispositivos legais pertinentes:

> Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o *faturamento mensal*, assim entendido *o total das receitas auferidas* pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (Lei n. 10.637/2002, grifei).
>
> Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - *Cofins*, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o *faturamento mensal*, assim entendido o *total das receitas auferidas* pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (Lei n. 10.833/2003, grifei).

Daí se infere que o usuário não paga, propriamente, o PIS e a Cofins devidos sobre determinada operação (conta telefônica), já que esses tributos não incidem diretamente sobre a prestação do serviço.

No mesmo sentido, vale transcrever trecho das razões da Brasil Telecom, no Recurso Especial (fl. 723):

> Ressalte-se que a recorrente não efetua o repasse direto da contribuição ao PIS e da Cofins aos consumidores finais, tal qual ocorre com o ICMS, não havendo que se falar em repercussão jurídica de tais contribuições, *mas apenas de repercussão econômica,* o que não é vedado pelo ordenamento jurídico. *Aliás, a repercussão econômica dos tributos incidentes sobre a cadeia produtiva é inerente à atividade empresarial, como forma de se obter lucro.*
>
> Ora, não há como se negar que todos os tributos constituem custo que serão levados em consideração na composição do preço final, com exceção do ICMS e do IPI que serão suportados diretamente pelo consumidor final, sendo simplesmente transferidos no preço.
>
> De fato, os tributos diretos que são suportados pela empresa, contribuinte de fato e de direito, englobam os custos que serão levados em consideração na composição do preço final, sob pena de se anular o lucro da empresa e inviabilizar a prestação do serviço.
>
> A esse fenômeno de repasse do custo tributário dá-se o nome de ***repercussão econômica*** que é estudada pelas Ciência Econômicas, que não se confunde com a repercussão jurídica dos tributos.
>
> De fato, não há repercussão jurídica da contribuição ao PIS e da Cofins no presente caso, mas apenas repercussão econômica.
>
> Isso porque referidas contribuições incidem sobre o faturamento da Recorrente, assim entendido como a sua receita bruta.

Até esse ponto parece-me que a questão não traz maiores problemas em relação ao Direito Tributário: a concessionária é o sujeito passivo, o fato gerador é mensal e a base de cálculo é o faturamento.

Concluindo-se que o usuário não paga diretamente o tributo, deve-se indagar sobre a natureza desta prestação.

Como visto, todas as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas em virtude da venda de mercadorias ou serviços integram seu faturamento e, conseqüentemente, a base de cálculo do PIS e da Cofins (exceção feita às exclusões legalmente previstas). Desse modo, ao incluir o valor correspondente a essas contribuições na fatura do serviço, a concessionária repassa ao consumidor o custo desses tributos, que serão recolhidos depois da apuração do faturamento mensal.

O que o usuário paga, na verdade, é uma prestação que visa a fazer frente aos ônus financeiros que serão suportados pela concessionária com o pagamento de tributos relacionados, de forma apenas mediata, à prestação do serviço. Nessa linha, têm-se que os valores recebidos pela concessionária constituem preço pelo serviço. Como tal, devem ser considerados remuneração da concessionária (receita que comporá seu faturamento e, desse modo, a base de cálculo do PIS e da Cofins por ela devidos).

Deve-se perquirir, portanto, se é legítimo o repasse de tais valores aos usuários, adicionando-os à tarifa legal e contratualmente estabelecida. É o que o Tribunal de origem chamou de "repasse jurídico ou incidência direta".

Como afirma a própria Brasil Telecom "não há como se negar que todos os tributos constituem custo que serão levados em consideração na composição do preço final, com exceção do ICMS e do IPI que serão suportados diretamente pelo consumidor final, sendo simplesmente transferidos no preço".

De fato, o consumidor arca *indiretamente* com os ônus decorrentes, p.ex., do IPTU pago pela concessionária sobre os imóveis de sua propriedade ou da Contribuição Previdenciária relativa a seus empregados. Contudo, esses tributos (exceção ao ICMS) não são cobrados na fatura telefônica como acréscimos, pelo que a "repercussão econômica" se reflete na composição da própria tarifa estipulada para o serviço.

Resta, então, examinar se há previsão legal para que o PIS e a Cofins sejam acrescidos ao valor da tarifa. Aí estamos no terreno do Direito Administrativo, já que a questão diz respeito à política tarifária.

3.2 Aspectos de Direito Administrativo

A recorrente argumenta que "a Anatel homologa as tarifas líquidas a serem praticadas pelas empresas de telefonia, ou seja, antes da inclusão dos tributos" e que "não há outra forma de calcular os tributos incidentes na operação senão através da recomposição da receita bruta advinda das prestações de serviços de telecomunicações" (fl. 729).

Abstraindo-se por um momento os óbices tributários intransponíveis, acima indicados, a prática comercial em questão enfrenta, por igual, problemas no campo da legalidade: as razões do Recurso Especial não apontam nenhuma norma jurídica - legal ou infralegal - que autorize, *expressa e inequivocamente*, a cobrança adicional do PIS/Cofins, no período tarifário em questão.

Não pode prosperar o argumento de que a tarifa homologada pela Anatel é "líquida", pelo que excluiria os impostos e contribuições sociais "incidentes na operação". A uma porque, repise-se, a recorrente não apontou norma legal capaz de fundamentar sua pretensão. A duas porque, ainda que houvesse autorização da Anatel nesse sentido, o PIS e a Cofins não incidem sobre cada operação individualizada!

Assim, a agência reguladora não poderia, por simples ato administrativo, alterar a sistemática de cálculo e cobrança desses tributos, fixada por lei. Os poderes da Anatel são muitos, variados e necessários - todos a ela atribuídos pelo legislador de 1997 com o único desiderato de bem proteger a concorrência leal e o consumidor -, mas não a capacitam para mudar a natureza dos tributos existentes no Brasil, nem para retorcer sua base de incidência ou forma de cobrança.

O fato de as receitas obtidas com a prestação do serviço integrarem a base de cálculo dessas contribuições (= faturamento mensal) não pode ser confundido com a incidência desses tributos sobre *cada uma das operações individuais* realizadas pela recorrente. Ora, esses valores também integram a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, já que, após as deduções legais, constituirão o lucro da empresa. Nem por isso a Brasil Telecom defende que a parcela de Imposto de Renda e de Contribuição Social Sobre o Lucro relativa a uma prestação determinada de serviço seja adicionada ao valor da tarifa.

Como ressaltado pela própria concessionária, somente o ICMS, por expressa disposição legal, deve ser objeto de destaque e cobrança na fatura, repassando-se diretamente o ônus ao assinante.

Parece-me, portanto, que estamos diante de outro argumento inafastável contra o repasse do PIS e da Cofins na conta telefônica: *a ausência – e, mais relevante, a impossibilidade – de previsão regulamentar, pela via de ato administrativo da Anatel.*

3.3 Aspectos de Direito do Consumidor

Se é certo que toda empresa embute em seu preço o repasse econômico dos custos com o pagamento de tributos, não é menos certo que, no caso do serviço público de telefonia, o preço cobrado do consumidor não é fixado pela empresa, a seu alvedrio. Com efeito, a fixação, o reajuste e a revisão das tarifas dependem de expressa e inequívoca autorização da Anatel, que estabelece a estrutura tarifária lastreada no corpo e espírito da Lei n. 9.472/1997 (art. 103), bem como no sistema tributário em vigor.

Ademais, a adoção da prática comercial de englobar no valor da tarifa o repasse do PIS e da Cofins viola o disposto no art. 3º, IV, da LGT, que consagra o direito do usuário à informação adequada:

> Art. 3° O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
>
> (...)
>
> IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

Com efeito, a concessionária, segundo suas próprias palavras, nem sequer discrimina na conta telefônica esse *verdadeiro adicional* à tarifa legalmente estabelecida, impedindo, assim, que o assinante tenha acesso à relevante informação: a de que está diretamente suportando (sem previsão legal) o ônus financeiro do PIS e da Cofins devidos pela prestadora.

Essa prática das concessionárias é *abusiva* (art. 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor) na mais ampla extensão possível do termo: viola de uma só vez os microssistemas da legislação tributária, administrativa, de telecomunicações e de proteção do consumidor. Sem falar que, em operações massificadas desta natureza, especialmente no trato com os chamados sujeitos-profanos – na hipótese, milhões de consumidores não "iniciados" em complexas transações e operações técnicas, comerciais, financeiras ou tributárias –, o fornecedor é sempre tentado (embora muitos, imbuídos de responsabilidade social, resistam) a utilizar a filosofia do "se colar, colou", valendo-se exatamente da "fraqueza ou ignorância do consumidor" (art. 39, IV, do CDC). Realmente, quantos consumidores se dão conta de uma diferença de poucos reais em

sua conta telefônica? Ou, entre aqueles que chegam a descobrir a ilegalidade, quantos se dispõem a levar avante um processo judicial como este, considerando-se todos os óbices formais e informais ao acesso à justiça no Brasil?

A técnica do "se colar, colou" é a antítese dos princípios da boa-fé objetiva e da transparência, que integram a linha de frente do Direito do Consumidor. Pior ainda quando tal técnica perversa se manifesta na composição ou preço, não de produtos e serviços de consumo valiosos, que são mais propensos a controle atento e efetivo pelo consumidor, mas de microoperações multiplicadas por milhões de vezes, individualmente irrelevantes ou insignificantes (pelo prisma da vítima), mas, quando agregadas, extraordinariamente importantes e lucrativas (na ótica do fornecedor).

Por tudo isso, também no campo do Direito do Consumidor, conclui-se que é indevida a cobrança do PIS e da Cofins na fatura telefônica.

4. Dos juros

Em relação aos juros de mora, a recorrente alega que deve ser aplicado o disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN. Sustenta, em síntese (fl. 731):

> a contribuição ao PIS e a Cofins, cuja restituição pretendem os Recorridos têm natureza tributária, não há como se sustentar a aplicação de juros de mora a partir da data da citação.

A norma legal supostamente violada disciplina a devolução de valores indevidamente pagos a título de tributo - repetição de indébito tributário. De acordo com a definição legal, "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

No caso sob análise, é evidente a ausência dos requisitos legais para que se possa considerar que a cobrança indevida tinha natureza tributária, sendo certo que não decorria de lei e não era "cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". Ademais, a concessionária não pode ser considerada, sob nenhum ângulo, sujeito ativo da relação tributária.

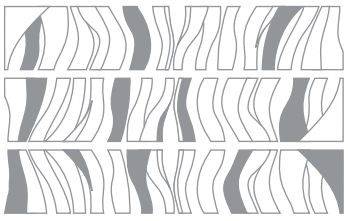
Assim, é certo que não se está diante de repetição de indébito tributário. Como visto, o repasse dos custos futuros com o pagamento de PIS e Cofins feito pela requerente aos usuários caracteriza-se como adicional à tarifa (cuja cobrança não tem respaldo legal). Dessa forma, é inviável a aplicação do art. 167 do CTN.

4. Conclusão

Constatada a ilegalidade do repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, não há como prosperar o apelo nobre.

Diante do exposto, *nego provimento ao Recurso Especial.*

É como *voto.*



Jurisprudência da **Segunda Seção**

AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.502-RS (2006/0032433-9)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)
Revisor: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)
Autor: Alexander da Silva Morales
Advogado: Márcia Regina Frigeri - Defensora Pública e outro
Réu: Banco Itaú S/A
Advogado: Ana Cecília Pereira e outro(s)

EMENTA

Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Defensoria Pública. Intimação pessoal. Ausência. Nulidade. Prejuízo.

1. Cabível a ação rescisória para a correção de vício de nulidade decorrente de ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública de atos do processo, que acarreta prejuízo à parte.

2. Ação rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fernando Gonçalves acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti, por unanimidade, julgar procedente a Ação Rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Fernando Gonçalves, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Luis Felipe Salomão (art. 162, § 2º, RISTJ).

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 24 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Relator

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de ação rescisória proposta por *Alexander da Silva Morales*, com base no artigo 485, inciso V, do CPC, objetivando desconstituição de decisão da Quarta Turma (fls. 353-355), que conheceu parcialmente do recurso especial interposto por *Banco Itaú S/A* e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos autos da ação de revisão de contrato de financiamento com alienação fiduciária e de busca e apreensão.

Na petição inicial, o autor aponta violação a literal disposição de lei (art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950; art. 128, inciso I, da Lei Complementar n. 80/1994 e art. 5º, incisos LVI e LV, da Constituição Federal), sustentando, em síntese, que a Defensoria Pública deixou de ser intimada pessoalmente de diversos atos processuais: da prolatação do acórdão recorrido; da abertura de prazo para contrarrazões ao recurso especial; da decisão de admissibilidade do recurso especial e da decisão que deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela parte adversa. Requer a declaração de *nulidade de todos os atos praticados após a publicação do acórdão 70010040772 (fl. 176) do Tribunal de origem, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a fim de que seja, pessoalmente, intimada a Defensoria Pública lotada naquele órgão quanto ao teor dos acórdãos de mérito e do juízo de admissibilidade proferidos pelo Tribunal de origem, bem como para oportunizar a apresentação de contra-razões ao recurso especial interposto pelo réu*. Postula concessão do benefício da justiça gratuita, deferimento de antecipação de tutela e, por fim, a procedência da ação.

Foi deferido o benefício da gratuidade judiciária (fl. 438) e indeferida a antecipação de tutela (fls. 447-448).

Com a contestação, pugnando pela parcial procedência da ação (fls. 455-457), a resposta à contestação (fls. 489-492) e, decorrido *in albis* o prazo para apresentação de razões finais (fls. 505 e 509), os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que opinou pela procedência da ação rescisória (fls. 511-512).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): A irresignação merece prosperar.

Com efeito, a teor do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950 e do art. 128, inciso I, da Lei Complementar n. 80/1994, constitui prerrogativa dos membros da Defensoria Pública a intimação pessoal de todos os atos do processo, *verbis:*

> Art. 5. § 5° Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.
>
> Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos.

A ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública acarreta a nulidade do processo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

> Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Deficiente auditivo. Exclusão do benefício da reserva de vaga. Julgamento antecipado da lide. Ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública para produção de provas. Prejuízo manifesto do autor. Nulidade. Precedentes.
>
> 1. A ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública foi determinante para a improcedência do pedido, tendo em vista que o Autor, ora Agravado, viu obstaculizado o seu direito à produção da perícia médica para aferir o grau de sua deficiência física, tanto é que o Tribunal de origem, em grau de apelação, baseou-se única e exclusivamente na certidão emitida pela Comissão Examinadora, que o considerou inapto para o exercício do cargo almejado.
>
> 2. *A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o Defensor Público deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade*.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.057.240-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 17.11.2008).
>
> Tributário. Processual Civil. IPTU. Lançamento notificado pelo recebimento do carnê. Defensor Público. Intimação pessoal. Inocorrência. Nulidade. Retorno dos autos.

1. *É prerrogativa da Defensoria Pública, consoante preconizado nos arts. 5º, § 5º, da Lei Federal n. 1.060/1950 e 44, da Lei Complementar n. 80/1994, a realização da intimação pessoal: "Art. 5º: (...)* (omissis) *§ 5° Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos. (Incluído pela Lei n. 7.871, de 1989)"* "Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: I - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos; (...)."

2. *In casu*, consoante consignado no próprio voto condutor dos embargos de declaração (fls. 112 e 113), não houve a intimação pessoal do respectivo membro da defensoria pública para manifestação sobre o recurso de apelação interposto pela Municipalidade, o que configura nulidade absoluta, nos termos do art. 247 do CPC.

3. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à Corte de origem, com anulação dos atos posteriores à sentença, para regularização da intimação pessoal da defensoria pública, oportunizando-se a apresentação de contra-razões à apelação.

(REsp n. 1.035.716-MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 19.06.2008).

Agravo regimental. Sessão de julgamento. Intimação pessoal da Defensoria Pública. Necessidade. Agravo improvido.

1. *A intimação da Defensoria Pública para a sessão de julgamento deve ser pessoal, sob pena de nulidade.*

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.020.178-MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 13.06.2008).

Recurso especial. Ação de indenização. Defensoria Pública. Intimação pessoal. Obrigatoriedade. Ausência. Prejuízo à defesa. Recurso provido.

1 - *A teor da jurisprudência desta Corte, o Defensor Público deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade.*

2 - Recurso conhecido e provido para, anulando o feito a partir da intimação para a produção de provas, determinar a realização de nova intimação da Defensoria Pública da União, desta vez, pessoalmente.

(REsp n. 808.411-PR, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 16.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 227).

Recurso especial. *Parte representada pela Defensoria Pública. Obrigatoriedade de se fazer a intimação pessoal do órgão de assistência judiciária sob pena de nulidade.*

> Somente a partir da intimação pessoal é que corre o prazo para eventual recurso. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp n. 599.432-RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09.11.2004, DJ 06.12.2004 p. 356).

> Processual Civil. Defensoria Pública. Intimação pessoal. Norma cogente. Ausência. Prejuízo. Defesa. Existência.
>
> 1 - *A intimação pessoal do defensor público, conforme o art. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950, é norma de ordem cogente, devendo, por isso mesmo ser obedecida, sob pena de nulidade*, notadamente na espécie onde a falta gera prejuízo para a defesa do réu (recorrente).
>
> 2 - Recurso conhecido e provido.
>
> (REsp n. 558.897-PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 21.10.2003, DJ 03.11.2003 p. 324).

Concretamente, compulsando os autos, verifica-se que a Defensoria Pública não fora intimada pessoalmente da prolatação do acórdão recorrido (fls. 181-192) e de nenhum ato subsequente: da abertura do prazo para contrarrazões ao recurso especial (fls. 199-251); da decisão de admissibilidade do recurso especial (fls. 348-349); da decisão que deu parcial provimento ao recurso especial (fls. 353-355), tendo a decisão transitado em julgado em 30.08.2005 (fl. 357).

A sentença de primeiro grau, confirmada pelo Tribunal *a quo*, julgara procedente a ação, tendo, nesta instância, sido parcialmente conhecido e provido, nesta parte, o recurso especial. Evidente, portanto, o prejuízo à parte autora, que não teve a oportunidade de apresentar contrarrazões ao recurso especial da parte adversa ou de insurgir-se contra a solução conferida àquele recurso.

A via da ação rescisória tem sido aceita, pela jurisprudência desta Corte, para a correção de vícios de nulidade decorrente de ausência de intimação (*error in procedendo*), porquanto, nestes casos, é subtraída da parte prejudicada oportunidade para alegação do vício em momento anterior.

Nesse rumo:

> Ação rescisória. 485, V, do CPC. Defensor Público. Intimação pessoal. Lei Complementar n. 80/1994. *Error in procedendo.* Prejuízo.
>
> I - *O Defensor Público deve, nos termos do art. 128, inciso I, da Lei Complementar n. 80/1994, ser intimado pessoalmente para os atos do processo. Formalidade afeita aos princípios do contraditório e da ampla defesa que, quando da intimação para o oferecimento de contra-razões ao recurso especial, não foi observada*.

II - *Os* errores in procedendo *conforme assinalam a doutrina e a jurisprudência, podem ser pressupostos para rescisão do julgado nos termos do art. 485, V, do CPC*.

III - Existência de prejuízo para parte, pois o recurso especial da autarquia, contra o qual não se ofertou contra-razões, foi acolhido neste Tribunal. Resultado que poderia, se respondido o apelo, ser outro.

Ação rescisória procedente.

(AR n. 745-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 14.06.2000, DJ 04.09.2000 p. 118)

Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Litisconsorte necessário. Mandado de segurança. Tribunal *a quo*. Intimação. Obrigatoriedade.

- O acórdão violou literal disposição de lei, porquanto a requerente, atuando como litisconsorte necessário no Mandado de Segurança no Tribunal a quo, *obrigatoriamente deveria ter sido intimada do recurso dele interposto, o que deixou de ser feito.*

- Ação rescisória procedente.

(AR n. 574-MA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 27.02.2002, DJ 24.02.2003 p. 176).

Processual Civil. Tutela antecipada. Rescisória.

1. *É de se conceder os efeitos da tutela antecipada em sede de ação rescisória intentada para desconstituir acórdão decorrente de julgamento proferido sem intimação prévia da parte vencida.*

2. Acórdão que está em fase de execução com capacidade de provocar danos de difícil reparação à parte executada, em face de penhora de seus bens.

3. Pressupostos presentes para a concessão dos efeitos da tutela antecipada.

4. Doutrina e jurisprudência apresentam fundamentos, na atualidade, em prol da concessão dos efeitos da tutela antecipada em ação rescisória, quando são evidentes os pressupostos para a sua concessão.

5. Agravo regimental provido por maioria concedendo os efeitos da tutela antecipada requerida.

(AgRg na AR n. 3.319-SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 22.06.2005, DJ 10.10.2005 p. 207).

Essa também é a lição da doutrina especializada:

Se exigida alegação (CPC, art. 245), de regra terá ocorrido preclusão. Pode acontecer, porém, que a parte não tenha tido oportunidade de alegar o vício. É o

> que ocorre, por exemplo, na hipótese de o advogado não ter sido intimado para a sessão de julgamento. Nesse caso, não prevalece a preclusão (art. 245, parágrafo único, *in fine*) e a nulidade converte-se em rescindibilidade (TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais e nulidades no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 277).

Nesse contexto, não há outra solução possível, senão a declaração de nulidade do processo, a partir da publicação do acórdão recorrido, com o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se proceda à intimação pessoal da Defensoria Pública do teor daquela decisão, de acordo com o art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação rescisória, condenando o réu ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

É como voto.

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Preliminarmente, renuncio à prerrogativa constante do art. 37, II, do Regimento Interno e adoto o relatório de fls. 522-523, observada a sua completitude.

A presente ação rescisória tem por fundamento o inciso V, do art. 485, apontando, o autor, a violação direta à literalidade dos seguintes dispositivos legais: art. 5º, parágrafo 5º, da Lei n. 1.060/1950; art. 128, inciso I, da Lei Complementar n. 80/1994 e, ainda, art. 5º, incisos LVI e LV, da Constituição da República. Ao argumento de que a Defensoria Pública deixou de ser intimada pessoalmente de vários atos processuais, pede a desconstituição de decisão proferida por esta Corte nos autos do REsp n. 758.352, cuja relatoria foi atribuída ao ilustre Min. Cesar Asfor Rocha.

Com efeito, do exame dos autos, confirma-se a grave falta alegada, uma vez que a Defensoria Pública não foi intimada pessoalmente de diversos atos processuais, o que inclui o conteúdo do acórdão proferido pelo Tribunal de origem e, ainda, o teor da própria decisão rescindenda.

Consoante orientação jurisprudencial iterativa no âmbito desta Corte, a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública acarreta a nulidade do processo. Nesse sentido, entre outros vários, os seguintes precedentes (grifos nossos):

Habeas corpus. Roubo (art. 157 do CPB). Pena aplicada: 4 anos de reclusão em regime inicial semi-aberto. Mandado de prisão expedido.

Ausência de prévia intimação pessoal do Defensor Público da pauta de julgamento da apelação. Nulidade absoluta. Precedentes. Parecer do MPF pela concessão do *writ*. Ordem concedida, tão só e apenas para anular o julgamento do recurso da apelação, renovando-o com a prévia intimação pessoal do Defensor Público, mantido o paciente na situação processual em que se encontra. Pleito de fixação do regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena prejudicado.

1. Consoante as informações prestadas pelo TJSP, não houve a prévia intimação pessoal do ilustre Defensor Público para o julgamento da Apelação.

2. *A teor dos arts. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950 (acrescido pela Lei n. 7.871/1989), 370, § 4º do CPP e 128 da LC n. 80/1994, é prerrogativa da Defensoria Pública, ou de quem lhe faça as vezes, a intimação pessoal para todos os atos do processo, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. Precedentes do STJ.*

3. *A intimação pessoal do Defensor Público, que representa o réu para o julgamento do recurso por ele interposto, integra-se como garantia subjetiva da pessoa processada (devido processo legal), não podendo ser validamente inobservada, sob pena de ilegalidade manifesta.*

4. Ordem concedida, em consonância com o parecer ministerial, tão só e apenas para anular o julgamento do recurso de Apelação n. 993.07.068717-7, para que outro seja proferido, observada a prerrogativa processual do defensor público de ser intimado pessoalmente, mantido o paciente na situação processual em que se encontra. Pleito de fixação do regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena prejudicado. (HC n. 120.665-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 18.05.2009);

Agravo regimental. Sessão de julgamento. *Intimação pessoal da Defensoria Pública. Necessidade.* Agravo improvido.

1. *A intimação da Defensoria Pública para a sessão de julgamento deve ser pessoal, sob pena de nulidade.*

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.020.178-MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 13.06.2008);

Recurso especial. Ação de indenização. *Defensoria Pública. Intimação pessoal. Obrigatoriedade. Ausência. Prejuízo à defesa.* Recurso provido.

1 - *A teor da jurisprudência desta Corte, o Defensor Público deve ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, sob pena de nulidade.*

2 - Recurso conhecido e provido para, anulando o feito a partir da intimação para a produção de provas, determinar a realização de nova intimação da Defensoria Pública da União, desta vez, pessoalmente.

(REsp n. 808.411-PR, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 16.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 227).

Destarte, verificado o grave erro procedimental, mostra-se evidente o prejuízo causado à parte, razão que autoriza a excepcional reversão da coisa julgada, a teor da jurisprudência consagrada no âmbito desta Corte. Por todos, o seguinte precedente:

> Ação rescisória. 485, V, do CPC. Defensor Público. Intimação pessoal. Lei Complementar n. 80/1994. *Error in procedendo.* Prejuízo.
>
> I - O Defensor Público deve, nos termos do art. 128, inciso I, da Lei Complementar n. 80/1994, ser intimado pessoalmente para os atos do processo. Formalidade afeita aos princípios do contraditório e da ampla defesa que, quando da intimação para o oferecimento de contra-razões ao recurso especial, não foi observada.
>
> II - Os *errores in procedendo* conforme assinalam a doutrina e a jurisprudência, podem ser pressupostos para rescisão do julgado nos termos do art. 485, V, do CPC.
>
> III - Existência de prejuízo para parte, pois o recurso especial da autarquia, contra o qual não se ofertou contra-razões, foi acolhido neste Tribunal. Resultado que poderia, se respondido o apelo, ser outro.
>
> Ação rescisória procedente. (AR n. 745-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 14.06.2000, DJ 04.09.2000 p. 118).

Cumpre salientar, a propósito, que o próprio réu reconhece o direito do autor na contestação apresentada às fls. 455-457.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação rescisória, para declarar a nulidade parcial do processo, determinando o retorno dos autos para que se proceda à intimação pessoal da Defensoria Pública do teor do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Custas processuais e honorários advocatícios a cargo do réu, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: *Alexander da Silva Morales* ajuiza ação rescisória, com base no art. 485, V do CPC, visando desconstituir acórdão da Quarta Turma desta Corte (REsp n. 758.352-RS).

Diz o autor nulo o processo, porquanto não intimada, pessoalmente, a sua defesa (assistência judiciária), acarretando violação ao art. 5º, § 5º da Lei n. 1.060/1950.

O ilustre Ministro relator, Desembargador convocado Vasco Della Giustina, julga procedente o pedido.

Pedi vista para melhor exame e, depois de detida análise do caso, chego à mesma conclusão de Sua Excelência.

De fato, patrocinada a causa pela defensoria pública, não foi intimada pessoalmente do acórdão do tribunal de origem (fls. 181-192), tampouco da abertura do prazo para contra-razões do especial (fls. 347), nem da admissibilidade do recurso (fls. 350) e muito menos da decisão proferida neste Superior Tribunal de Justiça (fls. 353-356).

Não há como, nesse contexto, fugir da nulidade, consoante o entendimento pacífico da jurisprudência, já amplamente mencionada nos votos do relator e do revisor.

Acompanho, pois, o relator para julgar procedente a rescisória, nos termos em que especificados.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 76.740-SP (2006/0279583-9)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo
Réu: Edemar Cid Ferreira e outros
Advogado: Renato Oliveira Ramos e outro(s)
Suscitante: Banco Santos S/A - Massa Falida
Advogado: Renato Oliveira Ramos e outro(s)
Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP
Suscitado: Juízo Federal da 6ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores da Seção Judiciária do Estado de São Paulo
Interes.: União

EMENTA

Conflito de competência entre juízos criminal e falimentar. Perda de bens, em favor da União, frutos do crime como efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado. Decreto de falência das empresas titulares desses bens antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Competência do juízo universal da falência para atos de disposição e conservação dos bens da massa falida. Caracterização. Ação de responsabilidade civil prevista na Lei n. 6.024/1974 contra ex-administradores de instituição financeira, com ordem de arresto de bens. Proximidade com feito falimentar. Aplicação, *mutatis mutandi*, do princípio da universalidade do juízo de quebra. Necessidade. Competência do juízo falimentar. Configuração. Conflito conhecido para afirmar a competência do juízo de falência.

1. A decretação da falência carreia ao juízo universal da falência a competência para distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar.

2. A *ratio essendi* do ordenamento jurídico repousa na necessidade de reservar a único juízo a atribuição de gerenciar e decidir acerca de todos os bens sob a titularidade e posse da massa falida. Para tanto, eventuais terceiros prejudicados deverão valer-se dos mecanismos previstos na legislação falimentar, como o pedido de habilitação de crédito, a formulação de pedido de restituição, entre outros.

3. Havendo conflito de competência entre o juízo criminal - que determina a perda de bens em favor da União com base no art. 91, II, do Código Penal após o trânsito em julgado - e o juízo falimentar quanto a atos de disposição dos bens da massa falida, deverá ser prestigiada a *vis attractiva* do foro da falência, que é - por assim dizer - o idôneo distribuidor do acervo da massa falida.

4. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que se aperfeiçoará o decreto de perda de bens em favor da União, cumprirá ao juízo falimentar - mediante provocação - indicar quem são os terceiros de boa-fé, que, à luz do art. 91, II, do CP, não poderão ser prejudicados pelo confisco-efeito da condenação penal.

5. A ação de responsabilidade civil prevista na Lei n. 6.024/1974 (Lei de Intervenção e de Liquidação das Instituições Financeiras) possui notória interconexão com o feito falimentar, do que dão nota a coincidência do foro competente (art. 46 da Lei n. 6.024/1974), a legitimidade ativa do administrador da massa falida (art. 47 da Lei n. 6.024/1974) e a finalidade da ação de responsabilidade em obter a condenação dos ex-administradores da instituição financeira com o intuito de incrementar o acervo patrimonial constitutivo da massa falida, tudo em prol do pagamento dos credores da instituição financeira (art. 49 da Lei n. 6.024/1974).

6. A acentuada proximidade entre a ação de responsabilidade dos administradores da instituição financeira e o feito falimentar permite que o princípio da universalidade do foro da falência seja, no que couber, aplicado às aludidas ações de responsabilidade.

7. Ao símile do que ocorre no caso da falência, diante de sentença penal posterior à ação de responsabilidade a qual determine, após o trânsito em julgado, a perda dos bens dos ex-administradores em proveito da União, a competência para custodiar esses bens e avaliar se o confisco está ou não prejudicando os terceiros de boa-fé mencionados no art. 91, II, do Código Penal será do r. juízo falimentar.

8. É desinfluente - seja no caso de falência, seja no de ação de responsabilidade - que o eventual sequestro de bens na esfera penal seja anterior à propositura da ação de responsabilidade civil dos ex-administradores ou ao decreto de quebra.

9. Conflito conhecido para declarar a competência do r. juízo falimentar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Seção, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP, o primeiro suscitado, mantida a liminar de fls. 237-239 e prejudicados os Agravos Regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os

Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 15.06.2009

PRELIMINAR - VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de conflito positivo de competência, suscitado pelo *Banco Santos S/A - Massa Falida*, entre o Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP e o Juízo Federal da 6ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

Narram os autos que, em 20 de setembro de 2005, foi decretada a falência do Banco Santos pelo Juízo da 2ª Vara de Falências de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado pelo liquidante nomeado pelo Banco Central do Brasil, uma vez que a instituição financeira encontrava-se em regime de intervenção, seguida da liquidação.

Paralelamente ao processo de quebra, adverte o suscitante, encontra-se em curso incidente objetivando a extensão da falência às empresas Atalanta Participações e Propriedades S/A, Cid Collection Empreendimentos Artísticos Ltda, Maremar Empreendimentos e Participações Ltda, Hyles Participações e Empreendimentos Ltda e Finsec Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros, as quais teriam sido supostamente utilizadas para desviar patrimônio do banco.

Ocorre que, no âmbito da Justiça Federal, onde tramita ação criminal visando apurar a ocorrência de crimes contra a ordem econômica, destacadamente, gestão fraudulenta da instituição financeira, foi decretado, preventivamente, o seqüestro de alguns bens, móveis e imóveis, registrados em nome das referidas empresas. Com a prolação da sentença condenatória, foi decretado, como efeito da condenação, o perdimento desses bens em favor da União, com base no que dispõe o artigo 91, II, **b** do Código Penal, entre eles, um imóvel de elevado valor, que foi transformado em museu, além de diversas

obras de arte, que foram doadas a instituições públicas, entre as quais o Museu de Arqueologia e Etnologia da Universidade de São Paulo.

Alega a suscitante que, em razão da decretação da falência da instituição financeira, o juízo universal falimentar seria o competente para praticar todos os atos que importassem disposição, bem como arrecadação dos bens derivados de recursos desviados do Banco Santos, de modo que o magistrado federal teria extrapolado os limites de sua competência, ao determinar medidas que, em última análise, estariam privilegiando interesse da União em detrimento do universo de lesados pela gestão fraudulenta da instituição falida.

Esclarece que tais medidas foram determinadas pelo juízo federal, mesmo tendo sido informado sobre a decretação da falência do Banco Santos, e que, como complemento de sua decisão condenatória, ainda determinou que parte dos bens fosse levada a leilão eletrônico no dia 22 de janeiro de 2007, com designação de eventual segunda praça para o dia 06 de fevereiro.

Às fls. 237-239, determinei fossem sobrestadas quaisquer medidas ou providências por parte do juízo federal, com o objetivo de pracear, leiloar ou dar qualquer destinação aos bens seqüestrados, até segunda ordem. Designei, em caráter provisório, para responder pelos atos reputados urgentes, o Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP.

Contra essa decisão, foram interpostos agravos internos pelo Ministério Público Federal e pela União - essa última na condição de terceiro prejudicado.

Foram prestadas informações pelos juízos suscitados, respectivamente, às fls. 248-946 e 948-951.

Registro a apresentação de memorial pelo *Parquet* federal.

É o relatório.

É assente a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, com a decretação da quebra, opera-se a *vis atractiva* do juízo universal da falência, em consonância com o artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, sob pena de se romperem os princípios da indivisibilidade e da universalidade do juízo da falência, com manifesto prejuízo para os credores.

Essa a diretriz que, em juízo perfunctório, *initio litis*, levou-me a sobrestar quaisquer medidas ou providências por parte do juízo federal tendentes a dar destinação aos bens sequestrados, até o julgamento final do presente conflito.

É de se ter presente que o artigo 115 do Código de Processo Civil assim dispõe:

> Há conflito de competência:
>
> I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes;
>
> II - quando dois ou mais juízes se consideraram incompetentes;
>
> III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Da análise detida dos autos, depreende-se que, em 20.09.2005 foi decretada a falência do Banco Santos S/A pelo Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo, primeiro suscitado, não tendo essa decisão, contudo, alcançado as empresas Atalanta Participações e Propriedades S/A, Cid Collection Empreendimentos Artísticos Ltda, Maremar Empreendimentos e Participações Ltda, Hyles Participações e Empreendimentos Ltda e Finsec Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros, as quais teriam sido supostamente utilizadas para desviar patrimônio do Banco, existindo, por esse aspecto, apenas um pedido de extensão dos efeitos da falência a essas empresas, o qual encontra-se pendente de apreciação.

Paralelamente, tramitava no âmbito da Justiça Federal ação criminal visando apurar a ocorrência de crimes contra a ordem econômica, destacadamente, gestão fraudulenta da instituição financeira, tendo sido decretado, preventivamente, o seqüestro de bens móveis e imóveis registrados em nome das referidas empresas, medida que foi tomada anteriormente à decretação da quebra, contra a qual foi impetrado mandado de segurança.

Com a prolação da sentença condenatória, como consectário legal, foi decretado o perdimento dos bens sob constrição em favor da União, com base no artigo 91, II, **b** do Código Penal, que assim dispõe:

> São efeitos da condenação:
>
> I - (...)
>
> II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:
>
> a) (...)
>
> b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Ora, o que se percebe é que a decretação da quebra, em verdade, não teve qualquer reflexo na esfera federal criminal, a qual atuou, estritamente, nos limites de sua competência, haja vista que a pena de perdimento dos bens seqüestrados

em favor da União ocorreu como conseqüência da condenação imposta, diante da constatação de que esses bens foram adquiridos com o fruto das infrações penais praticadas contra o Sistema Financeiro Nacional e em lavagem de valores (Leis n. 7.492, de 16.06.1986, e 9.613, de 03.03.1998).

Não se trata, tal medida, de ressarcimento por eventual prejuízo causado à União, que não é credora do falido, mas, repise-se, de efeito legal da condenação penal, razão pela qual não tem a discussão qualquer relação com questões atinentes ao juízo falimentar.

No juízo da quebra, por certo, há dezenas de credores que almejam ressarcimento pelos prejuízos sofridos. Todavia, perante a Justiça Federal, o juízo de mérito teve por escopo, tão-somente, a responsabilização pelos crimes imputados, com reflexos sobre o domínio dos bens adquiridos, consoante a conclusão do juiz, com o produto dos delitos, nada mais.

Assim delineados os fatos, impõe-se concluir que, em verdade, os juízos suscitados decidiram as causas nos limites de suas competências, não havendo falar-se, por conseguinte, na existência de conflito a ser dirimido por este Tribunal.

Tampouco seria de se ponderar, no presente momento, sobre a possibilidade de os efeitos da falência serem estendidos às empresas envolvidas no desvio patrimonial, porquanto o conflito de competência não possui essa extensão. Ao contrário, são estreitos os seus limites.

Nessa linha de entendimento, aliás, pontificou o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, no julgamento do CC n. 57.565-GO, DJ 02.05.2006, envolvendo a falência do grupo Avestruz Master, no qual pendiam vários atos constritivos emanados de diversos juízos sobre os mesmos bens, que

> As suscitantes apegam-se a suposta sobreposição de atos referentes à administração do patrimônio das empresas envolvidas, para dizer que a postura dos juízos envolvidos é conflitante.
>
> Mas isso não basta. Não é possível falar em sobreposição de competências. Cada magistrado está atuando nos limites de sua competência, exercendo a jurisdição de que foi investido.
>
> Cada juízo envolvido está julgando uma ação e não se indica a concorrência de duas recuperações judiciais deferidas por juízos diversos envolvendo as mesmas empresas.

No referido precedente, a conclusão foi pela inexistência de conflito e, guardadas as particularidades de cada caso, tenho que a solução para a

hipótese em análise deve ser a mesma, porquanto não houve, no presente caso, a demonstração de que os juízos envolvidos tenham-se afirmado competentes para a apreciação de uma mesma causa. O que se verifica, quando muito, é que as decisões tomadas por cada um dos juízos, nos limites de sua competência, tiveram repercussão sobre um mesmo conjunto de bens, ensejando a aparência de existirem decisões conflitantes, mas, apenas, por razão de ordem prática, não de ordem técnica, uma vez que diversos foram os objetos de uma e outra demanda.

Feitas essas considerações, por tudo que dos autos consta, não conheço do presente conflito de competência. Como conseqüência, fica revogada a decisão de fls. 237-239, tornando prejudicados os agravos internos interpostos, respectivamente, pelo Ministério Público Federal e pela União.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: 1. Nos autos de Procedimento Criminal Diverso ajuizado pelo Ministério Público Federal, o MM. Juiz Federal da 6ª Vara Criminal Federal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores, Dr. Fausto Martin de Sanctis:

a) deferiu em 18 de fevereiro de 2005, o seqüestro de bens de Edemar Cid Ferreira, controlador do Banco Santos S/A, bem como a busca e apreensão de "documentos, computadores, moeda nacional e estrangeira, bem como quaisquer outros objetos, à exceção dos constantes do seqüestro" (fl. 167, 1º vol.);

b) decretou nos autos da ação penal proposta pelo Ministério Público Federal contra Edemar Cid Ferreira a perda, em favor da União, dos bens discriminados às fls. 201-202 (1º vol.), destacando-se na sentença os seguintes trechos:

> Os bens cuja perda foi decretada nesta sentença não podem ser levados ao juízo da Falência, uma vez que, após o trânsito em julgado desta decisão, servirão à restituição em prol da União e não de ressarcimento dos credores da Massa Falida do Banco Santos S/A. O foro competente não é o juízo da Falência, mas sim, o criminal federal, eis que as medidas constritivas ocorreram por força de decisões prolatadas na seara criminal, muito antes da decretação da Falência, que se deu em 20.09.2005.
>
> (...)

> Os credores da Massa Falida do Banco Santos S/A não podem ser tidos como lesados ou terceiros de boa-fé, na dicção do aludido artigo 91, inciso II, do Código Penal, pois o Seqüestro recaiu sobre bens de empresas (Atalanta Participações e Propriedades S/A, Hyles Participações e Empreendimentos Ltda., Cid Ferreira Collection Empreendimentos Artísticos Ltda. e Brasilconnects Cultura) que não tiveram a Falência decretada, embora requerida, estando em grau de recurso junto ao egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em nada atingindo os interessados da Falência.
>
> Com a prolação da presente sentença confirmou-se que a aquisição foi fruto das infrações penais praticadas contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem de Valores, sendo assegurada sua restituição em prol da União Federal. Tanto os móveis, quanto os imóveis foram adquiridos em nome de terceiros, pelas empresas titularizadas por Márcia de Maria Costa Cid Ferreira, Edna Ferreira de Souza e Silva, Renello Parrini e Ruy Ramazini, para dissimular a origem dos valores neles investidos e que foram desviados por meio de Edemar Cid Ferreira, Mário Arcângelo Martinelli, Álvaro Zucheli Cabral, Rodriguo Rodrigues de Cid Ferreira, Ricardo Ferreira de Souza e Silva e André Pizelli Ramos por atos praticados na administração do Banco Santo S/A.
>
> A satisfação dos credores somente poderá ocorrer com os bens licitamente adquiridos pelo Banco Santos S/A. Ora, tendo sido comprovada a inidoneidade da sua aquisição neste juízo federal criminal, visando à restituição (e não o ressarcimento), não se pode vislumbrar qualquer interesse da Massa Falida, até porque entendimento contrário violaria o sistema positivo penal a respeito, bem como Convenções internacionais (Convenção de Palermo e Convenção de Viena) e Recomendação n. 3 do *Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment des Capitaux* ou do *Financial Action Task Force on Money Laundering (GAFI/FATF),* que revelam a necessidade de perda de bens em caso de futura e enventual condenação, não para fins de indenização de credores, mas restituição do ofendido que, no caso, é o Estado (fls. 191-192, 1º vol.).

2. O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da cidade de São Paulo, Dr. Caio Marcelo Mendes de Oliveira:

a) deferiu em 14 de setembro de 2005 nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo o arresto dos bens dos "administradores, membros do Conselho de Administração e administradores de fato do Banco Santos S/A" (fls. 117-119, 1º vol.); e

b) decretou em 20 de setembro de 2005 a falência do Banco Santos S/A, que estava em liquidação extrajudicial, determinando a arrecadação dos respectivos bens (fls. 19-23, 1º vol.), e, provisoriamente, estendendo em 31 de janeiro de 2006 essa ordem aos bens pertencentes a Atalanta Participações

e Propriedades S/A, Cid Collection Empreendimentos Artísticos Ltda., Maremar Empreendimentos e Participações Ltda. e Hyles Participações e Empreendimentos Ltda. (fls. 121-125, 1º vol.).

3. Na forma do art. 115 do Código de Processo Civil, há conflito de competência (i) quando dois ou mais juízes se declaram competentes, (ii) quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes e (iii) quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Quando dois ou mais juízes se declaram competentes está-se diante de um conflito *positivo* de competência.

Aqui um juiz federal, no âmbito de uma *ação penal*, se declara competente para dispor sobre patrimônio que, nos autos de uma *ação falimentar*, foi objeto de mandado de arrecadação emanado de um juiz de direito.

Há incompatibilidade prática entre essas decisões, porque uma não pode ser executada sem prejuízo da outra – resultando disso, evidentemente, um conflito de competência.

Voto, por isso, preliminarmente, no sentido de conhecer do conflito de competência.

QUESTÃO DE ORDEM - VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho: Sra. Ministra Nancy Andrighi, o Sr. Ministro Ari Pargendler tem razão. A qualquer tempo pode haver a intervenção, desde que ainda não iniciado o julgamento. No meio do julgamento, seria inoportuna.

Voto no sentido de indeferir, na forma de assistência, a participação do Ministério Público do Estado.

QUESTÃO DE ORDEM - VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sra. Ministra Presidente, penso que o Sr. Ministro Ari Pargendler é o Relator do presente conflito, porque, se foi o Relator do acórdão da preliminar de conhecimento, que decidiu que existe o conflito, por que mudar? Vamos julgar o conflito com o mesmo Relator. Por que redistribuir? Se fosse um processo de pauta, com nova sustentação oral, concordaria com a redistribuição.

Data venia, fico vencido.

QUESTÃO DE ORDEM - VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sra. Ministra Presidente, voto pela redistribuição do feito.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de conflito de competência, com pedido liminar, suscitado por *Banco Santos S/A - Massa Falida* envolvendo, como suscitados, o r. *Juízo Federal da 6ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores da Seção Judiciária do Estado de São Paulo-SP* (doravante, denominado simplesmente de juízo criminal) e *Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP* (doravante, somente juízo falimentar).

Os elementos dos autos dão conta de que, em 12.11.2004, foi determinada a intervenção do Banco Central do Brasil - Bacen no Banco Santos S/A (fl. 117).

Em 18.02.2005, no curso de ação penal movida pelo Ministério Público Federal contra, entre outros, Edemar Cid Ferreira, o r. Juízo criminal determinou o sequestro de bens tidos como pertencentes a Edemar e a empresas vinculadas ao Banco Santos S/A (Atalanta Participações e Propriedades S/A, Hyles Participações e Empreendimentos Ltda e Cid Collection), conforme decisão de fls. 153-169. Nomeadamente, foi determinado o sequestro: (1) "do imóvel situado na Rua Gália, (...) com anotação do sequestro nas matrículas n. (...) 13.403, 153.409, 99.436, 9.737, 97.379, 90.929, 98.500 (...)" e (2) "de todas as obras de arte e objetos decoração que (...) se encontram na sede do Banco Santos S/A" (fl. 166).

Posteriormente, em 06.09.2005, o Ministério Público do Estado de São Paulo – MP-SP ajuizou ação de responsabilidade civil contra Edemar e outros envolvidos na administração do Banco Santos S/A perante o r. Juízo falimentar. Este, então, atendendo a pedido do MP-SP em 14.09.2005, determinou o arresto dos bens de Edemar e dos co-demandados, por entender verossímeis as conclusões de inquérito instaurado pelo Bacen, que teria constatado "a existência de substancial prejuízo, com passivo a descoberto da ordem de R$ 2.235.802.000,00, afora os prejuízos ainda não quantificados, notadamente a fundos de investimento e ao BNDES", e teria demonstrado "a existência de

gestão nefasta da administração do Banco [Santos S/A] e, mais ainda, com a prática de atos ilícitos, muitos deles a caracterizar crime" (fl. 118).

Alguns dias depois, especificamente em 20.09.2005, ante pedido formulado "pelo liquidante nomeado pelo Banco Central do Brasil" (fl. 03), o r. Juízo falimentar determinou a falência do Banco Santos S/A (fls. 19-23).

Em 31.01.2006, apreciando requerimento do MP-SP para estender a quebra para empresas relacionadas com o Banco Santos S/A (quais sejam, "Atalanta Participações e Propriedades S.A, Cid Collection Empreendimentos Artísticos Ltda, Maremar Empreendimentos e Participações Ltda, Hyles Participações e Empreendimentos Ltda, Finsec S.A Companhia Securitização de Créditos Financeiros" - fls. 123-124), o r. Juízo falimentar determinou a arrecadação provisória dos imóveis que haviam sido sequestrados pelo Juízo criminal. Na ocasião, o r. Juízo falimentar anotou, *in verbis*:

> Por outro lado, por força da questão alvitrada pelos Reqtes., no sentido de que a decisão da e. Justiça Federal, sem considerar os direitos de terceiros - cujos fundamentos vêm de ser juntados aos autos da falência (...) - está pretendendo incorporar, em definitivo, bens das sociedades mencionadas ao patrimônio da União, afrontando disposições da legislação vigente, particularmente o art. 91, II, do Código Penal e art. 7º, I, da Lei n. 9.613/1998, defiro, adotando os fundamentos articulados, medida de caráter cautelar, para arrecadação provisória dos imóveis cujos números de matrícula estão descritos à fl. 126. (fl. 124)

Sobreveio, então, em 11.12.2006, sentença penal condenatória proferida pelo r. Juízo criminal, que, além de infligir penas à maioria dos réus, determinou, após o trânsito em julgado, a perda, em favor da União, de diversos bens de Edemar Cid Ferreira e de empresas envolvidas nos crimes. Ademais, o r. Juízo criminal determinou o leilão de alguns bens e a destinação de outros (fls. 201-205).

A Massa Falida do Banco Santos S/A, então, poucos dias depois (18.12.2006), suscitou o presente conflito de competência, alegando, basicamente, que o r. Juízo criminal invadiu a competência do r. Juízo falimentar, ao promover a realização de bens que, embora pertencentes a Edemar Cid Ferreira e a empresas vinculadas ao Banco Santos S/A, estão afetados ao r. Juízo universal de falência e devem servir ao pagamento dos credores da massa falida.

O eminente Ministro Castro Filho, inicialmente relator, designou provisoriamente o r. juízo falimentar como competente para decidir acerca de atos urgentes e determinou a suspensão de "quaisquer medidas ou providências

por parte do juízo federal [juízo criminal], com o objetivo de pracear, leiloar ou dar qualquer destinação aos bens sequestrados, até segunda ordem" (fl. 239).

Solicitadas informações, o r. Juízo criminal, às fls. 250-252, afirma ter atuado dentro de sua competência, porquanto os bens da Massa Falida do Banco Santos S/A "não foram sequestrados por este juízo, não podendo, s.m.j., ter aplicação a nobre decisão [do ilustre Ministro Castro Filho], já que estão em nome de empresas, cuja falência sequer foi decretada" (fl. 251). Aduz, ainda, não ser possível "uma instituição financeira sujeita à falência pleitear a sustação de medidas urgentes em relação a empresas que sequer tiveram sua bancarrota decretada" (fl. 252). Apresenta, ademais, cópia da sentença penal condenatória às fls. 278-946.

O r. Juízo falimentar, a seu turno, prestou informações às fls. 948-951, esclarecendo que já promoveu "a arrecadação dos mesmos bens objeto de deliberação por S. Exa. o Juiz Federal da 6ª Vara" (fl. 948).

Às fls. 957-970, o Ministério Público Federal, a seu turno, interpôs agravo regimental contra a decisão do insigne Ministro Castro Filho, sustentando, basicamente, não ter-se configurado o conflito de competência na espécie, pois "os Juízos envolvidos agiram nos limites das respectivas competência" (fl. 960). Aduz, ademais, que "a sobreposição ou incompatibilidade entre os atos de constrição de haveres determinados pelo Juízo Criminal e os de arrecadação judicial pelo Juízo Falimentar, que estariam incidindo sobre os mesmos bens privados, não se constitui como circunstância suficiente para caracterizar uma postura conflitante entre os magistrados" (fl. 961). Afirma, ainda, que a Massa Falida do Banco Santos, em vez de valer-se da via do conflito, deveria ter-se servido da sua condição de terceiro interessado para interpor recurso no âmbito da jurisdição do r. Juízo criminal. No mérito, pleiteia a designação do r. Juízo criminal como competente. Assinala que os bens *sub judice* foram sequestrados pelo r. juízo criminal antes do decreto de quebra do Banco Santos, razão por que a disposição deles não pode ser transferida para a esfera de competência do r. Juízo falimentar. Assenta, ainda, que os referidos bens não são do Banco Santos, e sim de "outras empresas (Atalanta Participações e Propriedades S/A, Cid Collection Empreendimentos Artísticos Ltda, Maremar Empreendimentos e Participações Ltda, Hyles Participações e Empreendimentos Ltda e Finsec Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros)" (fl. 965).

A União, igualmente, interpôs agravo regimental às fls. 974-999, estribado em argumentos similares aos vertidos pelo Ministério Público Federal.

Levado este conflito de competência a julgamento colegiado, a 2ª Seção deste Sodalício o "conheceu (...) e determinou a suspensão do feito para posterior julgamento do mérito" (fl. 1.014).

Às fls. 1.070, o r. Juízo criminal comunicou que, contra a sentença penal condenatória supracitada, "a Massa Falida do Banco Santos interpôs recurso de Apelação" (fl. 1.070).

Em 04.07.2007, confirmando a já citada arrecadação provisória, o r. juízo falimentar deferiu o pedido de extensão da falência do Banco Santos S/A às empresas a ele ligadas. Argumentou, em suma, o r. juízo falimentar que "a extensão da falência se justifica porque todas as sociedades mencionadas não apresentam qualquer finalidade econômica e serviram para a prática de abuso de direito, para proteção de um patrimônio apartado, que frustou a ação de credores. Existia centralização dos negócios e interesses do Banco Santos exatamente na sua diretoria. As sociedades são ligadas, de uma forma ou de outra, e todas elas são, finalmente, dominadas por Edemar Cid Ferreira ou sua mulher" (fl. 1.091). Assinalou, ademais, ser desnecessária a extensão da falência a Edemar Cid Ferreira em razão de, contra ele, já existir uma ação civil pública de responsabilidade e de o Banco Santos ser uma sociedade anônima, e não uma sociedade de responsabilidade ilimitada (fl. 1.090).

A 2ª Seção deste Sodalício houve por determinar a redistribuição deste incidente, oportunidade em que este passou a ser desta Relatoria (fl. 1.123).

Em parecer de fls. 1.172-1.173, o Ministério Público Federal oficiou pela declaração da competência do r. Juízo criminal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Inicialmente, bem de ver que esta Seção já conheceu deste conflito de competência, conforme certidão de julgamento de fl. 1.014. Só remanesce a análise do seu mérito, portanto.

Há de reconhecer-se, nesse ponto, a competência do r. *Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP* (juízo falimentar).

Com efeito.

De plano, bem de ver que a análise do presente conflito de competência deverá levar em conta o estado dos fatos noticiados nos autos até o presente

momento, de acordo com o qual se tem que: (1) já ocorreram a decretação da falência do Banco Santos S/A e a sua extensão às empresas a ele ligadas; (2) a sentença penal condenatória ainda não havia transitado em julgado quando da extensão da quebra às sociedades ligadas ao Banco Santos S/A, dada a interposição de recurso de apelação; (3) o comando do r. Juízo criminal no sentido de determinar o perdimento de bens de Edemar e das referidas empresas em favor da União só surtirá efeitos após o trânsito em julgado, consoante consignado na sentença penal condenatória e (4) os aludidos bens pertencem a Edemar e a essas sociedades às quais se estendeu o decreto de falência.

Dessa forma, a controvérsia, em suma, centra-se em saber se o r. Juízo criminal - ao decretar, em favor da União, como efeito da condenação penal, a perda de bens de Edemar e das empresas cuja falência foi decretada - é competente ou não para promover atos de destinação e de conservação desses bens, como leilão, doação a entes públicos e etc.

Sobre o tema, não se olvide que a decretação da falência carreia ao juízo universal da falência a competência para distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar. Por essa razão, após a quebra, é inviável o prosseguimento de atos de expropriação patrimonial contra a falida em outros juízos.

A *ratio essendi* do ordenamento jurídico repousa na necessidade de reservar a único juízo a atribuição de gerenciar e decidir acerca de todos os bens sob a titularidade e posse da massa falida. Para tanto, eventuais terceiros prejudicados deverão valer-se dos mecanismos previstos na legislação falimentar, como o pedido de habilitação de crédito, a formulação de pedido de restituição, entre outros.

Nesse sentido, confiram-se estes precedentes:

> Conflito de competência. Falência. Ação de apuração de responsabilidade civil. Massa falida autora. Princípio da universalidade do juízo falimentar.
>
> (...)
>
> 2. O princípio da universalidade tem como objetivo não só evitar a dispersão do patrimônio da massa falida, como também permitir que as situações relevantes da falência sejam submetidas a juízo único, conhecedor da realidade do processo.
>
> 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 11ª Vara Cível de Goiânia-GO.
>
> (CC n. 92.417-DF, 2ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 1º.04.2008).

> Processual Civil. Conflito positivo. Agravo regimental. Falência. Execução trabalhista. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Constrição do patrimônio dos sócios. Medida adotada por ambos os órgãos judiciais. Prevalência do Juízo universal. Provimento.
>
> I. Havendo decretação da desconsideração da personalidade jurídica da falida/executada tanto pela Justiça do Trabalho como pelo Juízo falimentar, com a consequente arrecadação dos bens dos sócios, deve a execução ser processada perante o Juízo universal.
>
> II. Estendidos os efeitos da quebra também a estes, a penhora anterior realizada na Justiça Especializada cede em face da falência superveniente.
>
> III. Agravo regimental provido, para declarar a competência do Juízo falimentar, o suscitado.
>
> (AgRg no CC n. 98.498-RJ, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 27.03.2009). E, ainda: AgRg no CC n. 88.620-MG, 2ª Seção, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 08.08.2008; CC n. 56.347-PR, 2ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 08.02.2006; CC n. 37.680-PR, 2ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 07.03.2005).

A celeuma instaurada nestes autos ampara-se em conciliar essa universalidade do juízo falimentar com a aplicação, pelo r. Juízo criminal, do efeito da condenação penal consistente na "perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso" (art. 91, II, **b**, do Código Penal).

Por um lado, não haverá de negar que o r. Juízo criminal possui competência para consignar, na sua sentença penal, o perdimento, em prol da União, dos bens frutos de fato criminoso, desde que não se prejudique "o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé" (art. 91, II, do Código Penal).

Todavia, por outro lado, o r. Juízo falimentar é o credenciado a custodiar todo o patrimônio da falida, para os repartir entre os credores e os que demonstrem legítimo direito, nos moldes da legislação falimentar. Por essa razão, ao juízo falimentar concorrerão todos os que demonstram interesse no patrimônio da falida.

Diante dessas considerações, havendo o conflito entre os juízos criminal e falimentar quanto a atos de disposição dos bens da falida, deverá ser prestigiada a *vis attractiva* do foro da falência, que é - por assim dizer - o idôneo distribuidor do acervo da massa falida.

Não se está, com tal entendimento, afastando do juízo criminal a competência para decretar a perda, em favor da União, de bens decorrentes de

crime. Apenas se está destacando que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu o juízo falimentar como o responsável por arrecadar e destinar o patrimônio constitutivo da massa falida.

Consequentemente, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que se aperfeiçoará o decreto de perda de bens em favor da União, cumprirá ao juízo falimentar - mediante provocação - indicar quem são os terceiros de boa-fé, que, à luz do art. 91, II, do CP, não poderão ser prejudicados pelo confisco-efeito da condenação penal.

Reitere-se: o perdimento de bens, como efeito civil da sentença penal condenatória, não poderá prejudicar aqueles que se enquadrarem como terceiros de boa-fé, classificação essa que, no caso de haver a quebra das empresas titulares desses bens, deverá ser feita pelo juízo falimentar relativamente aos credores da massa.

Entender diferente seria desmerecer a universalidade e indivisibilidade do juízo falimentar. Seria, também, estimular a criação de dois concursos coletivos de credores: um perante o foro da falência; outro, na órbita do juízo criminal, a quem os diversos credores se dirigirão para avocarem a condição de terceiro de boa-fé. Seria, outrossim, desconsiderar que a jurisdição criminal não é a instância legalmente dedicada a discussões aprofundadas sobre temas extra-penais. A propósito, convém recordar que o art. 120, § 4º, do Código de Processo Penal confirma essa especialização da jurisdição penal, ao rezar que, no caso de complexos pedidos de restituição de coisas apreendidas, o juízo criminal deverá eximir-se de imergir nesses pleitos de natureza civil, remetendo as partes ao foro cível.

Além do mais, na linha dos argumentos acima, bem de ver que, havendo a falência das empresas titulares dos bens cuja perda, em favor da União, foi decretada pelo juízo criminal, a decisão acerca de atos necessários à conservação ou à alienação desses bens será da competência do juízo universal da falência, a quem, conforme já assinalado, está afetada a atribuição de traçar os rumos do patrimônio da massa falida.

In casu, entre os bens cuja perda em favor da União foi decretada, há os que eram das empresas ligadas ao Banco Santos e há os que eram de propriedade de Edemar Cid Ferreira.

Relativamente aos primeiros, é certo que a extensão da falência às sociedades titulares do bem impede que o r. Juízo criminal ultrapasse os limites de sua competência, restrita à mera decretação da perda dos bens em favor da União, consoante já exposto acima.

No tocante aos bens de propriedade de Edemar Cid Ferreira, oportuno anotar que eles não estão sendo perseguidos no bojo do feito falimentar, e sim na via da ação de responsabilidade civil ajuizada pelo Ministério Público Estadual para obter "a reparação dos prejuízos sofridos por terceiros - depositantes e credores em geral do banco, dentro dos objetivos da Lei n. 6.024/1974" (fl. 42).

Daí surge a questão: a quem caberá custodiar esses bens pessoais de Edemar Cid Ferreira: o juízo criminal ou o falimentar?

A resposta a essa indagação apóia-se em razões similares às que foram ventiladas. Explica-se.

As instituições financeiras sujeitam-se a um regime jurídico especial em razão da flagrante necessidade de garantir a segurança nas relações jurídico-econômicas travadas entre as instituições financeiras e outras miríades de agentes da economia, assim designado o mais simples correntista até as mais robustas empresas. A tutela coletiva dos interesses envolvidos no âmbito das instituições financeiras merece uma regência normativa especial, hábil a enfrentar eventuais atos ilícitos praticados por administradores na gestão da instituição, especialmente ante o inegável interesse público em manter a segurança jurídica na atmosfera econômica brasileira para atrair investimentos externos, controlar os juros e quejandos.

Por isso, há, na Lei n. 6.024/1974 (Lei de Intervenção e de Liquidação das Instituições Financeiras), a previsão da ação de responsabilidade civil, a qual pode ser proposta pelo Ministério Público em desfavor de ex-administradores das instituições financeiras, com o fito de assegurar a condenação destes ao adimplemento dos prejuízos causados (art. 40 da Lei n. 6.024/1974). Ademais, o referido diploma contempla a possibilidade de serem arrestados os bens dos ex-administradores que não foram decretados indisponíveis por ocasião da intervenção pelo Banco Central (art. 45).

Bem de ver que a aludida ação de responsabilidade possui notória interconexão com o feito falimentar. Com efeito, além de a demanda de responsabilidade dever ser proposta "no juízo da falência ou no que for para ela competente" (art. 46 da Lei n. 6.024/1974), a legislação é expressa em estabelecer que, havendo a decretação da quebra após o ajuizamento da ação de responsabilidade pelo Ministério Público, "competirá ao síndico tomar, daí por diante, as providências necessárias ao efetivo cumprimento das determinações desta Lei [Lei n. 6.024/1974]" (art. 47 da Lei n. 6.024/1974).

De fato, a ação de responsabilidade dos ex-administradores é uma via pela qual se poderá, após a condenação destes, incrementar o acervo patrimonial

constitutivo da massa falida, tudo em prol do pagamento dos credores da instituição financeira (art. 49 da Lei n. 6.024/1974).

Como se vê, há acentuada proximidade entre a ação de responsabilidade dos administradores da instituição financeira e o feito falimentar - ambos, aliás, da competência do mesmo juízo - a permitir que o princípio da universalidade do foro da falência seja, no que couber, aplicado às aludidas ações de responsabilidade.

Assim, havendo a propositura de ação de responsabilidade contra ex-administradores, a competência para decidir acerca de atos de disposição e conservação dos bens destes é da alçada do juízo falimentar, notadamente quando se determinou o arresto dos bens (como sucedeu *in casu*).

De mais a mais - ao símile do que ocorre no caso da falência -, diante de sentença penal posterior à ação de responsabilidade a qual determine, após o trânsito em julgado, a perda dos bens dos ex-administradores em favor da União, a competência para custodiar esses bens e avaliar se o confisco está ou não prejudicando os terceiros de boa-fé mencionados no art. 91, II, do Código Penal será do r. Juízo falimentar.

É desinfluente - para o entendimento acima, seja no caso de falência, seja no de ação de responsabilidade - que o eventual sequestro de bens na esfera penal seja anterior à propositura da ação de responsabilidade civil dos ex-administradores ou ao decreto de quebra. É que a *vis attractiva* do juízo falimentar (válida tanto para o feito falimentar como, *mutatis mutandi*, para a ação de responsabilidade da Lei n. 6.024/1974) prevalece sobre ocasionais medidas de índole cautelar no âmbito penal, para fins de custodiar bens de ex-administradores e da massa falida e de indicar os credores de boa-fé imunes ao efeito do perdimento de bens do art. 91, II, do CP.

Realmente, acaso a sentença penal condenatória já tivesse transitado em julgado com o comando de perda de bens em favor da União, é certo que a posterior propositura de ação de falência ou de responsabilidade de ex-administrador seria assaz tardia e, portanto, inapta a carrear ao juízo universal da falência a competência para indicar os credores de boa-fé que seriam isentos do efeito civil do perdimento de bens decorrente da condenação penal.

Não é essa situação hipotética, todavia, que se tem ora em julgamento. *In casu*, o ajuizamento da ação de responsabilidade contra os ex-administradores do Banco Santos S/A (entre os quais se inclui Edemar Cid Ferreira) com a ordem de arresto e o decreto de falência são anteriores ao trânsito em julgado

da sentença penal condenatória que previra o perdimento dos bens em prol da União (trânsito que, aliás, pelo que noticia os autos, ainda sequer ocorreu).

Destarte, em consonância com as razões expendidas, é de se afirmar a competência do r. Juízo falimentar para quaisquer atos de disposição dos bens de Edemar e das empresas ligadas ao Banco Santos S/A, bem como para avaliar quais credores da Massa Falida do Banco Santos estarão exonerados do referido efeito da condenação penal, por vestirem o manto imunizador da boa-fé, homenageado pelo art. 91, II, do CP.

Conhece-se, pois, do conflito de competência e declara-se a competência do r. *Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP* para quaisquer atos que envolva disposição ou conservação dos bens de Edemar e das supracitadas empresas, prejudicados os agravos regimentais de fls. 957-970 e 974-999, mantida a liminar concedida às fls. 237-239.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Sra. Ministra Presidente, os debates foram bastante elucidativos, e estou pronto para votar e acompanhar o eminente Relator.

E o faço pelos seguintes motivos, muito rapidamente. O primeiro, efetivamente, surgiu aqui dos debates: a propriedade desses bens permanecem com as empresas respectivas, não obstante o seqüestro ou arresto ocorrido no âmbito da ação de responsabilidade.

Portanto, esses bens, cuja propriedade é inconteste, incontroversa, foram arrecadados pelo juízo falimentar. Então, esse é o primeiro argumento. O seqüestro ou arresto cede frente à arrecadação ocorrida no âmbito do juízo falimentar.

E, em segundo lugar, um argumento que para mim também é importante, mencionado tanto pelo eminente Relator como pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha: pareceu-me que, no âmbito criminal, a questão do perdimento do bem para a União é subsidiária em relação ao interesse maior da falência, que é o do pagamento efetivo dos credores. Então, como pena acessória no âmbito criminal, subsidiária, ela, na verdade, completar-se-á se houver a condenação e quando houver a condenação, e, neste momento, o caráter é subsidiário, e, na verdade, o bem deve ser arrecadado para a falência.

Por esses dois argumentos e mais, claro, todos os subsídios trazidos pelo eminente Relator, acompanho S. Exa. em fixar, com convicção, o juízo falimentar para o prosseguimento da demanda.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Senhora Presidente, antes de mais nada, cumprimento os ilustres Procuradores que se manifestaram, tanto do Ministério Público Federal quanto da União, e, após ouvir o brilhante voto do eminente Relator, circundado pelas considerações mais do que precisas e inteiramente procedentes dos eminentes Ministros João Otávio de Noronha e Luís Felipe Salomão, não tenho dúvida em acompanhar S. Exas.

A matéria já foi posta e trazida a debate. O eminente Ministro Sidnei Beneti, também, trouxe os seus preciosos subsídios. Apenas me permitiria trazer mais um detalhe para enriquecer – se a tanto posso adjetivar minha manifestação – o debate: olhando um sistema maior, que é o nosso Direito, em que está compreendido o nosso Direito Civil, Constitucional e Penal, parece-me que, nessa hierarquia, nessa prioridade de legislações, que se aplicam ao caso, o Direito Penal, que está em jogo, em função justamente dessa competência, primordialmente visa à sanção penal e não à sanção civil. Então, o Direito Penal já obteve a finalidade que buscava, qual seja, a condenação da pessoa.

Os efeitos secundários – se posso dizer, a indenização, a perda de bens etc – de alguma forma não estão afetos ao mecanismo do Direito Penal, mas atribuídos ao outro ramo do Direito, do Sistema, que tem mais condições de decidir a questão, que é o Direito Civil, ou, então, se quisermos, o Direito Comercial, como era até então chamado, alhures, no plano da falência.

Parece-me, então, que o juízo da falência – como foi dito há pouco – é o mais credenciado para resolver a questão, porque não se trata de uma questão de Direito Penal, mas de uma questão civil. Tanto assim é que, como lembrou o Sr. Ministro Massami Uyeda, o próprio Direito Penal, o Processo Penal determina que, havendo dúvida sobre de quem seja a propriedade, certo é que se discuta no juízo cível, o que *mutatis mutandis* se faz, neste caso, através do juízo falimentar, como o mais credenciado, aquele que é capaz de gerenciar melhor a distribuição de bens.

Com esses adendos, acompanho integralmente o voto do eminente Relator, conhecendo do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sra. Presidente, não teria nada a acrescentar, gostaria apenas de ressaltar que destaquei, do memorial do Ministério Público do Estado de São Paulo, uma observação incontestável: que somente após a reparação dos danos causados aos credores da massa falida, que, na dicotomia da Lei Penal, são os lesados ou terceiros de boa-fé, será possível o perdimento dos bens, como forma de expropriação em favor da União.

De maneira que não tenho dúvida em acompanhar o brilhante voto do eminente Relator, conhecendo do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sra. Presidente, quero cumprimentar a excelência do voto do eminente Ministro Massami Uyeda. Parece-me que essa é a interpretação correta que se retira do art. 91, II, do Código Penal:

> Art. 91 - São efeitos da condenação:
>
> (...)
>
> II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

De modo que a própria lei já faz a ressalva, ou seja, o que sobeja vai para a União, mas prestigiando a orientação tradicional do STJ de que tudo é resolvido no juízo universal da falência, como em tantos outros casos que temos aqui decidido.

Evidentemente, a União se habilita em relação à lesão feita a ela por conta de não-pagamento de tributos etc, no juízo universal – e seus créditos terão suas preferências –, e o que sobrar de tudo, pagos os outros credores, inclusive os

quirografários, vai para a União por força da decisão criminal, porém nos termos do art. 91, que faz a ressalva dos terceiros de boa-fé e dos lesados.

Acompanho às inteiras o eminente Ministro Relator, parabenizando S. Exa., mais uma vez, pelo voto.

Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo-SP.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 96.309-RJ (2008/0117270-7)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Autor: Elcinete Pacheco Martins
Advogado: Aricléa Félix Crespo e outro(s)
Réu: Marlene Antônia Mendanha e outros
Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro-RJ
Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos de Goiânia-GO

EMENTA

Conflito de competência. Ação de retificação de registro civil. Certidão de óbito. Foro competente. Comarca da lavratura do assento ou do domicílio do autor. Art. 109, § 5º, da Lei de Registros Públicos.

1. A ação para retificação de registro civil (registro de óbito) pode ser proposta em comarca diversa daquela em que foi lavrado o assento a ser retificado (art. 109, § 5º, da Lei n. 6.015/1973), não havendo óbice para ajuizamento da demanda no foro de domicílio do autor, pessoa interessada na retificação.

2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Família da Regional do Méier, Rio de Janeiro-RJ, o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente a 2ª Vara de Família da Regional do Méier, Rio de Janeiro-RJ, a suscitante. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) votaram com o Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 29.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de conflito negativo de competência entre o *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Família da Regional do Méier, Rio de Janeiro-RJ,* suscitante, e o *Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e de Registros Públicos de Goiânia-GO,* suscitado, em "ação de anulação e retificação de certidão de óbito" proposta por Elcinete Pacheco Martins em face do Primeiro Registro Civil e Tabelionato de Notas do Município do Goiânia-GO.

Afirma a autora na exordial que, em virtude de errônea declaração prestada por terceiro ao Ofício de Registro Civil de Goiânia-GO, o atestado de óbito de seu marido, Sadi Pereira Martins, foi emitido com dados falsos, relativamente ao cônjuge e aos filhos do *de cujus,* motivo pelo qual requer a lavratura de uma nova certidão.

Proposta a ação perante o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Regional do Méier, Rio de Janeiro-RJ, foi declinada a competência para o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e de Registros Públicos de Goiânia-GO (fls. 35).

Este, por sua vez, remete os autos ao Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia-GO, aduzindo em síntese:

> Em razão das alegações da testemunha, verifico que, embora o pedido seja de retificação de registro público, este será apenas conseqüência do reconhecimento da real situação de estado envolvendo a requerente e o falecido, pois pelas informações prestadas pela testemunha, o falecido mantinha um relacionamento com Marlene Antônia Mendanha, inclusive com declaração em cartório. Assim, na verdade, em função do conflito de interesses evidenciado, a competência para dirimir a questão é pertinente a uma das varas de família. Por isso, *declino da competência* e determino a remessa dos autos a uma das Varas de Família desta capital, com competência para partes beneficiárias da assistência judiciária. (fls. 102)

O Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia-GO, a seu turno, atendendo pleito da autora da ação (fls. 135), que afirmara ter domicílio no Rio de Janeiro, assim como seus dois filhos, determina o envio dos autos ao Juízo competente do Rio de Janeiro-RJ (fls. 141-142).

Redistribuídos os autos ao Juízo da 2ª Vara Cível da Regional do Méier, Rio de Janeiro-RJ, este, por fim, suscita o presente conflito, nos seguintes termos:

> Cuida-se de demanda onde pretende a autora a anulação de declaração prestada quando da lavratura da certidão de óbito de seu marido *Sadi Pereira Martins,* posto que alega que foi omitido na declaração que o *de cujus* era casado com a demandante e que o casal teve um filho.
>
> O documento foi lavrado no Município de Goiânia-GO, local do falecimento, no cartório do 1º Registro Civil do Tabelionato de Notas daquela cidade. Houve declínio de competência do MM. Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Goiânia, nos termos da decisão de fls. 102.
>
> O Ministério Público com assento neste Juízo oficiou que a competência para julgar e processar a presente demanda é o Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública de Goiânia (fls. 165v).
>
> No mesmo sentido entende esta magistrada, posto que a demanda objetiva ver retificada a declaração prestada quando do registro do óbito de *Sadi Pereira Martins,* no que tange ao estado civil do falecido e filho que teve com a autora, ambos documentalmente comprovado nos autos (fls.).
>
> Repise-se que a declaração de óbito veio a ser lavrada no no Município de Goiânia e, o que pretende a autora, é tão somente a inserção na referida certidão de circunstâncias documentalmente comprovadas quanto à qualificação do falecido, sendo dispensável qualquer juízo de valor.
>
> Por outro lado, de se anotar que eventual união estável que o falecido tenha constituído durante separação de fato, deverá ser objeto de ação própria, a quem

> intentada por quem de direito, não sendo este o interesse da autora no presente feito. (fls. 167-168).

A Subprocuradoria-Geral da República opina pela competência do Juízo suscitado (fls. 167-170).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Não assiste razão ao suscitante.

Consoante relatado, a autora pleiteia a retificação/cancelamento do registro de óbito de seu marido, efetivado no Ofício de Primeiro Registro Civil e Tabelionato de Notas do Município do Goiânia-GO.

A propósito, para que não reste dúvida acerca do real objeto da demanda proposta, transcrevo trecho da exordial que bem elucida a questão, *verbis:*

> Conforme declaração prestada por Karlessandro Antônio Soares, brasileiro, estudante, portador da carteira de identidade expedida pelo DGPC-GO sob n. 4162020, residente e domiciliado à Avenida Bartolomeu Bueno, Qd. 04, Lt. 16, St. Andréa Cristina, Goiânia-Goiás, o Réu lavrou em 31.05.2004, a certidão de Óbito do esposo da Autora, Sr. Sadi Pereira Martins, como sendo esposo de Marlene Antônia Mendanha, deixando ainda 2 (duas) filhas, Rosimeire e Patrícia (docs. anexos).
>
> Ocorre que o declarante omitiu para o Réu sobre a existência do filho Marcos André Pacheco Martins, fruto do matrimônio da Autora com o falecido, conforme comprovam as inclusas cópias das certidões de nascimento e casamento.
>
> O declarante mentiu ainda quanto à esposa, incluindo na certidão de óbito o nome de uma outra mulher diversa da Autora, que a verdadeira viúva, conforme consta da inclusa documentação.
>
> Restada comprovada falsidade e omissão nas declarações prestadas pela declarante na Certidão de Óbito, necessária se faz a anulação desta, bem como a retificação dos dados, incluindo o nome da Autora como esposa e de Patrícia Emília Pacheco Martins e Marcos André Pacheco Martins, como filhos do falecido.
>
> Ante o exposto, requer a V. Exa. o que se segue:
>
> a) Seja deferido o pedido do Benefício da Gratuidade de Justiça, por ser a Autora necessitada economicamente, na acepção da Lei n. 1.060/1950 e demais alterações, não tendo condições de arcar com as despesas das custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do próprio sustento;

> b) Citação do Réu por Carta Precatória, no endereço informado, na pessoa de seu representante legal, para que tome conhecimento dos termos da presente e, querendo os conteste sob pena de confissão ficta;
>
> c) Seja deferido o pedido da Antecipação de Tutela;
>
> d) Determine que o Réu efetue o cancelamento da certidão de óbito lavrada em 31 de maio de 2004, tornando-a sem efeito, lavrando uma certidão retificando a anterior, fazendo constar as informações então prestadas pela Autora, devidamente comprovada documentalmente, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais), em caso de descumprimento de determinação judicial;
>
> e) (...). (fls. 03)

A Lei de Registros Públicos, por sua vez, ao disciplinar o procedimento de retificação de registro civil, assim dispõe, *verbis:*

> Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório. (Renumerado do art. 110 pela Lei n. 6.216, de 1975).
>
> § 1° Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias.
>
> § 2° Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias.
>
> § 3º Da decisão do Juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.
>
> § 4º Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.
>
> § 5º Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu "cumpra-se", executar-se-á.
>
> § 6º As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a trasladação do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.

Da leitura dos dispositivos acima, depreende-se que a ação para retificação de registro civil (registro de óbito), pode ser proposta em comarca diversa

daquela em que foi lavrado o assento a ser retificado (art. 109, parágrafo 5º), não havendo óbice para ajuizamento da demanda no foro do domicílio da autora, pessoa diretamente interessada na retificação.

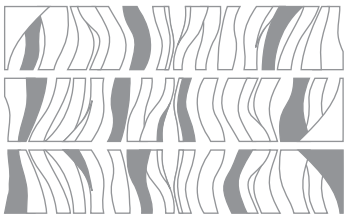
Nesse sentido:

> Processual Civil. Conflito de competência. Ação de retificação de registro civil. Foro competente. Local da lavratura do registro. Residência do autor.
>
> - A ação de retificação de registro civil pode ser proposta tanto no juízo da comarca em que situado o cartório na qual foi lavrado o assento, quanto no da residência do autor.
>
> Conflito conhecido para se declarar competente o juízo da Vara de Registros Públicos de Curitiba-SC. (CC n. 33.172-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 28.11.2001, DJ 18.02.2002 p. 226)

> Competência. Registro público. Pedido de cancelamento de assentos de nascimento e lavratura de novos em virtude de adoção.
>
> O pedido pode ser formulado a juiz de jurisdição diversa da comarca onde foi lavrado o registro original de nascimento (art. 109, § 5º, da Lei n. 6.015, de 31.12.1973).
>
> Conflito conhecido, declarado competente o suscitado. (CC n. 10.861-MG, Rel. Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 14.12.1994, DJ 13.03.1995 p. 5.245)

In casu, é manifesta a intenção da autora de fazer processar a ação no juízo de seu domicílio, Rio de Janeiro-RJ, tendo em vista, inclusive, sua manifestação expressa nesse sentido (fls. 135), requerendo ao Juízo da 7ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia-GO a remessa dos autos à comarca do Rio de Janeiro.

Nesse contexto, conheço do conflito e declaro competente o *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Família da Regional do Méier, Rio de Janeiro-RJ*, o suscitante.



Jurisprudência da **Terceira Turma**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 807.959-DF (2006/0189789-7)

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)
Agravante: José Fernando Cirne Lima Eichenberg - Espólio
Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga e outro(s)
Agravado: S/A Correio Braziliense
Advogados: Francisco Queiroz Caputo Neto e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Direito Civil. Dano moral. Indenização. Revisão do Valor no STJ. Hipótese excepcional. Afastamento da Súmula n. 7-STJ. Inocorrência de revaloração do contexto fático e probatório. Montante arbitrado com eqüidade pelo Tribunal recorrido.

1. Esta Corte, cuja missão é uniformizar a interpretação do direito federal, há alguns anos começou a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária a título de dano moral, com o objetivo de impedir o estabelecimento de uma "indústria do dano moral" (REsp n. 504.639-PB, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 25.08.2003, p. 323).

2. O Superior Tribunal de Justiça, em situações especialíssimas como a dos autos - de arbitramento de valores por dano moral - ciente do seu relevante papel de Tribunal do Pacto Federativo, e com o escopo final de estabelecer a pacificação social, se pronuncia nos casos concretos para aferir a razoabilidade do *quantum* destinado à amenização do abalo moral (REsp n. 1.089.444-PR, Min. Nancy Andrighi, DJe de 03.02.2009).

3. Não se tem dúvida de que esta Corte, ao reexaminar o montante arbitrado pelo Tribunal *a quo* nesta situação, mergulha nas particularidades soberanamente delineadas pela instância ordinária para aferir a justiça da indenização (se ínfima, eqüitativa ou exorbitante), afastando-se do rigor da técnica do recurso especial, consubstanciada, na hipótese em tela, pela Súmula n. 7-STJ.

4. A atuação deste Tribunal na revisão do *quantum* arbitrado como dano moral não consubstancia revaloração da prova, segundo a qual o STJ, mantendo as premissas delineadas pelo acórdão recorrido, e sem reexaminar a justiça ou injustiça da decisão impugnada, qualifica juridicamente os fatos soberanamente comprovados na instância ordinária (AgRg no REsp n. 461.539-RN, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 14.02.2005, p. 244; REsp n. 327.062-MG, Min. Menezes Direito, DJ de 05.08.2002, p. 330).

5. No caso dos autos, não há desproporcionalidade no valor arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, levando-se em consideração as condições pessoais e econômicas dos envolvidos.

6. Agravo regimental parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

---

DJe 04.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, cuja ementa é a seguinte:

> Agravo de instrumento. Recurso especial. Indenização. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Revisão probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I – Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

II - É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, situação que não ocorreu no caso concreto.

Agravo improvido.

Requer o agravante a reforma do julgado, sob a alegação de que a redução drástica do valor da indenização ultrapassa as raias da razoabilidade, e que se apresenta irrisória a quantia fixada pelo Tribunal de origem.

Sustenta estar contraditória a decisão agravada, pois afirma ser inaplicável a Súmula n. 7-STJ, mas entende que no caso dos autos o valor não se afigura exorbitante ou irrisório.

Afirma, ainda, que esta Corte, em hipóteses semelhantes, tem usado como parâmetro para fixação do montante a ser pago a título de indenização valores estabelecidos entre 200 e 500 salários mínimos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): De fato, os argumentos alinhados pelo agravante demonstram a existência de contradição na decisão agravada, quando é analisado o valor arbitrado a título de dano moral para, em seguida, aplicar-se a Súmula n. 7-STJ.

Diante disso, importante tecer algumas considerações a respeito do tema.

O Superior Tribunal de Justiça, cuja missão é uniformizar a interpretação do direito federal, há alguns anos começou a afastar o rigor da técnica do recurso especial para controlar o montante arbitrado pela instância ordinária por dano moral, objetivando impedir o estabelecimento de uma "indústria do dano moral", como se pode verificar nos seguintes precedentes:

Civil e Processo Civil. Negativa de prestação jurisdicional.

Ausência. Indenização. Danos morais. Carta de cobrança sem dizeres ofensivos. Dívida em juízo. Inscrição no cadastro não consumada.

Liminar observada. Indenização indevida. Recurso desacolhido. (...)

IV - A indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada "indústria do dano moral".

(REsp n. 504.639-PB, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26.06.2003, DJ 25.08.2003 p. 323 - sem grifos no original).

Direito Civil. Solidariedade passiva. Transação com um dos co-devedores. Outorga de quitação plena. Presunção de renúncia à solidariedade. Direito Civil. Indenização. Dano efetivo. Danos morais. Alteração pelo STJ. Valor exorbitante ou ínfimo. Possibilidade. (...)

- A intervenção do STJ, para alterar valor fixado a título de danos morais, é sempre excepcional e justifica-se tão-somente nas hipóteses em que o quantum seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado pelas instâncias ordinárias. Precedentes. (...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido.

(REsp n. 1.089.444-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 03.02.2009 - sem grifos no original).

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Acidente de trabalho. Morte. Dano moral. Valor indenizatório. Revisão. Inexistência de abuso em sua fixação.

1. Possível a excepcional intervenção do STJ quando o valor do dano moral foi arbitrado em patamar irrisório ou abusivo, não condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (...)

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 690.975-MS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Julgado em 07.10.2008, DJe 03.11.2008).

Não se tem dúvida de que esta Corte, ao reexaminar o montante arbitrado pelo Tribunal *a quo* nesta situação, mergulha nas particularidades do caso concreto para aferir a justiça da indenização (se ínfima, eqüitativa ou exorbitante), afastando-se do rigorismo da técnica do recurso especial, representada, na hipótese em tela, pela Súmula n. 7-STJ.

A atuação desta Corte na revisão do montante arbitrado como dano moral não consubstancia revaloração da prova, segundo a qual o STJ, mantendo as premissas delineadas pelo acórdão recorrido e sem reexaminar a justiça ou injustiça da decisão impugnada, qualifica juridicamente os fatos soberanamente comprovados na instância ordinária.

Corroboram esse entendimento os seguintes arestos:

Agravo regimental no recurso especial. Reexame de matéria fático-probatória. Inexistência. Valoração da prova. Possibilidade em sede de recurso especial.

- Não há falar em incidência da Súmula n. 7 deste Sodalício quando, na verdade, ocorrer uma qualificação jurídica da prova contida nos autos.

- Recurso especial. Não ofende o princípio da Súmula n. 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados (AgRg nos EREsp n. 134.108-DF; Rel Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, *in* DJ 16.08.1999, p. 36).

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 461.539-RN, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 16.12.2004, DJ 14.02.2005 p. 244)

Embargos à execução. Assistência. Embargos de declaração.(...)

3. A valoração da prova cuida da qualificação jurídica dos fatos demonstrados (REsp n. 5.663-SP, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.05.1991), não autorizando novo exame de provas.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 327.062-MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 06.05.2002, DJ 05.08.2002 p. 330)

Portanto, inquestionável que o Superior Tribunal de Justiça, em situações especialíssimas como a dos autos - de arbitramento de valores a serem pagos por dano moral -, ciente do seu relevante papel de Tribunal do Pacto Federativo, e com o escopo final de promover a pacificação social, se pronuncie diante de casos concretos, para aferir a razoabilidade do *quantum* destinado à amenização do abalo moral.

Na hipótese dos autos, verifico que o valor arbitrado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios foi justamente estipulado, sem desproporcionalidade, levando-se em consideração as condições pessoais e econômicas dos envolvidos (REsp n. 210.101-PR, Min. Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, DJe de 09.12.2008; AgRg no Ag n. 425.317-RS, Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 02.09.2002 p. 188).

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo regimental, nos termos acima explicitados.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 20.386-PR (2005/0119781-4)

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)
Recorrente: Josué Fanini Meneguette
Advogado: Heitor Wolff Junior
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Curitiba-PR
Recorrido: Elizabeth Alice de Araújo
Advogados: Jose Augusto Araujo de Noronha e outro

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Arrematação em execução alheia por crédito trabalhista. Possibilidade. Art. 186 do CTN. Prevalência do crédito trabalhista mesmo que garantido por penhora posterior à do crédito hipotecário.

1 - Em homenagem ao Princípio da Efetividade, é pacífico na doutrina a possibilidade de se arrematar bem em execução alheia, conforme inúmeros precedentes que envolvem credores hipotecários.

2 - O art. 186 do CTN proclama que o crédito de natureza fiscal não está sujeito a concurso de credores, razão por que os créditos de natureza trabalhista, que sobressaem em relação àqueles, por lógica, não estarão. Precedentes.

3 - Em que pese a previsão legal insculpida no art. 711 do CPC, segundo a qual a primeira penhora no tempo tem preferência no direito - *prior in tempore, potior in iure*, havendo a existência de título privilegiado, fundada em direito material, este prevalecerá. Precedentes.

4 - O credor que possui bem penhorado para garantir a execução trabalhista, pode arrematar este mesmo bem, em execução movida por terceiros contra o mesmo executado, por gozar de crédito privilegiado, incidindo, assim, o art. 690, § 2º.

5 - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

---

DJe 03.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, assim ementado:

> Mandado de segurança. Decisão sujeita à interposição de agravo de instrumento. Entendimento divergente. Terceiro que não é parte na ação. Possibilidade de impetração de mandado de segurança. Arrematação de bem em leilão. Pagamento do preço em crédito reconhecido em sentença trabalhista. Impossibilidade. Necessidade de interposição da execução. Segurança denegada.
>
> - Cabe mandado de segurança frente à decisão judicial proferida em face de terceiro alheio à demanda.
>
> - O privilégio do crédito trabalhista só pode ser exercido quando em disputa com outros créditos em mesmas condições. Precisa ser executado. (fl. 121)

O impetrante ofereceu lance em praça pública, pretendendo arrematar o bem por valor superior ao da avaliação, com seu crédito trabalhista junto ao mesmo executado, tendo tal pretensão sido indeferida pelo magistrado impetrado, ao mesmo tempo em que deferiu pedido de adjudicação do imóvel pela exequente, e determinou a expedição de carta de adjudicação.

O tribunal *a quo,* embora tenha concedido o pedido liminar em mandado de segurança, no mérito, denegou a ordem.

No presente recurso ordinário em mandado de segurança, alega que o bem fora penhorado pela Justiça do Trabalho, no processo de execução que o recorrente promove, e, por ocasião da segunda hasta pública, foi dado o lance com o crédito trabalhista, sendo este líquido, certo e exigível.

Assim, o recorrente pretende que liminarmente seja impedida a expedição de carta de adjudicação em favor de Elizabeth Alice de Araújo. Requer seja considerado válido o lance que ofertou e, por consequência, seja expedida a carta de arrematação em seu favor.

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Cuidam os presentes autos de intervenção de terceiros no procedimento executivo, pelo qual pretende o credor trabalhista arrematar bem em execução alheia, promovida por credor quirografário.

Ao analisar a questão, o Tribunal de Justiça denegou a ordem entendendo que "o direito líquido e certo do impetrante de buscar a tutela jurisdicional para fazer valer seu título executivo, sequer foi exercido, pois não há prova de que tenha interposto a ação executiva, no escopo de satisfazer sua pretensão creditícia." (fl. 123)

Neste ponto, verifica-se que o v. acórdão encontra-se equivocado, estando comprovado nos autos que a reclamação trabalhista já se encontrava em fase de execução quando da ocorrência da mencionada praça (fl. 110). Ademais, extrai-se da matrícula do imóvel que o registro de penhora (fl. 31 verso) foi realizado, por ordem da Justiça Obreira para garantir o valor da execução trabalhista, em 22.04.2007. Ressalte-se, ainda, que esta data é bem anterior à realização da praça, que apenas ocorreu em 30 de junho de 2003, conforme a certidão da praça acostada à fl. 20 dos autos.

Questão tormentosa, porém, versa sobre a possibilidade de o credor de um título executivo judicial, qual seja, sentença condenatória trabalhista, arrematar um bem em execução movida por terceiros, apenas com este crédito, incidindo assim a previsão do art. 690, § 2º.

A jurisprudência e a doutrina acenam de forma positiva, mormente levando em consideração o princípio da efetividade. Isto se verifica, por exemplo, na

possibilidade de simples protesto pela preferência, pela qual o credor com privilégio ou com direito real de garantia pode intervir na execução alheia e protestar pelo recebimento do crédito, resultante da expropriação do bem penhorado.

Com isso, em hipótese semelhante a dos autos, esta Corte tem se firmado pela possibilidade de se arrematar bem penhorado em execução de outrem, garantida a preferência de seu crédito, com a benesse do art. 690, § 2º do CPC, para credores hipotecários, *in verbis*:

> Civil. Credor hipotecário. O credor hipotecário pode arrematar bem penhorado em execução de terceiro, aproveitando o crédito de que é titular, ou parte dele. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 417.027-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 11.04.2003, DJ 08.09.2003 p. 323)

> Civil. Processual Civil. Embargos à arrematação. Advogado. Procuração. Nulidade. Inocorrência. Ausência de prejuízo. Credor hipotecário. Preferência. Necessidade de depositar o lanço.
>
> I - Não tendo o recorrente demonstrado qualquer prejuízo pelo fato do advogado do arrematante não ter procuração com poderes especiais, não se decreta a nulidade pretendida. Não se tratando de nulidade *pleno iure* e nem havendo cominação de nulidade, devem ser considerados válidos e eficazes os atos que, mesmo realizados à margem das prescrições legais, tenham alcançado a sua finalidade e não tenham redundado em efetiva lesão.
>
> II - O credor arrematante só está obrigado a depositar o valor de seu lance, na medida em que este exceder seu crédito.
>
> III - Recurso não conhecido. (REsp n. 140.570-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 04.02.1999, DJ 05.04.1999 p. 124)

Lado outro, o art. 186 do CTN proclama que o crédito de natureza fiscal não está sujeito a concurso de credores, razão por que os créditos de natureza trabalhista, que sobressaem em relação àqueles, por lógica, não estarão. Ora, se o crédito trabalhista prevalece até mesmo sobre o crédito fiscal e este, por sua vez prevalece sobre o hipotecário, dedução lógica será a de que o crédito trabalhista prevalece sobre o hipotecário.

Nesse sentido, por todos:

> Direito Processual Civil. Medida cautelar com o fito de conceder efeito suspensivo a recurso especial. Possibilidade, desde que demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência.

> Súmula n. 282-STF. Execução. Credor hipotecário. Utilização de crédito para arrematação de imóvel penhorado também em execução fiscal. Impossibilidade. Ofensa à ordem legal de preferência. Depósito em dinheiro. Arts. 711 do CPC e 186 do CTN.
>
> (...)
>
> - Considerando que o art. 186 do CTN estabelece que os créditos de natureza tributária preferem a qualquer outro, salvo os de natureza trabalhista, no concurso de credores previsto no art. 711 do CPC o credor hipotecário que utiliza seu crédito para arrematar o próprio imóvel dado em garantia, imóvel este que também garante execução fiscal, burla, por via transversa, a ordem legal de preferência.
>
> - Diante disso, em situações como a presente, deve a arrematação ser feita em dinheiro, com vistas a possibilitar o efetivo respeito à ordem legal estabelecida para o concurso de credores do art. 711 do CPC.
>
> Petição inicial liminarmente indeferida. (MC n. 14.933-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.11.2008, DJe 18.11.2008)

Resta saber se o crédito trabalhista detêm seu privilégio quando a penhora é realizada em momento posterior à penhora do credor exequente. Em que pese a previsão legal insculpida no art. 711 do CPC, segundo a qual a primeira no tempo tem preferência no direito - *prior in tempore, potior in iure*, havendo a existência de título legal à preferência, fundada em direito material, este prevalecerá.

Araken de Assis, ensina que "o art. 186 do CTN evidenciava que o crédito trabalhista gozava de um "superprivilégio", passando à frente do crédito tributário, do crédito garantido por direito real e dos créditos pessoais" (*In. Manual da Execução* - 11ª ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual - 2006/2007 - 2ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 784).

Outrossim, havendo a multiplicidade de penhoras sobre um mesmo bem, a consequência natural é que se estabeleça o concurso especial de credores, respeitadas as preferências.

Nesse sentido tem decidido a jurisprudência desta Corte:

> Credor hipotecário. Credor trabalhista. Direito de preferência. Precedentes da Corte.
>
> 1. O crédito trabalhista prefere o hipotecário, não sendo necessário que tenha havido concurso de credores ou que haja penhora na reclamação trabalhista.

> 2. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 664.955-RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 18.04.2006, DJ 14.08.2006 p. 278)

> Civil. Crédito hipotecário. Preferência. O credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 159.930-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 06.03.2003, DJ 16.06.2003 p. 332)

Por fim, conforme se verifica na espécie dos autos, ressalte-se que é requisito fundamental para que prevaleça o crédito privilegiado, a realização da penhora pelo credor trabalhista em reclamação em fase de execução, afastando o concurso de credores.

> Já o credor privilegiado precisa promover a execução do seu crédito e penhorar o bem, para que possa exercer o seu privilégio. O credor privilegiado, mesmo penhorando o bem posteriormente, recebe o produto da expropriação primeiramente. É uma espécie de direito de "furar a fila das penhoras". O credor privilegiado não pode exercer o privilégio sem ter obtido a penhora do bem objeto do concurso de créditos. (*in* Didier Jr, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da, Braga, Paulo Sarna & Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. v. 5. Salvador: *Jus Podium*, 2009, p. 672)

Assim, reconhece-se o direito líquido e certo do recorrente, pois goza de título privilegiado sobre os demais, devidamente penhorado pela Justiça Trabalhista, sendo possível a arrematação do bem por este crédito, mesmo em execução aparelhada por outrem.

Finalmente, vale esclarecer que o bem foi arrematado pelo valor correspondente a integralidade de seu crédito trabalhista (fl. 20), não sendo possível requerer que seja abatido "o valor do lanço ofertado (R$ 221.000,00) em seu crédito trabalhista", pois isto causaria alteração substancial do valor de arrematação do bem.

Ante o exposto, concedo a ordem para que seja expedida a Carta de Arrematação do bem em favor do recorrente por seu crédito trabalhista *in totum*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 714.205-PR (2004/0183366-6)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)
Recorrente: Adolpho Lourenço e outros
Advogado: Clóvis Roberto de Paula
Recorrido: Hermindo Soni e outro
Advogado: Antônio Rodrigues Simões

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Embargos à execução. Art. 604 do CPC. Sentença homologatória de cálculos apresentados pelo contador posterior à vigência da Lei n. 8.898/1994. Trânsito em julgado. Acolhimento de nova planilha de cálculos apresentada pelo exeqüente. Impossibilidade. Ofensa à coisa julgada. Preclusão.

1. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A ofensa ao art. 535 do CPC somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

3. A desconsideração pura e simples, pelo juízo da execução, dos termos de anterior sentença homologatória de cálculos a liquidação, mesmo quando proferida esta em descompasso com o disposto no art. 604 do CPC, com redação dada pela Lei n. 8.898/1994, constitui ofensa à coisa julgada.

4. *In casu*, foi proferida em 1997 sentença homologatória de cálculos do contador, quando já suprimida, pela vigência da Lei n. 8.898/1994, esta modalidade de liquidação. As partes, todavia, não se insurgiram em tempo e modo oportuno contra o teor do *decisum* que, transitando em julgado, não pode ser desconsiderado pelos exeqüentes sem a desconstituição prévia do julgado pelas vias adequadas.

5. Entendimento que melhor reflete a orientação sedimentada desta Corte Superior, firme no sentido de que mesmo inclusão de índices de correção monetária, após o trânsito em julgado de sentença homologatória de cálculos de liquidação, constitui ofensa à coisa julgada (Precedentes: AgRg no REsp n. 1.073.057-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13.03.2009; e AgRg no REsp n. 744.729-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 16.12.2008)

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 04 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Relator

---

DJe 26.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Adolpho Lourenço e outros*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 244, 463, 468, 471, 473 e 535, incisos I e II, do CPC, e os arts. 104, 134, inciso II, e 1.107, do Código Civil de 1916, bem como por estar configurado dissídio jurisprudencial acerca de questão versada nos autos.

Noticiam os autos que *Hermindo Soni e outros* promoveram, em 19.12.1997, a execução da sentença proferida nos autos de Ação de Declaração

de Anulabilidade de Atos ajuizada em desfavor dos ora recorrentes, objetivando, assim, o percebimento da quantia de R$ 640.442,65 (seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e quarenta e dois mil reais e sessenta e cinco centavos).

Regularmente citados, os ora recorrentes opuseram os embargos à execução que deram origem física aos presentes autos, aduzindo, em síntese, que nos autos donde resultante o título executivo fora proferida, em 18.08.1997, sentença homologatória de cálculos do Contador Judicial (fl. 613 - apenso), que fixou o *quantum debeatur* em R$ 39.912,05 (trinta e nove mil, novecentos e doze reais e cinco centavos).

Sustentavam, assim, os então embargantes, que a execução de valores distintos daqueles homologados em liquidação representava ofensa à coisa julgada que se operara em 08.10.1997, vez que intimados para se manifestarem a respeito dos cálculos do apresentados pelo contador e intimados, posteriormente, do teor da r. sentença homologatória, quedaram-se inertes os exequentes. No mais, apontaram excesso de execução, afirmando equivocados os cálculos apresentados pelos exequentes que tomaram por base valor supostamente ajustado em contrato particular, quando deveriam se valer do constante de escritura pública de compra e venda, consoante o decidido na ação de cognição.

O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os embargos para, tão-somente, reconhecer o excesso da execução, determinando, assim, que a base de cálculo seja a consignada em escritura pública constante das fls. 74-75 dos autos principais. No que se refere à alegação dos embargantes pela suposta preclusão decorrente do trânsito em julgado da sentença homologatória de cálculos, restou assim fundamentado o *decisum, verbis:*

> Ora, é fácil concluir que a execução teve início já na vigência da Lei n. 8.894/1994, que alterou a redação do artigo 604 do Código de Processo Civil, que diz: Quando a determinação da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo.
>
> Desse modo, o exequente apresenta a memória de cálculo e o executado se defende por ocasião dos embargos, oportunidade em que poderá se insurgir contra as verbas pretendidas. No rito atual, com a nova redação do artigo 604 do Código de Processo Civil, alterada pela Lei n. 8.898/1994, corta-se caminho, desatravanca a marcha da justiça até então cerceada pelo bizantismo do rito anterior.
>
> Aliás - seja dito de passagem - a simples menção à Lei n. 8.898, de 29.06.1994, sepulta a tese ministerial (fls. 71-72), eis que na época em que foram

> elaborados os cálculos (1997), já se encontrava em vigor, por óbvio, a mencionada Lei n. 8.898/1994, portanto, na época de sua elaboração, os cálculos não foram efetuados na forma legalmente estabelecida.
>
> De modo que, conquanto iniciada no rito procedimental anterior, remetendo-se os autos à contadoria, o procedimento a ser seguido é o previsto no art. 604 do Código de Processo Civil, sendo ineficaz a remessa à conta e posterior homologação de cálculos efetuada à época.
>
> (...) Logo, diante de tais comemorativos, resta claro que a circunstância de não ter sido oposta irresignação contra a remessa dos autos ao contador e da decisão homologatória, não pode vedar a propositura da execução da maneira prevista no art. 604 da lei processual, ante a própria característica de precariedade do rito equivocadamente utilizado. (fls. 81-82)

Inconformados com o teor do julgado, tanto embargantes (fls. 89-99), quanto embargados (fls. 102-111), manejaram recursos de apelação. Os primeiros pretendendo a reforma do julgado no que se refere as preliminares de preclusão e ofensa à coisa julgada suscitadas. Os embargados, por seu turno, pugnaram pela utilização do valor do contrato de compra e venda constante à fl. 115 dos autos principais como critério de liquidação.

A Primeira Câmara Cível do egrégio TJ-PR, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao apelo dos embargantes e proveu parcialmente o dos embargados, em aresto assim ementado:

> Processo Civil. Embargos à execução de título judicial. Interesse recursal da parte vencedora. Liquidação por cálculo do contador, quando já vigente a nova redação do artigo 604, do CPC, que o suprimiu. Ausência de preclusão ou coisa julgada da decisão homologatória, vez que ineficaz, interpretação da sentença liquidanda. Omissão inexistente. Observância da imutabilidade da coisa julgada.
>
> 1. Parte vencedora no mérito, mas vencida no julgamento de preliminar. Pedidos sucessivos. Interesse em recorrer dada a possibilidade de alteração do julgado.
>
> 2. Não há preclusão ou coisa julgada da decisão que homologa cálculo do contador, quando já vigente redação que suprimiu esta forma de liquidação.
>
> 3. 'A liquidação de sentença deve guardar estrita consonância com o decidido no processo de conhecimento, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto. É defeso, na liquidação, modificar a sentença que julgou a lide, mas, na sua interpretação, compreende-se como expresso o que virtualmente nela se contém' (REsp n. 206.946-PR, 4ª Turma, DJU de 07.05.2001, rel. Min. S. de F. Teixeira).
>
> Referência Legislativa: Código Civil, artigo 134, inciso II, Código de Processo Civil, artigos 21, parágrafo único, 289, 499, 500 e 604 (fls. 246-247).

Após oporem (fls. 278-283) e terem rejeitados (fls. 300-309) seus embargos de declaração, interpuseram os embargantes o recurso especial que ora se apresenta, aduzindo, preliminarmente, a nulidade do v. Acórdão exarado em sede de declaratórios, por ofensa ao art. 535, incisos I e II, do CPC.

No mérito, apontaram como malferidos os arts. 244, 463, 468, 471, 473, insistindo, assim, no argumento de que a admissão de que o feito executivo prosseguisse com base nas planilhas de cálculos apresentadas pelos exequentes importava ofensa à coisa julgada que se operou a partir do trânsito da sentença homologatória de cálculos proferida anteriormente, ratificando cálculos apresentados pelo contador judicial. Ao entender dos mesmos, não poderiam os exequentes, indiretamente, impugnar os valores encontrados na liquidação, ante a preclusão resultante do fato de terem sido intimados oportunamente para fazê-lo e, mesmo assim, terem se mantido silentes. Sobre o tema, apontaram também a existência de dissídio pretoriano.

Sustentam, ainda, restarem ofendidos os arts. 104, 134, inciso II, e 1.107, do Código Civil de 1916, bem como o próprio art. 473 do CPC, pelo fato de ter a Corte *a quo* admitido a utilização do valor do contrato de compra e venda constante à fl. 115 dos autos principais como critério de liquidação, quando a r. Sentença que serviu de título executivo fazia menção expressa às escrituras de compra e venda. Neste particular asseveram, *verbis:* "Se o contrato comutativo que cria a obrigação de transferir o domínio do imóvel é a escritura pública de compra e venda, não resta a menor dúvida de que, adotando entendimento diverso e determinando que a evicção seja calculada pelo valor descrito em contrato particular, sem registro, o v. Acórdão acabou por negar vigência, também, ao art. 134, II, do Código Civil de 1916" (fl. 362).

Os ora recorridos apresentaram suas contra-razões ao apelo nobre (fls. 452-456), pugnando pelo desprovimento do mesmo.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelos recorrentes como malferidos, demonstrado o

dissídio jurisprudencial suscitado e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do especial.

De início, verifica-se não ter havido a alegada negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, visto que tal somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi. Não é o caso dos autos. A Corte de origem enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, consoante se infere do inteiro teor do v. Acórdão objeto de impugnação (fls. 246-267).

A propósito, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em maltrato às normas apontadas como violadas.

Nesse sentido:

> Civil e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento do registro. Inviabilidade. Súmula n. 323-STJ. Omissão, contradição ou obscuridade do acórdão recorrido. Inocorrência. Falta de prequestionamento dos demais dispositivos elencados no recurso.
>
> I - Não se pode confundir negativa de prestação jurisdicional com tutela jurisdicional desfavorável ao interesse da parte. O Tribunal de origem decidiu corretamente o feito, baseando-se, inclusive, na jurisprudência assente desta Corte sobre a matéria. Assim, não há que se falar em violação dos artigos 458, II e III, 515, §§ 1º e 2º, 535, I e II, do Código de Processo Civil. Os demais dispositivos não foram prequestionados.
>
> II - O registro do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito não se vincula à prescrição atinente à espécie de ação cabível. Assim, se a via executiva não puder ser exercida, mas remanescer o direito à cobrança da dívida por outro meio processual, desde que durante o prazo de 5 (cinco) anos, não há óbice à manutenção do nome do consumidor nos órgãos de controle cadastral, em vista do lapso qüinqüenal (Súmula n. 323-STJ).
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.099.452-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.02.2009, DJe 05.03.2009).

No que se refere à apontada ofensa aos arts. 244, 463, 468, 471 e 473, do CPC, todavia, tenho que merecem acolhida as pretensões dos recorrentes.

Cinge-se a controvérsia, neste particular, a saber se, com o trânsito em julgado de sentença homologatória de cálculos apresentados pelo contador judicial, proferida após a vigência da Lei n. 8.898/1994, constitui ofensa à coisa julgada, o processamento do feito executivo a partir dos valores constantes das planilhas de cálculos apresentadas pelo exeqüente, nos termos da nova redação dada ao art. 604 do CPC pela retro citada norma, desconsiderando-se, assim, o valor homologado em liquidação.

Com efeito, a Lei n. 8.898/1994, ao modificar a redação do art. 604 do CPC, suprimiu, ao menos da condição de regra geral, a liquidação de sentença por cálculo do contador. Passou a dispor o art. 604, *litteris:*

> Art. 604. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

Assim, de fato, o procedimento adotado na hipótese vertente, em que o juiz sentenciante remeteu os autos originais ao contador, intimando para manifestação as partes interessadas e, em seqüência, proferindo sentença homologatória dos cálculos, tudo isto em 1997, quando já alterada a redação original do art. 604 do CPC, revela hipótese de *error in procedendo*, como bem constatado pelas instâncias de plena cognição.

Ocorre, porém, que, da sentença homologatória proferida pelo juízo sentenciante, mesmo resultante de procedimento não mais determinado pelo art. 604 do CPC, ambas as partes foram devidamente intimadas, não se insurgindo, no momento oportuno, contra a mesma.

Assim, ante a concordância tácita dos interessados com o teor do decidido, transitou em julgado, em 08 de outubro de 1997, a sentença homologatória de cálculos que se encontra acostada às fls. 613 dos autos principais (em apenso), pelo que constitui evidente ofensa à coisa julgada que ali se operou o processamento de execução de valores dissociados dos constantes da conta homologada.

A questão referente ao *quantum debeatur* encontra-se, destarte, preclusa, sendo admitida sua relativização somente se tivessem os exequentes, a tempo e modo oportunos, insurgido-se contra o julgado homologatório, seja pela forma recursal, seja pelo ajuizamento de ação de conteúdo rescisório.

Não sendo esta a hipótese dos autos, vez que pretenderam os exeqüentes, tão-somente, fosse ignorada pelo juízo da execução a existência da sentença

homologatória transitada em julgado, impõe-se a reforma do acórdão ora hostilizado, para que prossiga o feito executivo nos estreitos limites dos cálculos encontrados pelo contador judicial e posteriormente homologados.

Entendimento contrário estaria em evidente rota de colisão com a orientação sedimentada desta Corte Superior, firme no sentido de que mesmo inclusão de índices de correção monetária, após o trânsito em julgado de sentença homologatória de cálculos de liquidação, constitui ofensa à coisa julgada, *verbis:*

> Tributário. Embargos à execução de título judicial. Expurgos inflacionários. Inclusão na conta de liquidação. Possibilidade. Violação à coisa julgada. Não-ocorrência.
>
> 1. É legítima a correção monetária dos débitos decorrentes de sentença judicial, nada impedindo que, no seu silêncio, os respectivos índices sejam fixados na liquidação. A ofensa ao Princípio da Imutabilidade da Coisa Julgada somente se caracterizaria na hipótese de inclusão, após o trânsito em julgado da decisão homologatória, de índices de correção monetária não considerados na conta de liquidação.
>
> 2. Na espécie, não houve sentença homologatória dos cálculos. Os expurgos inflacionários podem, portanto, ser incluídos, no intuito de garantir a exata satisfação do direito tutelado.
>
> 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.073.057-SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09.12.2008, DJe 13.03.2009)

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Inclusão de expurgos inflacionários após sentença homologatória de liquidação transitada em julgado. Ofensa à coisa julgada. Precedente da 1ª Seção.
>
> 1. Merece ser mantida a decisão agravada baseada na jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de não ser possível a inclusão de índices de correção monetária não considerados pela sentença homologatória da liquidação transitada em julgado, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes: REsp n. 709.400-CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 10.03.2008; REsp n. 802.248-MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 25.02.2008;
>
> EREsp n. 674.324-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ de 26.11.2007.
>
> 2. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp n. 744.729-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 16.12.2008)

> Processual Civil. Previdenciário. Embargos à execução. Excesso na aplicação dos critérios da Súmula n. 260-TFR. Interpretação. Sentença. Homologação. Trânsito em julgado.

> Embora a orientação da Súmula n. 260-TFR dirija-se no sentido da aplicação de índices integrais, não importando em equivalência salarial, descabe, na via dos embargos, rediscutir critérios de cálculos adotados na liquidação da sentença.
>
> "O que é corrigível, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte interessada, é o erro de cálculo, e não o critério de cálculo utilizado pelo contador que, por falta de oportuna impugnação, torna-se imutável pela coisa julgada." Precedentes da Corte Especial.
>
> Recurso desprovido. (REsp n. 584.254-RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02.12.2003, DJ 02.02.2004 p. 357)

Por fim, faz-se oportuno destacar que, reconhecida a ofensa, *in casu*, dos arts. 244, 463, 468, 471 e 473, do CPC, fica parcialmente prejudicado especial, no que concerne à alegada violação dos arts. 104, 134, inciso II, e 1.107, do Código Civil de 1916, vez que estabelecido o prosseguimento da execução com base nos valores resultantes dos cálculos homologados pela sentença de fls. 613 dos autos principais.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, *dou provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, e, às considerações dos eminentes Ministros eu até faria um acréscimo, no sentido de que o escopo da alteração legislativa de 1994 foi exatamente promover a celeridade, em que se permite às partes a apresentação da memória de cálculo, digamos assim.

Mas, se adotou um modelo anterior a esse, embora posterior à edição da lei, na verdade o contraditório já estava instalado. E se não houve insurgência, por que desconstituirmos algo que, com mais amplitude de defesa, proporcionou-se às partes?

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator, dando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 926.755-MG (2007/0030681-5)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrentes: Themístocles Pederneira Halfeld e outros
Advogado: Themístocles de Faria Lima
Recorrido: Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira
Advogados: Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira e outro(s)
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procuradores: Alexandre Diniz Guimarães e outro(s)

EMENTA

Ação demarcatória. 1) Necessidade de prova do registro de imóveis de propriedade dos promoventes 2) Promoventes que alegam direito decorrente de Carta de Sesmaria. Inexistência, contudo, de prova de propriedade dos seus antecessores 3) Insuficiência da transmissão de direitos hereditários para a ação demarcatória, se neles ausente o direito de propriedade. 4) Admissão de legitimidade ativa pelo c. Supremo Tribunal Federal na anterior competência, que não implica configuração de propriedade no tocante ao julgamento de fundo. 5) Pretensão a reconhecimento de propriedade no recurso especial que esbarra, ademais, na Súmula n. 7-STJ; 6) Recurso especial não conhecido quanto ao primeiro fundamento e conhecido mas improvido quanto ao segundo.

1.- Na ação demarcatória, é absoluta a necessidade de prova documental do Registro de Imóveis de propriedade da área pelos promoventes.

2.- Alegação de direito que remonta a Carta de Sesmaria insuficiente à configuração de propriedade por parte dos antecessores dos promoventes, que receberam hereditariamente direitos da mesma natureza, isto é, sem a qualificação de propriedade.

3.- O afastamento de carência da ação, pelo c. Supremo Tribunal Federal na anterior competência, por aquisição decorrente de direito hereditário, não significa reconhecimento de direito de propriedade, visto que os direitos transmitidos *causa mortis* conservam a mesma

natureza dos direitos anteriores, ligados à carta de sesmaria, sem a conotação de direito de propriedade.

4.- Não caracterização de direito de propriedade no Acórdão recorrido, devido à análise da prova, que afasta a possibilidade de conhecimento da questão fática (Súmula n. 7-STJ).

5.- Recurso Especial não conhecido quanto à letra **c** e, quanto a letra **a** conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 04.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- Os autores, ora Recorrentes, *Themístocles Pederneiras Halfeld e outros,* na qualidade de sucessores de Guilherme Justino Halfeld, moveram, na Comarca de Coronel Fabriciano, Estado de Minas Gerais, no dia 07.04.1959, ação demarcatória contra o *Estado de Minas Gerais* e a *Companhia Siderúrgica Belgo Mineira,* pleiteando a demarcação e a imissão na posse de área de sesmaria, concedida segundo a legislação anterior ao regime da Lei n. 601, de 18.09.1850, situada na mesma Comarca de Coronel Fabriciano.

Alegaram na inicial que a área, "lançada nos fundos da tradicional sesmaria do bisavô dos promoventes, Carlos Augusto Halfeld, hoje de propriedade ou posse da Cia. Siderúrgica Belgo Mineira, é uma gleba quadrada de 3.300 ms de lado. Os lados são determinados pelo lançamento de quatro braços

interiores, cada um com 75 cordas, ou sejam 750 braças ou ainda 1.650ms. A linha de ligação dos quatro braços formando em suas extremas ângulos de 90º dá a quadra periférica demarcanda, imprecisa na técnica rudimentar do direito anterior. O ponto de referência é Antonio Dias Abaixo", ou, em outros termos, "é a seguinte a linha a ser demarcada: 'começa no Cocais Pequeno entre a barra do Cocais Seco e a barra do primeiro córrego que serve ao Cocais pequeno à direita; daí segue em linha reta direção leste, 1650ms até uma ligeira baixada vertente próxima do córrego do Veado, sempre confrontando com terras de propriedade ou posse da Belgo Mineira; quebra 90º em direção exata norte, sempre confrontando com a Belgo Mineira, prosseguindo próximo ou atravessando um braço do córrego do Veado, até 3.300 ms; quebra em direção ao oeste, 90º, cortando tributários do Cocais Pequeno e o próprio Cocaia Pequeno até 3.300ms confrontando com a Belgo, Estado ou seus sucessores; quebra em direção sul, depois de ter atingido 3.300 ms na direção oeste, segue formando um ângulo de 90º, passando pelas cabeceiras de córrego grande tributário do Cocais Pequeno até ingressar nas aguar vertentes do Cocais seco lado norte, completando 3.300ms nessas vertentes norte já confrontando com a Belgo; daí quebra 90º em direção leste confrontando com a Belgo em posse ou propriedade até o ponto de partida no Cocais Pequeno" (fl. 9).

2.- Sentença de 07.12.1959, proferida pelo Juiz *Massillon de Resende Teixeira,* julgou os promoventes carecedores da ação, por descumprimento do art. 422 do Cód. de Proc. Civil/1939, ante a falta de juntada, com a inicial, de "título de propriedade em nome dos promoventes", não lhes bastando a mera condição de herdeiros (sentença a fls. 425-427).

Essa sentença foi reformada por Acórdão unânime de 14.08.1962, da Turma da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. *Sylvio Cerqueira,* acompanhado pelos demais Desembargadores (Acórdão a fls. 471-474), consignando, o Acórdão, que os promoventes:

> "poderiam exercitar o direito de demarcar o imóvel independentemente da partilha e poderiam efetuá-la e depois demandar a demarcação do imóvel e de seus quinhões. Assim, porém, não procederam; ainda que o tivessem feito, não se lhes poderia exigir o registro de seus formais, pois este só é necessário para o efeito de disposição da propriedade, afim de se garantir a continuação do registro, a filhação da propriedade", não tendo tal registro "o efeito de transmitir a propriedade, porquanto esta foi transmitida no mesmo instante do falecimento do proprietário; sua função é tão só declarar sua existência, possibilitando a alienação, a continuidade do registro, nunca a atribuição do domínio a seu titular"

> (...), de modo que, em conclusão, "bastava, pois, que os autores provassem sua qualidade de herdeiros legítimos de Guilherme Justino Halfeld e o domínio deste sobre as terras da sesmaria para pleitearem a demarcação das terras por este deixadas; o fato de não estarem ditas terras registradas em seus nomes não lhes impede exercitar seus direitos de *dominus*, entre os quais o que lhes é assegurado pelo artigo 569 do Cód. Civ., por meio da ação mencionada *(sic)* no art. 422 do Cód. de Processo" (fl. 474).

Acórdão de 02.07.1964 (fls. 530-538), da e. 1ª Turma do c. Supremo Tribunal Federal, Rel. o Min. *Cândido Motta Filho*, por unanimidade, com os votos dos Ministros *Evandro Lins e Silva* e *Pedro Chaves*, não conheceu do Recurso Extraordinário n. 52.198-MG, Rectes. A Cia Siderúrgica Belgo Mineira e o Estado de Minas Gerais, redigido o Voto do Relator da seguinte forma (fls. 530-537):

> Como se vê do próprio despacho recorrido, os promoventes juntam ao seu pedido a certidão do título de herdeiros, extraída do processo de sôbre-partilha de bens deixados por Guilherme Justino Halfeld; nêle ficou, ainda, declarado que 'os títulos de domínio apresentados dizem respeito ao domínio dêsse antepassado, mas não provam a propriedade dos autores. Ainda que os bens não tenham sido partilhados e a propriedade demarcanda continue em nome de seu antepassado, aquela certidão, extraída do processo de sobre-partilha, legitima a presença dos autores em Juízo.
>
> A solução ajustada ao caso deverá ser obtida harmoniosa inteligência dos artigos 1.572, parágrafo único, do artigo 1.580, 524, 532, inciso II, do art. 623 e 631, todos do Código Civil e nessa ordem de idéias vamos ter que, verificada a morte, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de qualquer formalidade, de qualquer pedido ao juiz, de qualquer manifestação de vontade, tão só por uma ficção legal de que as pessoas dos herdeiros são a continuação da pessoa do defunto.
>
> O recorrente cita vários acórdãos que diz contrariarem o decidido, porém nenhum deles faz referência, expressa ou desdobrada, ao caso em pauta.
>
> Não vejo propriamente no acórdão impugnado, violação de lei, porque, de acordo com o art. 415 do Código de Processo Civil a ação de demarcação compete ao proprietário e ao condômino. Além disso o acórdão tendo em vista o que consta dos autos, decidiu que o proprietário, embora *pro-indiviso*, pode, como condômino, promover a ação demarcatória. Daí a opinião de Pontes de Miranda citado no douto parecer da Procuradoria, quando afirma que 'para propor a ação (demarcatória) o condômino não precisa de mandato de outros.'
>
> No caso reconhece o acórdão que a prova da propriedade foi feita e que os autores são condôminos e assim podiam intentar o feito. Não conheço do recurso (fls. 530-537)

3.- Após sucessivas paralisações do processo e a já produção de trabalhos de campo, sobreveio decisão que indeferiu requerimento de antecipação da tutela, formulado pelos autores sob a invocação, inclusive, da longa duração, de mais de quarenta e dois anos, do processo (Decisão do Juiz *José Augusto Lourenço dos Santos,* 28.05.2001, fls. 851-852), tendo essa decisão, denegatória de antecipação de tutela, sido confirmada cor Acórdão das Câmaras Cíveis Isoladas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. *Pinheiro Lago,* com votação unânime dos Desembargadores *Abreu Leite* e *Nilson Reis* (fls. 871-874).

4.- Sentença proferida pelo Juiz *Élito Batista de Almeida* no dia 03.04.2003 (fls. 902-908), rejeitados Embargos de Declaração a ela (fl. 941), julgou improcedente a ação, com a motivação seguinte (fl. 908):

> Assim, é mister reconhecer que o registro de vigário constante dos presentes autos em nome do suposto antepassado dos autores, não conferia a ele domínio, posto ser ponto pacífico que a carta de sesmaria dependia de confirmação posterior para convalidar o domínio.
>
> Como demonstrado, desde a sua instituição, o sistema de sesmarias tinha como objetivo principal a ocupação da terra e sua exploração. Entretanto, a prova dos autos, sobretudo o laudo pericial de fls. 774-787, mostra que o imóvel em questão encontra-se ocupado por terceiros, sendo que os autores não fizeram qualquer prova de que o antepassado sesmeiro tenha ocupado a terra, mesmo que em tempos imemoriais.
>
> Dessa forma, não está demonstrado nos autos a propriedade do imóvel em questão pelo autor da herança.
>
> Frise-se que a decisão de fls. 424-427, reformada pelo acórdão de fls. 471-474, fez referência somente a ausência de título dominial em nome dos autores, deixando de apreciar a validade dos títulos do autor da herança. Logo, a presente decisão não afronta o que já foi decidido nos autos, ou seja, a legitimidade dos herdeiros para propositura de ação demarcatória antes de ultimado o inventário.
>
> Diante o exposto, julgo improcedente o pedido da inicial. Condeno os autores no pagamento das custas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (fl. 908).

5.- Interposta apelação pelos promoventes, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença, por maioria de votos (fls. 1.025-1.031, rejeitados Embargos de Declaração, fls. 1.142-1.144), por Acórdão de 30.11.2004, de que Relator o e. Des. *Pinheiro Lago,* acompanhado pelo voto do Des. *Alvim Soares,* vencido o Des. *Edivaldo George* (que rejeitava preliminar e negava "provimento ao recurso, uma vez que não houve prova de domínio, e isto é uma condição da ação" - fl. 1.031), estando o Acórdão assim ementado:

> *Ementa:* Processual Civil. Deferimento, em atenção ao pedido formulado pelos autores, da produção de prova testemunhal. Questão açambarcada pelo fenômeno da preclusão *pro judicato*, insculpido na norma do art. 471 do CPC, impedindo ao juiz a reapreciação de questões já solucionadas no processo. Não produção de tal modalidade probatória, porquanto o magistrado *a quo*, ao invés de designar data para a realização de audiência de instrução e julgamento, de molde a viabilizar ouvida das testemunhas, proferiu sentença. Ofensa ao *due process of law*. Ademais, a realização de audiência de instrução e julgamento mostrava-se imperiosa, para que o perito prestasse esclarecimentos complementares sobre o laudo, conforme pleito dos autores, nesse sentido, fundamentado na norma do art. 435, do *Codex* Instrumental. Recurso provido para cassar a sentença (fl. 1.024).

Interpostos Embargos Infringentes "com fundamento no voto do Des. Edivaldo George dos Santos, "o qual rejeita a preliminar e negou provimento ao recurso" (fl. 1.031), uma vez que não houve prova de domínio, e isto é uma condição da ação" (fl. 1.031), foi dado provimento a esses Embargos, restabelecendo-se a sentença que julgou improcedente a ação, tendo o Acórdão dos Embargos Infringentes como Relator Designado o Des. *Alvim Soares*, com votos do Des. *Pinheiro Lago* e do Des. *Wander Marotta*, vencidos o Relator Sorteado, Des. *Belisário de Lacerda* e o Des. *Edivaldo George dos Santos*, que mantinham o julgamento da Apelação.

O Acórdão dos Embargos Infringentes veio ementado da seguinte forma:

> *Ementa:* As provas documentais trazidas para o bojo dos autos, permitem de forma suficiente, total convencimento do julgador; tal ocorrendo, tem-se que inacontece qualquer cerceamento ao direito de defesa, se julgada antecipadamente a lide.
>
> VV.
>
> Embargos infringentes. Provas deferidas. Decisão precoce e prematura. Devido processo legal. Obliteração.
>
> O juiz não pode indeferir as provas requeridas pelas partes, salvo se flagrantemente desnecessárias, pena de obliterar o direito ao devido processo legal.
>
> Acordaram "em rejeitar por unanimidade a preliminar de não-conhecimento dos embargos levantada da tribuna (pelos embargados) e acolher os embargos, vencidos o Relator e o Revisor" (fl. 1.095).

6.- Os autores interpõem Recurso Especial (fls. 1.149-1.167), com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, e 541 e seguintes

do CPC, anotando, no decorrer do Recurso, os dispositivos legais que sustentam infringidos e que seguem abaixo, com os argumentos a eles correspondentes, e terminando por pedir "o processamento do presente Recurso Especial, para, no mérito lhe dar provimento, reformando a decisão recorrida para retornando os autos à 1a instância, Comarca de Cel. Fabriciano, determinar-se àquele Juízo que defira a produção de provas a serem especificadas pelas partes e posterior designação de audiência de instrução e julgamento" (fl. 1.167).

Segundo os Recorrentes, teriam sido infringidos, de acordo com os fundamentos que expõem, os seguintes dispositivos legais:

a) Art. 471 do Cód. de Proc. Civil.- "Desde o despacho saneador complementar já estava decidida a realização da audiência de instrução e julgamento com franquia às partes para produção de outras provas. Compulsando-se os autos, verifica-se que os Autores, além de requererem a produção de prova oral, consistente na oitiva do Sr. Perito, ainda pretendiam ultimar a juntada de prova documental consistente no Registro da Carta de Sesmaria no cartório do Registro de imóveis de Antonio Dias. Além dessa prova, considerando as dificuldades já identificadas na leitura da peça de fl. 61 e seguintes que retratada por certidão judicial a sentença e demais peças na demarcatória de confirmação da Sesmaria produzida em 5 de Novembro de 1838, objetivando formalizar com o respaldo do juízo trabalho de atualização ortográfica daquela certidão, produzida particularmente pela Professora Ana Luíza de Castro Pereira, pretendiam os AA. colher o depoimento da mesma em juízo, caso não conseguissem produzir prova técnica pericial neste sentido, assinalando:

> É preciso que se entenda a importância da ação demarcatória proposta e até o seu valor histórico, pois, o pai de Guilherme Justino Halfeld, foi um dos fundadores da cidade de Juiz de Fora.
>
> Assim, a decisão antecipada do processo, sem respeitar matéria já decidida pelo juízo, feriu o direito dos AA., principalmente quando esta decisão alcançou justamente a prova, que restou inviabilizada pela decisão açodada (fl. 11.561).

b) Art. 473 do Cód. de Proc. Civil.- Esse dispositivo diz que "é defeso à parte discutir, no curso do processo as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

> Deste modo a decisão recorrida ao afirmar que os autores não provaram a propriedade da sesmaria, e assim julgando improcedente a ação, afrontou o

> disposto no citado dispositivo processual, pois o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar o Agravo de Petição n. 7.269 cujo acórdão se encontra às fls. 466-471 do 3º Volume e o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 52.198 encontrado às fls. 527-536 do 4º Volume afirmaram categoricamente a legitimidade processual dos autores considerando provada a condição de herdeiros de Guilherme Justino Halfeld e a qualidade deste como proprietário da Sesmaria objeto do litígio.
>
> Ressalta ainda destacar, também como fundamento do presente recurso, que em momento algum os AA. argüiram que Guilherme Justino Halfeld era proprietário da referida gleba de terras com base no Registro do Vigário. A titularidade de Guilherme Justino está explicitamente descrita na inicial:
>
> 2- Guilherme Justino Halfeld era titular, hoje seus sucessores, ora promoventes, de uma sesmaria na águas do Ribeirão Cocais Pequeno. Essa Sesmaria foi demarcada pela técnica do direito anterior (fls. 61 e segs). Portanto são necessários novos recursos na técnica do direito vigente.
>
> 3- O título de sesmaria no direito anterior é titulo de propriedade que conserva suas virtudes no direito vigente pelo princípio da continuidade do direito consagrado na Introdução ao Código Civil. Os promovidos sempre reconheceram e respeitaram tais documentos da família Halfeld.

c) Art. 435 do Cód. de Proc. Civil.- Assim argumentam os recorrentes: "Acrescente-se ainda que a decisão recorrida, negou vigência ao disposto no art. 435 do Código de Processo Civil que expressamente dispõe:

> A parte que desejar esclarecimentos do perito e do assistente técnico requererá ao Juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob a forma de quesitos.
>
> Parágrafo único - O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados 5 (cinco) dias antes da audiência.
>
> Deste modo a designação de Audiência com franquia de prova se impunha e o próprio órgão ministerial às fl. 898, já se manifestara pela designação de audiência, quando repentinamente o Dr. Juiz Élito Batista de Almeida, sentenciou o processo, julgando improcedente a ação, com inescusável erro de procedimento e grave lesão ao direito dos AA e ao devido processo legal. (fl. 1.167).

5.- O Recurso Especial foi devidamente processado, recebendo respostas dos Recorridos.

Os autores interpuseram também Recurso Extraordinário, devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 6.- Tem-se Recurso Especial interposto contra Acórdão que, recebendo Embargos Infringentes interpostos pelos Recorridos contra Acórdão que dera provimento a Apelação, interposta, esta, contra sentença que julgara improcedente a ação demarcatória, veio a manter a sentença -- que, repita-se, julgara improcedente a ação demarcatória, fazendo-o por não haverem os promoventes demonstrado a propriedade de seus antecessores, os quais haviam recebido área em regime de sesmaria, antes da Lei n. 601, de 18.09.1850.

7.- Inviável o Recurso Especial, devendo prevalecer o julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos Embargos Infringentes, isto é, a improcedência da ação demarcatória, afastada a necessidade de produção de mais provas antes do julgamento.

8.- Em primeiro lugar, óbices formais se apresentam para o próprio conhecimento do Recurso Especial.

a) Assim é que, o Recurso Especial, no tocante à letra **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, não pode ser conhecido, pois não preenche os requisitos legais típicos desse permissivo recursal, visto que o recurso não cotejou o Acórdão do caso com Acórdãos deste Tribunal, que dessem à questão interpretação diversa.

Ademais, nenhum dos julgados anotados pelos ora recorrentes trata de questão como a presente -- isto é, de falta de demonstração de propriedade de antecessores beneficiários de Carta de Sesmaria, conquanto tenham sido, na seqüência aquisitiva, dispensados de registro de formal de partilha, devido à *saisine* de direitos, inclusive propriedade que os antecessores houvessem, em virtude do disposto no art. 1.572, parágrafo único, do artigo 1.580, 524, 532, inciso II, do art. 623 e 631, sob cuja regência, circunscrita à transmissão dos antecessores aos ora promoventes (não dispensada a comprovação de titularidade dominial dos antecessores), o c. Supremo Tribunal Federal concluiu que "verificada a morte, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de qualquer formalidade, de qualquer pedido ao juiz, de qualquer manifestação de vontade, tão só por uma ficção legal de que as pessoas dos herdeiros são a continuação da pessoa do defunto."

b) E, quanto à interposição do Recurso Especial com fundamento na letra **a** da sede constitucional, também não teria sucesso o recurso, visto que sua interposição encontra obstáculo na Súmula n. 7 deste Tribunal, por fundar-se, o Acórdão, nos termos em que a fundamentação remonta à confirmação da sentença, no fato de, à luz da prova produzida, não estar demonstrada a propriedade dos sesmeiros, anteriormente à transmissão de direitos hereditários aos promoventes.

Vejam-se os termos da sentença e do Acórdão, referindo-se, ambos, expressamente, à falta de provas da propriedade -- e lembrando-se que jamais vieram títulos dominiais aos autos, não se podendo suprir a prova de propriedade por outros meios, como, por exemplo, a prova pericial e testemunhal, pelas quais se batem os ora recorrentes.

Os termos dos fundamentos fático-probatórios na sentença (fl. 908, *passim*) são claros:

> Como demonstrado, desde a sua instituição, o sistema de sesmarias tinha como objetivo principal a ocupação da terra e sua exploração. Entretanto, a prova dos autos, sobretudo o laudo pericial de fls. 774-787, mostra que o imóvel em questão encontra-se ocupado por terceiros, sendo que os autores não fizeram qualquer prova de que o antepassado sesmeiro tenha ocupado a terra, mesmo que em tempos imemoriais.
>
> Dessa forma, não está demonstrado nos autos a propriedade do imóvel em questão pelo autor da herança.

Essa conclusão fática da sentença, confirmada pelo Acórdão ora Recorrido do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já tornaria impossível superar o obstáculo da Súmula n. 7 do STJ.

c) Por outro lado, mesmo examinados os autos na inteireza e profundidade, e em que pese realizada atividade pericial antecipando a segunda fase da Ação Demarcatória (quando não houvera sentença transitada em julgado quanto à primeira fase, tem-se que o requisito da demonstração dominial dos autores não se cumpriu neste processo, ante a falta de prova documental que é de rigor em matéria de ação demarcatória, não se vendo como pudesse vir a ser demonstrada propriedade por perícia e testemunhos, quando a prova registrária documental é essencial ao domínio -- de modo que não se cogita de anular o julgamento para reabrir fase probatória, o que apenas viria a mais alongar o andamento destes cinqüentenários autos.

9.- Em que pese à longa duração deste processo -- duração que, frise-se, não pode ser simplesmente atribuída ao Poder Judiciário, mas, sim, às próprias características do feito, às complicações impostas pelas partes e a paralisações fáticas não resultantes de demora de atos judiciais - durante a qual certamente se nutriram esperanças de sucesso pelos promoventes, é forçoso concluir que a própria ação demarcatória nasceu inviável, como detectado, já de início, pela primeira sentença, proferida nos idos de 1959 -- sentença cuja motivação, contudo, permitiu que a questão se desfocasse para a transmissão da propriedade *causa mortis* pelos antecessores dos promoventes a estes, deixando de frisar o fato da inexistência de anterior propriedade que pudesse ser transmitida a esses mesmos promoventes.

A sentença atinou, claramente, com o problema da pretensão dos promoventes, que lhes fulmina o direito à demarcatória, localizando-o no fato da inexistência da posse anterior, sobre área, com base na qual se poderia, eventualmente, implementar a aquisição de propriedade decorrente de "Carta de Sesmaria". Sem essa posse, não havia como adquirir propriedade naquelas condições. E sem propriedade dos antecessores, não havia propriedade a transmitir aos ora promoventes.

Lembre-se que sem propriedade não há direito à ação demarcatória, nos termos do art. 422 do Cód. de Proc. Civil/1939 e, atualmente, do art. 950 do Cód. de Proc. Civil/1973. Sempre foi assim, e continua sendo (REsp n. 20.529-7-AL, 4ª T., Rel. Min. Dias Trindade, j. 30.08.1993, v.u., DJU 20.09.1993, p. 19.179; RTJ 91/135 e RP 4/375, Em. 6, 11/239 - citados em "CPC e Leg. Proc. em Vigor", de Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, c/ col. Luís Guilherme Aidar Bondioli. São Paulo, Saraiva, 41ª ed., 2009, art. 946, nota 3).

Aliás, se há algo de tranqüilo e pacífico na longa tradição histórica da *actio finium regundorum*, tal é a exigência de prova documental registrária de propriedade, a exigir o histórico documentado das transmissões do domínio até os promoventes, prova de propriedade que, relembre-se o óbvio, exige e sempre exigiu, sob a legislação atual assim como sob a legislação anterior, a juntada de certidões do Registro de Imóveis competente -- o que nunca veio a estes autos.

Lembra *Humberto Theodoro Jr:* "É do direito de propriedade, por índole exclusivo, que decorre a faculdade de exigir a demarcação e a divisão. O fundamento da 'ação' em que se exercitam ditas faculdade outro não é, destarte, que o domínio ou propriedade", de modo que "é lógico, portanto, que o promovente tenha de demonstrar, logo de início, a titularidade do seu direito

de propriedade sobre o imóvel demarcando" ("Terras Particulares. Demarcação, Divisão, Tapumes", S. Paulo, Saraiva, 4ª ed, 1999, p. 126 e 256).

O mesmo doutrinador ressalva que "a ausência de título de domínio torna, em regra, incompleta a petição inicial e pode autorizar a extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, I). Mas, a providência correta não será o indeferimento de plano, e sim a intimação do autor para, sendo possível, fazer a exibição no prazo de dez dias (CPC, art. 284). Só depois que se escoar dito prazo sem a diligência da parte é que o juiz, então, deverá fazer extinguir o processo (CPC, art. 284, parágrafo único)" e conclui que "o título dominial deverá, outrossim, estar transcrito no Registro Imobiliário competente, pois é pela transcrição que se transmite a propriedade imóvel nos negócios *inter vivos*, e é por meio dela que se prova ou demonstra, *erga omnes*, o domínio imobiliário adquirido por sucessão hereditária" *(Humberto Theodoro Jr,* "Terras Particulares. Demarcação, Divisão, Tapumes", S. Paulo, Saraiva, 4ª ed, 1999, p. 257-258).

E *Antonio Carlos Marcato* arremata: "A necessidade de comprovação da titularidade do domínio decorre, como já visto, do fato de somente o proprietário ou o condômino possuir legitimidade ativa para a ação em exame (...). Ademais, é com base nos referidos títulos, entre outros elementos, que os arbitradores elaborarão o seu laudo (CPC, art. 957, *caput*) ("Procedimentos Especiais", S. Paulo, Ed. Atlas, 12ª ed., 2006, p. 193)

A ação demarcatória em causa foi movida pelos promoventes pedindo a demarcação sob a alegação de terem propriedade da área, tanto que o pedido formulado na inicial é muito claro, ao pleitear sejam eles "imitidos na posse", o que revela que em verdade não tenham ou tiveram a posse por si ou antecessor, à época em que ajuizaram a ação, nos idos de 1959 -- o que afasta a possibilidade de tratar-se de mera pretensão de posse fundada em queixa de esbulho, a qual, igualmente, pressuporia posse anterior e sua perda por desapossamento violento, clandestino ou precário praticado pelos promovidos, o que, aliás, jamais foi invocado pelos promoventes.

Nos autos não está demonstrado o domínio dos antecessores, sendo insuficiente a configurá-lo o direito de sesmeiro, especialmente quando desacompanhado de posse, integrativo da própria noção de Sesmaria.

A ação é, portanto, movida sob a invocação de propriedade da área, mas no sistema fundiário brasileiro, somente tem propriedade quem tem título aquisitivo registrado em seu nome (CC/1916, art. 530, a que corresponde, com outras palavras, o art. 1.245 do CC/2002).

10.- O recebimento da Carta de Sesmaria jamais se equiparou, por si só, à propriedade, no Direito Brasileiro. Sempre teve reconhecimento como justo título para posse, que, se longeva, podia e pode, amparar pretensão como ao usucapião, mas nunca tendo constituído por si só título de propriedade apto à transcrição no Registro de Imóveis, como é da essência dos títulos de propriedade.

Com efeito, o próprio conceito de Sesmaria pressupõe a posse e a utilização efetiva da terra, como explica *Roberto Moreira de Almeida,* com apoio em *Pinto Ferreira* ("Curso de Direito Agrário, S. Paulo, Saraiva, p. 107): "Sesmarias, sinteticamente, consistem nos lotes de terras abandonadas ou incultas cedidos pelos reis lusitanos a determinadas pessoas que resolvessem cultivá-las. Esses cultivadores passaram a ser conhecidos retratados por sesmeiros, ou seja, os beneficiários das sesmarias" ("Sesmarias e Terras Devolutas", Revista de Informação Legislativa, n. 28/310, abril/junho 2003).

Como explica *Benedito Antonio Leal de Mira,* analisando decisiva etapa da regulamentação do sistema de propriedade de terras no Brasil, reportando-se a escrito de *Altir de Souza Maia,* que anotou a opção clara pela existência de posse efetiva da terra, para a transmudação das outorgas de terras em propriedade: "Nesse sistema de ocupação primária, valorizado pelos conceitos já então vigentes, de cultura efetiva e morada habitual, posteriormente consagrada na Lei n. 601, foram inegavelmente fator preponderante no sistema de ocupação do solo brasileiro, naqueles remotos tempos. E quando em 1850 a Lei n. 601 veio disciplinar tal sistema de ocupação, já encontrou uma situação de fato, e, por encontrá-la, preferiu contemplar em primeiro lugar e com uma preocupação inarredável, aquele que já ocupava o solo; que já o havia tomado; que já o havia feito produzir. Aquele que, já naquele tempo, dava à terra uma destinação consentânea com os objetivos de desenvolvimento do Império e fazia essa mesma terra cumprir o que seria hoje conhecido como função social da propriedade" *(Altir de Souza Maia,* "Terras Públicas do Brasil", documento da Revista Encontros da UNB, p. 65, *apud Benedito Antonio Leal de Mira,* "Sistema Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial", 17/70 - Jul/Set 1981).

Benedito Antonio Leal de Mira, aliás, explicita: "Na realidade, não se há negar que, *ex facto oritur jus*, com a edição da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850 e sua aplicação pelo Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, expirou-se a *vacatio legis*, e o Governo Imperial obteve méritos incalculáveis ao delinear as linhas mestras para a regularização fundiária, *lacto sensu*, quando no

seu preâmbulo reportou-se às possuídas por títulos de sesmarias e de posses. Portanto, sem qualquer equívoco, admitindo que as sesmarias eram títulos, embora as posses fossem consideradas como tais, mesmo sem a roupagem cartular, devido à inexistência de qualquer preceito legal normatizando a expedição de Título de Pose, por parte do Império, posto que pelas Províncias poder-se-ia fazê-lo de decorrência da Lei n. 514, de 28 de outubro de 1848" (...) "Partindo do pressuposto legal de que seriam Revalidadas as Sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou provincial, que se achassem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou de seus prepostos, embora não cumprida qualquer das outras cláusulas condicionadoras com que foram concedidas (art. 4º da Lei), e legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se achassem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual do posseiro (art. 5º, §§ 1º, ao art. 4º, da Lei), o Regulamento reservou o Capítulo III para dar-lhe tratamento, sob o título Da Revalidação e Legitimação das Terras e Modo Prático de Extremar o domínio Público e Particular ("Sistema Revista de Direito Imobiliário, Agrário e Empresarial, 17/70 - Jul/Set 1981).

Com apoio em *Ruy Cirne Lima* ("Pequena História Territorial do Brasil") e *Messias Junqueira* ("As Terras Devolutas na Reforma Agrária"), *Delmiro dos Santos* sintetiza o que resultou do marco decisivo do Regime de Terras do Brasil, constituído pela Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601, de 18.09.1850), expondo-lhe os quatro princípios instituídos por aludido diploma legal: "a) - Proibir, a partir da vigência da Lei, a alienação ou transmissão do domínio pleno de terras devolutas, senão por título de compra e venda; b) - titular o domínio dos portadores de cartas de sesmarias de terras ou concessões outras que tivessem cumprido integralmente as condições estipuladas nos respectivos títulos de concessão, expedidos na forma das prescrições legais aplicáveis, e apenas não confirmadas pelas autoridades competentes; c) - Como medida de transigência, para não prejudicar os investimentos feitos na constituição de benfeitorias e lavouras, permitir a aquisição do domínio, a título oneroso, de terras devolutas por meio da revalidação de cartas de sesmarias ou concessões outras, cuja eficácia, à data da vigência da mesma Lei, ainda dependiam do cumprimento de condições impostas nos títulos concessórios, tais como medição, demarcação e confirmação, pelo poder concedentes, desde que estivesse cumprido o requisito de cultivo efetivo e morada habitual; d) - finalmente, permitir também a aquisição de domínio de terras devolutas por meio de legitimação das respectivas

posses, se mansas e pacíficas, preexistentes à data do mesmo diploma, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante e que se achassem cultivadas, ou com princípios de cultura e morada habitual, do posseiro ou preposto seu" ("Sesmarias, Terras Devolutas e Registro Paroquial", em Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 32 e 54-55, 1984).

O requisito da utilização efetiva da terra pelo titular de Carta de Sesmaria, como condição de transformá-la em propriedade, é realçado: "No sistema sesmarial do Brasil o título constitutivo da propriedade privada, é assim a doação; mas como o regime de sesmarias pressupõe um encargo, que, como vimos, constituía uma autêntica servidão nas leis portuguesas, esse encargo, que era a exigência do efetivo aproveitamento da terra, jamais deixou de estar presente, ao longo de toda a evolução do sistema no Brasil" (ob. cit. p. 13). Assim: "Características das sesmarias eram a gratuidade e a condicionalidade", que vinham das Ordenações Manuelinas, Livro 4º, Título LXVII, §§ 3, 7 e 15; e Ordenações Filipinas, Livro 4ºm Título XLIII, §§ 4, 7, 8 e 16, e "a condicionaqlidade dizia respeito ao aproveitamento das terras em determinado tempo" (cf. *Gilberto Bercovici,* "Constituição Econômica e Desenvolvimento", S. Paulo, Malheiros, p. 119 e 120).

Ainda que tomadas as Cartas de Sesmarias como geradoras de direito de propriedade, sempre se caracterizam elas como direito sobre coisas alheias e, no seguimento da história da terra brasileira até atualidade, as Cartas de Sesmarias em algum momento tinham de submeter-se ao regime de registro fundiário, para que se tornassem propriamente direito de propriedade, dotado de oponibilidade *erga omnes,* essencial à ação demarcatória.

Salienta *Leandro Ribeiro da Silva* que o instituto das sesmarias "não residia meramente numa posse, mas alcançava outros patamares jurídicos, já que, ao receber a posse direta da terra, o beneficiário disponha não somente de poderes, mas também deveres, conforme estatuíam as ordenações do reino", e, reportando-se a *Custódio da Piedade Miranda* ("Revista de Direito Agrário", Brasília, Incra, n. 9/9, 1973), explica que "as sesmarias constituíam um direito real de propriedade sobre coisa alheia, enfatizando que a servidão consistia na limitação estabelecida no direito de propriedade, em que se obrigava o proprietário a cultivar a terra recebida, desenvolvendo a lavoura, colhendo víveres para alimentação da sociedade", de modo que, "de conformidade com o nosso entendimento, visualizava-se na propriedade o cumprimento de sua função social, como condição de sua mantença pelo proprietário" ("Propriedade Rural, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 65).

Não basta, pois, a titularidade de Carta de Sesmaria, que sem dúvida constitui um título, mas não de propriedade, para que automaticamente se tenha adquirido o direito de propriedade, para o qual necessário também o completamento do título com a posse e, em seguida, a transcrição no Registro de Imóveis, para que se configure, juridicamente, o domínio.

Os autores tiveram titulação que vem do sistema de Cartas de Sesmarias, mas não tiveram posse sobre a área em causa, embora porventura a tenham sobre outras áreas eventualmente abrangidas por Cartas de Sesmaria, tanto que por intermédio da presente Ação Demarcatória a pleiteiam e tanto que na petição inicial desta Ação Demarcatória nem mesmo aludiram a posse anterior, nem expuseram circunstâncias fáticas em que pudesse ela, a posse, que a inicial expressamente alude ser da promovida (fl. 9), ser vista, em favor deles, promoventes -- e, o que é de enorme relevância em termos de ação demarcatória, não tiveram jamais título transcrito anteriormente à propositura da demarcatória, de modo que falta aos autores, sem dúvida, requisito essencial à pretensão demarcatória.

Note-se que, nem mesmo posteriormente à petição inicial, os promoventes demonstraram propriedade, a qual, como se disse, exige documentação imobiliária específica, com a matrícula do imóvel, mesmo se remontando anteriormente a direito de sesmeiro, de forma que não se pode nem mesmo imaginar a abertura de oportunidade ulterior de produção de mais provas -- laudos e testemunhos ulteriores -- para discussão dominial decorrente do regime de sesmarias.

11.- Nesse ponto irrespondíveis os argumentos do Acórdão ora em exame, seja na motivação do voto do Relator Designado, Des. *Alvim Soares,* seja na dos votos vencedores, proferidos pelo Des. *Pinheiro Lago* e *Wander Marotta,* destacando-se os fundamentos pelos quais se afastam os argumentos do voto vencido dos Desembargadores *Belizário de Lacerda e Edivaldo Jorge* este expostos:

> *O Sr. Des. Pinheiro Lago:*
>
> Ouvi, com atenção, os pronunciamentos feitos da tribuna pelos ilustres patronos das partes que buscam o mesmo norte.
>
> Quanto à preliminar de não-conhecimento agitada da tribuna, rejeito-a, acompanhando os argumentos expendidos pelos eminentes Relator e Revisor.
>
> Quanto ao mérito, tenho voto escrito e passo à sua leitura.
>
> Voto

Analisando detidamente todo o aqui compilado, peço vênia aos eminentes Desembargadores componentes desta Câmara Julgadora para reformular meu entendimento sobre a questão aqui debatida.

No julgamento da apelação interposta pelos aqui embargados externei meu posicionamento no sentido de que era imprescindível a produção da prova testemunhal anteriormente deferida; todavia, sopesando todas as teses aqui debatidas, tenho que a decisão singular primeva deve ser mantida; a matéria em julgamento não se vincula, necessariamente, a produção de prova oral, sendo, pois, acertada a conduta procedimental aplicada a espécie.

Colhe-se da jurisprudência pátria citada por *Theotonio Negrão:*

> Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipada da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder. (STJ, 4ª Turma, REsp n. 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo) *(in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 30ª edição, p. 382).
>
> Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia. (STJ - AgRg n. 14.952-DF - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 10.10.1994 - p. 27.114).

Assim, não há falar em cerceamento de defesa, eis que, para a prova do titulo propriedade mister a produção de prova documental.

Enfatiza-se, por oportuno, que as decisões retratadas as fls. 468-471-TJ (TJ-MG) e 527-536-TJ (STF) reconhecem a legitimidade dos embargos para a propositura da ação por serem herdeiros, mas desconhecem o tema envolvendo a propriedade da gleba de terra questionada; assim, não há falar em coisa julgada.

Par derradeiro, deixo consignado que "... a transcrição imobiliária possui um fim específico, que e a certeza da propriedade e publicidade..." e a Carta de Sesmaria é instrumento de reconhecimento da posse. A vista disso, repita-se, com renovado pedido de vênia aos eminentes Desembargadores, acolho aos presentes embargos infringentes eis que os tenho por procedentes.

É como voto.

(...)

O Sr. Des. Wander Marotta:

Ouvi, com atenção, a sustentação oral proferida pelos em. Advogados das partes.

Quanto à preliminar, também a rejeito, já que é incontestável que houve reforma da sentença com um voto vencido, pressuposto que, por si só, autoriza a admissibilidade do presente recurso, como já enfatizado.

Quanto à questão objeto do recurso, trouxe voto escrito em que a examino.

Voto

A questão em que ocorreu divergência no julgamento da apelação envolve a necessidade de produção ou não de prova testemunhal e pericial no juízo de origem.

Os doutos votos majoritários entenderam que sim (fls. 1.030); e o minoritário que não, visto que nas demarcatórias, não existindo prova de domínio, como aqui, tal prova era desnecessária ou inútil (fls. 1.030-1.031).

O eminente Relator destes infringentes filia-se à corrente vencedora, rejeitando os embargos.

Peço vênia a todos para dissentir e acolher os embargos.

Com efeito, como se sabe, *chamado registro paroquial não induz propriedade.* É meio probante da posse.

Como diziam *Pedro Aleixo, Ernani Satiro e Aliomar Baleeiro:*

> No Brasil, o particular se dono das terras se prova que tem título legítimo direto do Estado ou do patrimônio nacional, por compra, sucessão, doação, etc., ou se, por cadeia sucessória, ou outro meio idôneo, prova que aquela terra foi desmembrada do Patrimônio Público em algum tempo (voto proferido na Comissão Especial para estudo de Emenda Constitucional para a Reforma Agrária - Congresso Nacional).

Aliomar, posteriormente, já no STF, analisando caso de discriminação de terras do Estado de Goiás, afirmava:

> O Estado de Goiás não precisa provar nada, a presunção é de que a terra é dele". O particular é que tem de provar, por uma cadeia sucessória, que as terras foram desmembradas do patrimônio publico. Não há nenhuma dúvida a respeito disso (in Revista de Direito - PGE - v. 5°, p. 42)

Num resumo extremamente sintético pode-se esclarecer: relativamente as terras do território nacional, a União e sucessora dos Reis de Portugal e os Estados-membros sucedem a União em virtude da Constituição de 1891 (art. 64). Afora os casos em que tenha havido desmembramento de alguma dessas terras, por vários modos, os Estados detém a propriedade das terras situadas dentro de seu território. A prova em contrário compete ao particular.

Neste processo, alega-se a desincorporação das terras dele objeto. O *instrumento* desse desmembramento seria o registro paroquial de uma Carta de Sesmaria.

Com esse registro nada se predispõe, como pensam alguns, para o cadastro da propriedade imóvel, base do regime hipotecário germânico. Teremos uma simples descrição estatística, mas não uma exata conta corrente de toda a propriedade

imóvel do país, demonstrando sua legitimidade e todos os seus encargos. O sistema cadastral é impossível entre nos (Consolidação das Leis Civis, 1896, 3ª ed., p. 533-4, nota 24).

Segundo o Decreto n. 1.318, de janeiro de 1854 (art. 93), *"as declarações de que tratam este é o artigo antecedente não conferem direito algum aos possuidores".*

Em suma, cabe ao proprietário provar sua propriedade nos termos do art. 5° da Lei n. 3.081, ou seja, através de títulos *devidamente filiados***.**

Se assim não se faz - ou não se fez - não será através de perícia - ou de esclarecimentos da perícia - ou mesmo de testemunhas - que tal se dará. *Não se produz prova inútil* **-** é a lição dos processualistas modernos.

O registro paroquial - ou a Carta de Sesmaria - é instrumento ou via de comprovação da posse ou da intenção de possuir. Nada mais.

Embora possa ter havido essa posse, o advento do Código Civil, em 1916 (art. 67) tornou imprescritíveis os bens públicos, tudo evoluindo para, atualmente, serem tidas as terras públicas como imprescritíveis (Súmula n. 340 STF e Constituição).

A doutrina mais autorizada no País proclama exatamente essa verdade: o registro paroquial não resulta em propriedade *(Astolfo Rezende* - Revista de Jurisprudência Brasileira - maio de 1939 - p. 158; Witaker - Terras - p. 105; *Francisco Morato* - Da prescrição nas ações divisórias - p. 148; *Lima Pereira* - Da propriedade no Brasil; e *Teixeira de Freitas* - Consolidação das Leis Civis - nota 24 ao art. 905).

Deste modo, conclua-se: o registro paroquial - ou a Carta de Sesmaria - pode ser instrumento de reconhecimento da posse - e pode até suportar pedido de usucapião. Poderia ter alicerçado pedido de legitimação. Mas nunca, por si só, como consequência desse próprio título, de reconhecimento de domínio.

Se não houve desincorporação das terras públicas, o paroquial permanece insulado, isolado, sem força probante maior que a da posse, ainda que velha.

Falta, portanto, aos embargados, título autêntico de aquisição. As terras continuam no domínio público - são chamadas devolutas - e constituem bens públicos dominiais, formando o patrimônio do Estado.

Nada disso está submetido a matéria probatória que os doutos votos majoritários deferiram, razão porque, com a vênia ao eminente Relator e aos que profeririam os votos majoritários, *acolho os infringentes.*

É como voto.

Súmula: Rejeitaram, por unanimidade, a preliminar de não-conhecimento dos embargos levantada da tribuna (pelos embargados) e acolheram os embargos, vencidos o relator e o revisor.

12.- Nessa ordem de considerações, deve ser expressamente desfeita a confusão que se estabelece na argumentação dos autores, ora Recorrentes, ao

sustentarem que o primeiro Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Acórdão do c. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. *Cândido Mota Filho,* tenham reconhecido a propriedade ou direito à procedência da ação demarcatória em virtude de direito hereditário.

Em verdade, aludidos Acórdãos apenas garantiram aos autores, como condôminos entre si, o direito de acionar, por intermédio da Ação Demarcatória, firmando que a sucessão qualifica sucessores a acionar em lugar de seus antecessores. Quer dizer: o que ficou proclamado pelo c. Supremo Tribunal Federal foi somente a legitimidade de parte, isto é, indicação da ação, não havendo como da legitimidade de parte, matéria preliminar atinente, reputa-se a condição da ação, inferir direito de propriedade ou a ele equiparável, para o sucesso da pretensão no mérito.

Vejam-se os termos do voto do e. Min. *Cândido Mota Filho,* na própria transcrição dos autores (fl. 1.132) para se concluir que jamais foi nele reconhecido o direito de propriedade dos autores, em decorrência de Carta de Sesmaria:

> O Senhor Ministro Cândido Motta Filho: - estes autos vieram-me às mãos em 29 de Novembro de 1962 e foram com vistas ao Dr. Procurador Geral da República a 5 de Dezembro do mesmo ano. E só agora voltam-me, graças a pareceste da atual Procuradoria.
>
> Trata-se de uma ação demarcatória de que eram os recorridos condôminos por herança, porque pretendesse fixar a aviventar rumos dada a posse de pessoas estranhas o juiz de Primeiro Grau julgou os autos carecedores da ação pois só poderiam promover as mesmas após efetuada a partilha e registrada os respectivos formais.
>
> Mas o colendo Tribunal de Minas Gerais reformou o decidido, reconhecendo que todo herdeiro à parte legítima, como condômino pode pedir a demarcatória de terras vizinhas aquelas que lhe tocarem por herança. O Estado de Minas e a Cia. Siderúrgica Mineira interpoem o presente extraordinário, porque a decisão violara os artigos 569 do Código Civil, 223, 415 e 422 do Código de Processo e por existir jurisprudência em contrário.
>
> As partes arrazoaram e a Procuradoria Geral opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, dizendo a fl. 517:
>
> > Os recorridos intentaram ação demarcatória de terras já existentes entre essas terras e terreno vizinhos na posse de pessoas estranhas a sucessão.
> >
> > O Juiz da 1ª instância julgou-os carecedores da ação, por achar que somente poderiam promovê-la após efetuada a partilha e registrados os respectivos formais.

O acórdão recorrido reformou tal decisão, reconhecendo que todo herdeiro a parte legítima, como condômino, para pedir demarcatória de terras vizinhas aquelas que lhe tocaram por herança.

O Estado de Minas Gerais e Cia. Siderúrgica Belgo Mineira interpõem o presente extraordinário dando como violados os arts. 569 do Cód. Civil e 2º, 223, 415 e 422 do Cód. de Processo Civil e indicando acórdãos que estariam em conflito com o recorrido. Os principais dispositivos legais de direito substantivos e adjetivos apontados como violados, estabelecem o seguinte:

> Todo proprietário pode obrigar o seu confinante a proceder com ele a demarcação entre os dois prédios (art. 569 do CC).
>
> A ação de demarcação (compete) ao proprietário ou *condômino* de um prédio contra os possuidores do prédio confinante para fixação de rumos novos ou aviventação dos existentes (art. 415 do CPC).

Sustentam os recorrentes, e com eles a sentença de 1ª Instância, que os recorridos, sendo herdeiros de herança ainda não partilhada, não eram ainda proprietários, para poder pedir demarcatória contra os vizinhos.

Trazem à colocação do acórdão do Tribunal de Justiça de Sta. Catarina esposando a mesma tese.

Contudo, parece-nos melhor elucidada a inteligência do acórdão recorrido, ao decidir que o herdeiro, sendo proprietário, embora para o indivíduo, pode, como condômino que é, promover ação demarcatória contra os confinantes.

Realmente, desde que na herança haja imóvel e este tenha limites a fixar ou aviventar como impossível na posse das pessoas estranhas ao inventário, não há como negar direito a qualquer herdeiro de promover a demarcação.

Aliás o próprio texto da lei judiciária esclarece, expressamente, que tal ação cabe não só ao proprietário exclusivo *como ao proprietário em condômino* (parte final do art. 415 do CPC)

Apenas não poderiam o condômino promover demarcatória contra os demais condôminos, porque então sua parte estando ainda em confusão com os demais proprietários isto não lhe permitia intentar a demarcação contra estes, antes de promover a divisória, indispensável para distinguir o seu quinhão dos demais condôminos.

Já o mesmo não acontece, porém, quando o herdeiro para demarcar todo o prédio, em condômino, com os vizinhos estranhos a sua propriedade indivisa.

Por isso, Pontes de Miranda ao comentar, com sua incontestável autoridade, este dispositivo da lei judiciária civil, afirma:

> Para propor a ação (demarcatória) o condômino não precisa de mandato dos outros.

Porém:

> Condômino *pro indiviso* não pode requerer demarcação *contra* os outros (condôminos). (Com. ao Cód. Proc. Civ. Vol. VI - p. 274).

Impedir, pois, a qualquer herdeiro o direito de propor ação demarcatória contra terceiros confinantes a imóvel herdado em comunhão, seria o mesmo que negar ao condômino o direito de *d*emarcar sua propriedade em comum, com confinantes estranhos ao condômino.

Mas, nessa consequência ilógica esbarraria em empeço intransponível, com o próprio texto da lei que estabeleceu *expressamente*.

> A ação de demarcação compete ao proprietário ou *condômino* contra os possuidores de prédio vizinho (art. 415 do CPC).

O que nos parece imprescritível, nesses casos, e que seja feita prova de propriedade do *de cujus* com a qual o herdeiro prova a filiação da propriedade.

Dessarte, qualquer herdeiro, comprovando a propriedade *de cujus. que* lhe deixou parte em herança, pode intentar ação demarcatória, porque, incontestavelmente, e condômino dessa propriedade, desde a abertura da sucessão, e esta ocorre com a morte do *de cujus*. (art. 1.572 do CC)

Assim, só se o acórdão recorrido sustentasse que o herdeiro não precisava provar a propriedade do *de cujus* para propor a lide demarcatória e que se poderia alegar malferimento ao art. 569 do CC para embasar o extraordinário.

Porém o acórdão malsinado limitando-se a afirmar, com pleno assento em texto expresso da lei, que o herdeiro, sendo condômino, e parte legítima para intentar a demarcação com os confinantes estranhos ao inventário, não enseja, o 'extraordinário' com assento em malferimento de lei.

Nada, pois, a censurar ou a merecer reforma nessa conclusão em absoluta consonância a texto expresso de lei.

Em face do exposto somos pelo conhecimento do recurso, face do dissídio de julgados de tribunais diferentes, mas opinamos pelo seu não provimento ante o acerto do acórdão malsinado.

O Senhor Ministro Cândido Motta (Relator): Diz o acórdão à fl. 464: "como se vê do próprio despacho recorrido, os promoventes juntaram ao seu pedido a certidão do título de herdeiros, extraída do processo de sobre-partilha de bens

deixados por Guilherme Justino Halfeld; nele ficou, ainda, declarado que os títulos de domínio apresentados dizem respeito do domínio desse antepassado, mas não provam a propriedade dos autores. Ainda que os bens não tenham sido partilhados e a propriedade demarcada continue em nome de seu antepassado, aquela certidão, extraída no processo de sobre-partilha, legitima a presença dos autores em Juízo".

A solução ajustada ao caso deverá ser obtida da harmoniosa inteligência dos arts. 1.572, parágrafo único, do artigo 1.580, 524, 532, 533, inciso II, do art. 623 e 632, todos do Código Civil e nessa ordem de idéias vamos ter que, verificada a morte, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, independentemente de qualquer formalidade, de qualquer pedido ao juiz, de qualquer manifestação de vontade, tão só por uma ficção legal de que as pessoas dos herdeiros são a continuação da pessoa do defunto.

O recorrente cita vários acórdãos que diz contrariarem o decidido, porém nenhum deles faz referência expressa ou desdobrada ao caso em pauta.

Não vejo propriamente no acórdão impugnado, violação de lei, porque, de acordo com o art. 145 do Código de Processo Civil a ação de demarcação compete ao proprietário e ao condômino. Além disso o acórdão tendo em vista que consta dos autos, decidiu que o proprietário, embora *pro-indiviso,* pode, como condômino, promover a ação demarcatória. Daí a opinião de Pontes de Miranda citado no douto parecer da Procuradoria, quando afirma que "para propor a ação (demarcatória) o condômino não precisa de mandato de outros".

No caso *reconhece o acórdão* que a prova da propriedade foi feita e que os autores são condôminos e assim podiam intentar o feito. Não conheço do recurso.

13.- Como se vê, tendo jamais sido reconhecido o direito dos autores à propriedade e buscando eles, desenganadamente, a ação demarcatória, que exige a título de propriedade, não era mais necessária prova nenhuma para o julgamento da controvérsia, no sentido da improcedência da ação demarcatória.

Não há, assim, razão para proclamar pretensa violação dos arts. 471, 473 e 435 do Cód. de Proc. Civil, no sentido de reforma do Acórdão para ensejar a produção de prova em audiência - nem mais prova pericial.

A prova pericial e a prova testemunhal jamais poderiam suprir a falta de título de propriedade, que os autores realmente não têm, não havendo como, de antiga Carta de Sesmaria, que legitimaria à posse, que os antecessores dos autores, contudo, ou nunca tiveram ou a perderam, tanto que na inicial claramente pretendem a "imissão", deduzir propriedade, relativamente a área cuja posse afirmaram, expressamente, ser da promovida.

14.- Pelo exposto, não se conhece do Recurso Especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, conhece-se, mas nega-se provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Senhor Presidente, antes de mais nada quero cumprimentar os doutos advogados que se pronunciaram.

V. Exa. foi verdadeiramente profundo na análise de toda a matéria, que, como disse V. Exa., já está tramitando há cinquenta anos nos tribunais, sem que tenhamos uma culpa direta nem indireta nessa demora e, aflorando toda a doutrina e jurisprudência, V. Exa. concluiu acertadamente, que a prova testemunhal não pode suprir o título de propriedade de sesmaria.

Assim, acompanho integralmente o belo voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, dele conhecendo, mas negando-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, quero apenas dizer que até recebi, esta semana, uma carta de um dos autores, o Sr. Themístocles Pederneira Halfeld, e pareceu-me um pedido de socorro. Em função disso, dediquei à matéria uma atenção especial.

Mas, depois de ler o voto de V. Exa., é inquestionável, não há como deixar de acompanhá-lo, de forma que estou acompanhando inteiramente o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, dele conhecendo, mas negando-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, também tenho condições de proferir meu voto, porque havia previamente recebido o voto de V. Exa. e os memoriais das partes.

Outra não poderia ser a conclusão a chegar-se, senão a esse laborioso trabalho que V. Exa. fez, no sentido de se negar provimento a este recurso. A

despeito desse processo estar há mais de setenta anos frequentando os pretórios, na verdade o Superior Tribunal de Justiça agora é que está sendo convocado, e V. Exa. prontamente atendeu esse reclamo de prestação jurisdicional.

De maneira que, louvando e elogiando o trabalho de V. Exa., com muita percuciência, com todos esses fundamentos, esses excertos jurisprudenciais que bem ilustram o trabalho de V. Exa., que, como sempre, é esmerado, acompanho integralmente a conclusão do voto de V. Exa., não conhecendo do recurso especial no tocante à letra **c** e, quanto à letra **a**, dele conhecendo, mas negando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 945.027-BA (2007/0092131-2)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Relator para acórdão: Ministro Sidnei Beneti
Recorrentes: Francisco Franco Amaral Filho e cônjuge
Advogados: José Saraiva e outro(s)
Paulo Sérgio W. Amaral e outro
Recorrido: Valéria de Sá Andrade
Advogados: Raymundo Paraná Ferreira
Paulo Joaquim de Araújo

EMENTA

Direito Civil. Fideicomisso instituído em favor de menor. Venda do imóvel fideicomitido. Alvará judicial. Aquisição de imóvel de menor valor. Fiduciário que adota a fideicomissária menor. Ação anulatória procedente. Exame de eventual boa-fé e eventual direito de retenção por parte do adquirente relegada para a execução, na peculiaridade do caso. Eventual ação de regresso contra o fiduciário ressalvada.

Patenteando-se que a venda de imóvel objeto de fideicomisso realizou-se em prejuízo de menor fideicomissária, ainda que mediante

alvará judicial em que representada pelo fiduciário, ante a aquisição de imóvel de valor sensivelmente menor, anula-se a venda do imóvel fideicomitido, reservada, nas peculiaridades do caso, da discussão a respeito de eventuais boa-fé e direito de retenção por parte do adquirente do imóvel, bem como ressalvado eventual direito de regresso contra o fiduciário e, finalmente, ressalvada a possibilidade de acionamento da fideicomissária quanto ao destino do imóvel adquirido em subrogação, matéria situada fora do objeto do presente processo.

Recurso Especial conhecido apenas em parte, por maioria de votos, sem interferência na sucumbência determinada pelo Acórdão recorrido.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, conhecendo do recurso especial e dando-lhe parcial provimento, acompanhando o voto prevalecente do Sr. Ministro Sidnei Beneti, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento.

Vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, que não conhecia do recurso e, em parte, os Srs. Ministros Ari Pargendler e João Otávio de Noronha, que dele conheciam e lhe davam provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Sidnei Beneti, Humberto Gomes de Barros e João Otávio de Noronha.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator para acórdão

DJe 24.11.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Valéria de Sá Andrade Porto ajuizou ação contra Francisco Franco Amaral Filho e outros, pleiteando a nulidade

da compra e venda, com a conseqüente reivindicação do imóvel denominado "Fazenda Manjerona", bem como perdas e danos, por ter sido realizada em desrespeito ao fideicomisso instituído por cláusula testamentária em favor de menor impúbere (fls. 02-27, 1º vol.).

A MM. Juíza de Direito Substituta, Dra. Zaudith Silva Santos, reconhecendo a prescrição, julgou extinto o processo (fls. 294-296, 2º vol.), mas a sentença foi anulada (fls. 393-396, 2º vol.), seguindo-se outra decretando a inépcia da petição inicial (fls. 495-507, 3º vol.)

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, relator o Desembargador Antônio Pessoa Cardoso, por maioria, deu provimento à apelação nos termos do acórdão assim ementado:

> Apelação cível. Ação ordinária de cunho anulatório e reivindicatório c.c. perdas e danos. Fideicomisso. Agravo retido renunciado. Preliminar insubsistente. Inocorrência de inépcia da petição inicial. Direito inalienável do fideicomissário de reivindicar o bem quando da abertura do fideicomisso, independentemente da alienação deste ter sido autorizada por alvará judicial. Negócio jurídico plenamente resolúvel. Sentença reformada. Recurso provido (fl. 586, 3º vol.).

Lê-se no julgado:

> Tem-se por certo e insofismável que no fideicomisso uma pessoa (fideicomitente) transfere um bem de sua propriedade a outra pessoa (fideicomissária), ficando uma terceira pessoa (fiduciário) no encargo de mantê-lo sob seu domínio, uso e gozo por período determinado, até repassá-lo ao fideicomissário no momento pré-determinado na contratação.
>
> Deve o fiduciário durante seu período de uso e gozo defender e preservar o bem, podendo ainda aliená-lo, ou gravá-lo de hipoteca, penhor ou uso, ficando porém claro que tal posse e domínio é em verdade precário e restrito, e sobretudo resolúvel, posto que o instituto obriga o fiduciário a, sempre e sobremaneira, manter a substância do legado e devolver tal bem integralmente ao fideicomissário na oportunidade aprazada.
>
> Diante de tais circunstâncias, não resta qualquer dúvida quanto ao direito da apelante-fideicomissária de reivindicar o bem que o fiduciário alienou a terceiros, independentemente da tentativa de legalizar-se tal negócio através de alvará judicial.
>
> Tal alvará, em verdade, seria desnecessário para autorizar o fiduciário a realização da alienação do imóvel, não tendo, por outro lado, o condão de tornar tal negócio jurídico irresolúvel, transferindo o domínio do bem definitivamente a terceiros, em descabida contrariedade ao instituto do fideicomisso.

> E não se aproveita em favor do fiduciário a alegada compra de outro imóvel, para ser dado à fideicomissária, em substituição àquele que lhe foi confiado.
>
> Haveria, no mínimo, de mostrar vantagens para a apelante no negócio compreendido.
>
> A obrigação legal do fiduciário está diretamente vinculada ao bem específico sob fideicomisso, devendo este realizar a entrega deste bem, e não de qualquer outro, quando findo o período avençado.
>
> Deve então ser o imóvel gravado sob fideicomisso passado imediatamente ao domínio da fideicomissária, sem direito de retenção pelos terceiros adquirentes, e sem prejuízo de ação regressiva destes contra o fiduciário que realizou a venda (fls. 588-589, 3º vol.).

Francisco Franco Amaral Filho e cônjuge (fls. 612-615, 4º vol.) opuseram embargos de declaração, rejeitados (fls. 617-619, 4º vol.) e, depois, embargos infringentes contra a parte não-unânime do acórdão (fls. 622-629, 4º vol.), interpondo prematuramente recurso especial contra a parte unânime, por alegada violação dos artigos 282, III e IV, 286, 293 e 295, I e II, do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial (fls. 645-665, 4º vol.).

Os embargos infringentes, relator o Desembargador Rubem Dário Peregrino Cunha, foram rejeitados nos termos do acórdão assim ementado:

> Embargos Infringentes. Processo Civil. Cabimento do Recurso dos Embargos de Infringência em face de Acórdão, na Hipótese de Aplicação do Artigo 515, § 3º, do CPC. Civil. Fideicomisso. Propriedade Resolúvel. Sub-rogação. Impossibilidade.
>
> 1. Julgado o mérito do feito, com base no artigo 515, § 3º, do CPC, cabível a interposição dos Embargos Infringentes. Inteligência do artigo 530 do CPC.
>
> 2. Para análise do cabimento daquela espécie de recurso, importa a análise da definitividade do Acórdão, não da sentença.
>
> 3. A alienação de bem gravado com fideicomisso é matéria referente ao instituto da propriedade resolúvel, como bem salientou o represente ministerial. Ademais, deveria ter sido observada a última vontade da fideicomitente.
>
> 4. Direito de seqüela presente.
>
> 5. Preliminar Afastada. Embargos Infringentes rejeitados, com a manutenção do acórdão embargado (fl. 693, 4º vol.).

Lê-se no julgado:

> À Autora, então menor impúbere, foi deixado em fideicomisso bem imóvel (fazenda de gado), sendo o fiduciário legatário o Sr. Henrique de Araújo Andrade, que, posteriormente, se tornou seu pai adotivo.

Contudo, o legatário fiduciário, alegando ser a fazenda deixada em fideicomisso de administração 'tão complexa quanto difícil e de rentabilidade aleatória' (fl. 46), requereu a venda do imóvel e a sub-rogação do fideicomisso em outro bem, a ser adquirido como produto daquela alienação.

Diga-se, outrossim, que a sentença que julgou procedente o pedido de alvará formulado foi precedida de pronunciamentos do Ministério Público (conforme consta daquele *decisum*, fl. 46) e do Curador Especial (fls. 124-125) que concordaram com o pleito.

Assim, adquiriu-se outra fazenda, de cacau esta, e subrogou-se o fideicomisso nesta propriedade, tudo nos termos da sentença que julgou o alvará.

Cuida o instituto do fideicomisso de substituição testamentária, no qual o objetivo é beneficiar o fideicomissário após o implemento de uma condição suspensiva, para ele, e resolutiva para o fiduciário, que pode dispor do bem. Entretanto, esta liberdade deve obedecer ao disposto sobre a propriedade resolúvel.

(...)

No caso sob comento, a testadora, fideicomitente, não possuía herdeiros necessários, logo pode dispor de todos os seus bens da forma que melhor entendeu.

Neste passo, deixou para a embargada o legado, ora reivindicado, 'Fazenda Manjerona', como meio de garantir-lhe um futuro seguro, também indicou os sujeitos capazes que seriam os fiduciários, e que deveriam agir de forma sucessiva.

No múnus do seu posto o fiduciário achou por bem adotar a fideicomissária, ora embargada. Contudo, ficou claro que esta manobra foi apenas utilizada com o intuito de chegar mais rápido aos seus objetivos: a disposição do bem legado.

(...)

Veja-se que a venda e a sub-rogação foram devidamente autorizadas pela Justiça, contudo embora legal o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor.

Relembre-se que trata o instituto de propriedade resolúvel, assim nasce para a fideicomissária o direito de perseguir o bem onde quer que ele esteja, no caso, em propriedade de quem quer esteja.

Assim, o fiduciário poderia dispor do bem, mas por outro lado deveria observar que o bem teria que ser entregue à fideicomissária da forma estipulada no testamento.

(...)

Assim, merece amparo o pleito reivindicatório formulado pela embargada, porque o bem é de propriedade resolúvel, cabendo-lhe a faculdade de exercer o direito de seqüela sobre o mesmo (fls. 699-707, 4º vol.).

Francisco Franco Amaral Filho e cônjuge opuseram embargos de declaração (fls. 726-755, 4º vol.), rejeitados com aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil e sanção do artigo 15 do Código de Processo Civil (fls. 800-806, 4º vol.), renovados (fls. 809-812, 4º vol.), e acolhidos para fundamentar a aplicação da multa (fls. 833-837, 5º vol.); ainda interpuseram recurso especial, reiterando as razões do recurso especial oferecido contra a parte unânime do acórdão (fls. 645-665, 4º vol.) e, ainda, sustentando violação dos artigos 15, 131, 458, II, 535, 538, parágrafo único, e 1.111 do Código de Processo Civil, bem como dos arts. 85, 859, 1.626, 1.676, 1.677 e 1.734 do Código Civil de 1916 (fls. 858-882, 5º vol.).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Os autos dão conta de que Jesuina Andrade de Almeida deixou por testamento, em regime de fideicomisso, para Valéria Ferreira de Oliveira, então menor de idade, a Fazenda Manjerona, sendo fiduciário Henrique de Araújo Andrade; o fideicomisso se extinguiria pela maioridade ou pelo casamento da fideicomissária.

Na seqüência, ainda impúbere, Valéria Ferreira de Oliveira foi adotada pelo fiduciário, Henrique de Araújo Andrade, o qual – obtendo alvará judicial – alienou o aludido imóvel, subrogando o gravame em outro, alegadamente produtor de cacau.

Já casada, e com o nome resultante de seu novo estado civil, Valéria de Andrade Porto ajuizou ação ordinária contra Francisco Franco Amaral Filho e esposa, Marjorie Rose Mary Wicke Amaral, adquirentes da Fazenda Manjerona, e contra Henrique de Araújo Andrade, fiduciário, e esposa, Maria Clementina de Sá Andrade, reivindicando o imóvel (fls. 03-28, 1º vol.).

A sentença de improcedência do pedido (fls. 495-507, 3º vol.) foi, por maioria de votos, reformada pelo tribunal *a quo* no julgamento da apelação (fls. 586-609, 3º e 4º vols.), decisão confirmada no âmbito de embargos infringentes (fls. 693-707, 4º vol.).

Francisco Franco Amaral Filho e esposa, Marjorie Rose Mary Wicks Amaral, opuseram embargos de declaração, ativando os seguintes temas: (a) a nulidade do julgamento *(desembargadores que não ouviram o relatório lido na primeira sessão de julgamento, dele participaram votando na segunda sessão,* Regimento Interno do Tribunal da Bahia, art. 21; *só o revisor teve ciência prévia*

do relatório escrito, CPC, art. 553, fls. 729-732, 4º vol.); (b) a nulidade do acórdão *(omitiu-se de examinar a alegada boa-fé de Francisco Franco Amaral Filho e esposa, Marjorie Rose Mary Wicke Amaral, adquirentes da Fazenda Manjerona,* fls. 734-735, 4º vol.); (c) a má prestação jurisdicional *(desconsiderou "o trânsito em julgado da sentença concessiva do alvará judicial"* (fl. 736, 4º vol.); (d) a impossibilidade de julgar a causa com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil *(nenhuma prova foi produzida para autorizar um convencimento sobre a boa ou a má-fé dos adquirentes do imóvel,* fl. 741, 4º vol.); (e) o enriquecimento sem causa *("anula-se a compra e venda (...) e nada se fala em relação ao valor pago (...) e as despesas (...) com benfeitorias do bem objeto da alienação",* fl. 748, 4º vol.).

Os embargos de declaração foram rejeitados, tendo o tribunal *a quo* examinado apenas uma das questões neles articuladas, aquela que se refere a nulidade do julgamento *(desembargadores que não ouviram o relatório lido na primeira sessão de julgamento, dele participaram votando na segunda sessão,* Regimento Interno do Tribunal da Bahia, art. 21; só o revisor teve ciência prévia do relatório escrito, CPC, art. 553).

Data venia, a prestação jurisdicional foi incompleta, porque contraditória a motivação do acórdão (*"... embora legal o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor"* (fl. 706, 4º vol.); se *legal*, o ato não poderia ter ferido *direito* algum. Legal significa conforme o direito - e essa circunstância implicaria a anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração, se não houvesse um motivo que exigisse a declaração de uma nulidade mais ampla. Com efeito, autorizada pelo Judiciário a subrogação do bem sobre o qual recaía o fideicomisso, o direito de quem adquiriu a Fazenda Manjerona só poderia ser preterido diante da prova de má-fé. Fora de toda dúvida, implementada a condição prevista, cessa o fideicomisso, podendo o fideicomissário reclamar a propriedade do imóvel, quer esteja em nome do fiduciário ou de outrem. Se, todavia, o imóvel gravado é, com autorização judicial, substituído por outro, só a má-fé do adquirente pode macular a alienação do imóvel originariamente subordinado ao fideicomisso. Liberada do fideicomisso, a propriedade deixa de ser resolúvel, e não pode ser reivindicada de quem a adquiriu de boa-fé.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que, anulado o processo desde a sentença, outra seja proferida após regular instrução, afastada a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Este recurso origina-se em ação de nulidade. A autora pediu a desconstituição de compra e venda de um imóvel rural denominado Fazenda Manjerona. Tal imóvel foi objeto de fideicomisso – de que a autora era fideicomissária.

Constituído fiduciário, o Juiz de Direito Henrique de Araújo Andrade, assumiu também a guarda da autora, a quem, posteriormente, adotou.

Em outro passo, Henrique obteve, em juízo, alvará que o autorizou a alienar a Fazenda Manjerona, com sub-rogação do fideicomisso em outro imóvel rural.

Valendo-se dessa autorização, Henrique vendeu a fazenda a Francisco Franco Amaral Filho e adquiriu outro imóvel em que foi sub-rogado o fideicomisso.

Valéria de Sá Andrade Porto, a fideicomissária, postulou a declaração de nulidade da venda do imóvel. Para tanto, imputou nulidade ao alvará que autorizara a substituição do fideicomisso.

O acórdão ora recorrido – formado no julgamento de embargos infringentes – julgou procedente o pedido, porque:

a) os autos revelam nítida intenção do fiduciário de, por meios legais, burlar os institutos jurídicos e extinguir o fideicomisso;

b) no *munus* do seu posto, o fiduciário achou por bem adotar a fideicomissária, ora embargada. Contudo, ficou claro que esta manobra foi apenas utilizada com o intuito de chegar mais rápido aos seus objetivos: a disposição do bem legado;

c) colhe-se dos autos, como bem salientado pelo órgão ministerial no parecer suso mencionado, que inclusive não houve a prévia indicação do bem ao qual seria sub-rogado o legado. Note-se que, prefacialmente, o valor seria deixado em Conta Poupança, o que, todos sabem, é facilmente absorvido;

d) por outro lado, deve-se salientar, que em atenção à última vontade da fideicomitente, testadora, o outro sujeito, apontado como fiduciário, deveria ter tomado conhecimento de todos os feitos, até mesmo para que fosse impregnada uma maior segurança à menor;

e) ademais, verifica-se que, em verdade, não houve uma legítima sub-rogação, porque o bem adquirido não obedeceu ao instituto de forma a ser *igual*, obedecer aos mesmos rendimentos do imóvel legado em fideicomisso;

f) Veja-se que a venda e a sub-rogação foram devidamente autorizadas pela justiça, contudo, embora legal, o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor;

g) lembre-se que trata o instituto de propriedade resolúvel, assim nasce para a fideicomissária o direito de perseguir o bem onde quer que ele esteja, no caso, em propriedade de quem quer que esteja;

h) assim merece amparo o pleito reivindicatório formulado pela embargada, porque o bem é de propriedade resolúvel, cabendo-lhe a faculdade de exercer o direito de seqüela sobre o mesmo.

O eminente Ministro Relator proveu o recurso especial, porque considerou "contraditória a motivação do acórdão".

No entendimento de Sua Excelência, a contradição encontra-se na expressão ".... embora legal, o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor". Com efeito, observa, se o ato é legal, não fere direito algum.

O Relator enxerga, contudo, uma deficiência mais remota: "autorizada pelo Judiciário, a sub-rogação do bem sobre o qual recaía o fideicomisso, o direito de quem adquiriu a Fazenda Manjerona só poderia ser preterido diante da prova da má-fé". Liberada do fideicomisso por autorização judicial, a propriedade sobre o imóvel deixou de ser resolúvel. Não pode, assim, ser reclamada de quem a adquiriu em boa-fé.

Nessa linha de argumentação, o Relator declara a nulidade do processo a partir da sentença.

Ouso discordar. Para mim, o acórdão recorrido observou impecável linha de coerência. A expressão aparentemente contraditória é a conclusão de raciocínio iniciado com a observação de que

> os autos revelam nítida intenção do fiduciário de, por meios legais, burlar os institutos jurídicos e extinguir o fideicomisso.

Com essa observação, o acórdão registrou a ocorrência de fraude à lei – fenômeno consistente no encadeamento de atos aparentemente lícitos, com o escopo de atingir objetivo ilícito.

A teor do acórdão, o itinerário da fraude foi percorrido em vários passos, a saber:

a) assunção do *status* de fiduciário;

b) adoção da fideicomissária – então menor; (Para o Tribunal *a quo*, "ficou claro que a adoção foi simples manobra para atingir o objetivo fraudulento; objetivos: a disposição do bem legado");

c) obtenção do alvará judicial;

d) alienação da Fazenda Manjerona;

e) compra de outra propriedade, a título de sub-rogação;

Esse caminho, que segundo o Tribunal *a quo* – louvado no conteúdo dos autos – foi percorrido, conduziu a uma fraude contra a disposição testamentária e o interesse da fideicomissária.

Não enxergo – data vênia – contradição ou obscuridade na frase malsinada. Com efeito, embora legal a autorização judicial, ela foi utilizada para a consumação de ato ilegítimo, "porque feriu frontalmente o direito da menor".

Tanto mais porque, a teor do acórdão, "não houve uma legítima sub-rogação, porque o bem adquirido não obedeceu ao instituto de forma a ser igual, obedecer aos mesmos rendimentos do imóvel legado em fideicomisso".

Bem por isso, a conclusão de que, em sendo resolúvel a propriedade sob fideicomisso, a fideicomissária tem o direito de persegui-la, não importando sob domínio de quem esteja o respectivo bem.

Como se percebe, o acórdão não examinou a alegação de que os adquirentes (ora recorrentes) portaram-se de boa-fé. Não examinou, porque considerou desnecessário fazê-lo. É que o exercício do direito de seqüela abstrai esse elemento psicológico.

Tenho para mim que, na apreciação desse recurso especial, não podemos revolver essas conclusões assentadas no exame das provas contidas nos autos.

Por isso, rogo vênia ao eminente Relator, para não conhecer do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- A autora, ora recorrida, moveu ação ordinária contra *Francisco Franco Amaral Filho* e sua mulher, adquirentes da

Fazenda Barra do Manjerona, *Henrique de Araújo Andrade* e sua mulher, pais adotivos da autora, ele ex-fiduciário no fideicomisso, instituído em prol da autora, fideicomissária, em testamento público por Jesuína Andrade Almeida, referente à aludida propriedade, pedindo fosse: a) "proclamada nula referida escritura de compra e venda, determinando-se, ainda, a reivindicação da Fazenda Manjerona em favor da A., sua legítima proprietária, a teor do art. 524 do Código Civil brasileiro (...), além de perdas e danos que vierem a ser apurados em liquidação"; b) devendo, no caso de eventual boa fé por parte dos adquirentes, ser "a indenização suportada por quem lhes vendeu indevidamente o imóvel, no caso o bel. Henrique de Araújo Andrade, art. 1.107 do Código Civil"; c) sem "direito de retenção (...) de alegáveis benfeitorias", devido a anterior notificação judicial (fl. 26).

2.- Após uma primeira sentença, que julgou prescrita a ação e extinto o processo, anulada em julgamento de apelação e de embargos infringentes (Acórdãos às fls. 393-396 e 408-410), inadmitido Recurso Especial (despacho às fls. 451-457) e não acolhido Agravo contra o indeferimento (certidão de fl. 459v) uma segunda sentença, proferida em julgamento antecipado da lide, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, fundada no caráter meramente homologatório da decisão que concedeu alvará para a venda (CPC, arts. 267, I e IV, c.c. art. 295, I, parágrafo único, I e II – fls. 495-507), sentença que, contudo, foi reformada, com provimento no sentido da procedência da ação, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Juiz *Antonio Pessoa Cardoso* (fls. 586-589), vencido o Des. *José Milton Mendes de Sena,* que julgava procedente em parte a ação, para prosseguimento da ação exclusivamente com relação a pedido indenizatório formulado contra *Henrique de Araújo Andrade* e sua mulher (fls. 590-609), rejeitados Embargos de Declaração (fls. 617-619) e rejeitados Embargos Infringentes pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Des. *Ruben Dário Peregrino Cunha* (fls. 693-707), vencido o Des. *José Milton Mendes de Sena* (fls. 708-723), rejeitados Embargos Declaratórios, com multa (fls. 800-806) e acolhidos novos Embargos de Declaração, sem nova multa (fls. 833-837).

3.- O acionado, ora recorrente, interpôs Recurso Extraordinário (fls. 840-852), respondido (fls. 897-900) e Recurso Especial (fls. 857-882), respondido pela autora (fls. 888-892), inadmitido o primeiro e admitido o segundo (fls. 1.001-1.003), acolhidos em parte Embargos de Declaração interpostos pela autora, mantida a admissão do Recurso Especial "apenas na alegada violação do art. 1.734 do CC/1916" (fls. 1.032-1.034).

4.- Neste Tribunal, já votaram: 1º) o e. Relator, Min. *Ari Pargendler,* no sentido de "conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que, anulado o processo desde a sentença, outra seja proferida após regular instrução, afastada a multa aplicada com base no art. 538, par. único, do Código de Processo Civil"; 2º) o e. Min. *João Otávio de Noronha* acompanhando o voto do Relator; 3º) O e. Min. *Humberto Gomes de Barros* divergindo, no sentido de "não conhecer do recurso especial"; 4º) a e. Min. *Nancy Andrighi* aguarda voto; 5º) Min. *Sidnei Beneti* profere o voto presente.

É o relatório.

5.- O que está em exame nestes autos, neste momento, é o que foi julgado na Apelação, pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Juiz *Antonio Pessoa Cardoso* (fls. 586-589), rejeitados Embargos Infringentes, fundado no Voto Vencido do Des. *José Milton Mendes de Sena* (fls. 590-609) pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, Rel. Des. *Ruben Dário Peregrino Cunha* (fls. 693-707), vencido o Des. *José Milton Mendes de Sena* (fls. 708-723).

O Acórdão proferido no julgamento da apelação restou intacto, até agora, resistindo a todos os recursos interpostos no Tribunal de origem.

O Voto Vencido, proferido pelo Des. *José Milton Mendes de Sena,* também acolhia a ação, ainda que em parte, para prosseguimento apenas com relação a pedido indenizatório formulado contra Henrique de Araújo Andrade e sua mulher (fls. 590-609).

Quer dizer: o Tribunal de origem foi receptivo aos argumentos constantes da inicial, no tocante às condições em que realizada a venda da Fazenda Manjerona pelo fiduciário Henrique de Araújo Andrade e sua mulher aos ora recorrentes, Francisco Franco Amaral Filho e sua mulher.

A devolução do caso a este Tribunal Superior de Justiça deve limitar-se ao julgamento realizado no Tribunal de origem, pois aqui somente se julga no sentido da preservação da lei federal porventura violada, não constituindo, este Tribunal, instância revisora e rejulgadora de todas as questões ocorridas anteriormente nos processos que lhe são submetidos, arredando-se a idéia de terceira instância de apelação.

Os limites da devolução a este Tribunal ficaram extremamente claros no despacho pelo qual se admitiu o processamento do Recurso Especial, proferido pelo Des. *Benito de A. Figueiredo,* situando-se "apenas na alegada violação do art. 1.734 do CC/1916" (fls. 1.032-1.034).

6.- O Acórdão ora recorrido, invocando expressamente o permissivo do art. 515, par. 3º, do Cód. de Proc. Civil, fundamentou-se no sentido de que: "Deve o fiduciário durante seu período de uso e gozo defender e preservar o bem, podendo ainda aliená-lo ou gravá-lo de hipoteca, penhora ou uso, ficando porém claro que tal posse e domínio é em verdade precário e restrito, e sobretudo resolúvel, posto que o instituto obriga o fiduciário a, sempre e sobremaneira, manter a substância do legado e devolver tal bem integralmente ao fideicomissário na oportunidade aprazada" (fl. 588).

Essa devolução integral, na inteireza substancial do legado, não foi, na conclusão do Acórdão ora recorrido, realizada, não tendo preservado, na inteireza e substância, a reposição do bem, pretensamente realizada mediante aquisição de imóvel de valor menor, adquirido em nome da fideicomissária autora, ora recorrida, na cidade de Itoró (67 hectares em Itoró, denominada Bela Vista). Nesse sentido foi o julgamento dos Embargos Infringentes, em que se manteve integralmente o Acórdão proferido no julgamento da Apelação.

A matéria fática, decidida pelo Tribunal de origem e agora imutável, visto que não devolvida ao julgamento do Recurso Especial, repousa na realidade da lesão à fideicomissária autora, ora recorrida, decorrente da alienação da Fazenda Manjerona, e aquisição, em seu lugar, da Fazenda Bela Vista, em Itoró, de valor bem menor.

O Acórdão recorrido situou o motivo da nulidade da venda nessa lesão, decorrente da alienação, declarando ilegítimo o ato de alienação e atribuindo a conseqüência da nulidade com relação aos adquirentes, ora recorrentes, bem como determinando a restituição à fiduciária autora, sem direito de retenção de benfeitorias. Nesse contexto é que o acórdão, que rejeitou os Embargos Infringentes (fl. 706), consignou que, "embora legal o ato é ilegítimo, porque feriu frontalmente o direito da menor" (fl. 706, 4º. vol.). Sem dúvida o Acórdão usou as palavras no sentido não técnico, mas daí não se segue a nulidade do Acórdão, que possui consistentes fundamentos técnicos, diante dos quais se percebe que a expressão, antes de ser motivação do julgado, é mero circunlóquio redacional, que não contamina a substância dos fundamentos jurídicos expostos.

7.- Quanto à questão central, evidente o insucesso do Recurso Especial ora *sub judice*, de modo que deve ser mantida a anulação da alienação aos ora recorrentes.

É da essência do instituto do fideicomisso que o fiduciário preserve o bem com as qualidades cuja posse recebe, como atributo da propriedade resolúvel,

para transferi-la ulteriormente ao fideicomissário. Se ocorre a venda, deve ela realizar-se de maneira a que o novo bem adquirido tenha equivalência com o anterior, isto é, o mesmo peso de ativo patrimonial que possuía o bem dado em fideicomisso.

Essa equivalência não ocorreu no caso, relembrando-se que, no Tribunal de origem, próximo da realidade fundiária e negocial local e, portanto, bem apto a aquilatar valores da região, tanto o Acórdão, confirmado em Embargos Infringentes, quando o Voto Vencido, concluíram no sentido da ocorrência de prejuízo em detrimento da fideicomissária autora, ora recorrida, conclusão essa que assume, a esta altura, foros de unanimidade local – tanto que jamais se afirmou vantagem em prol da fideicomissária autora, ainda que o recorrente e os co-acionados reiteradamente aleguem o fato da substituição da Fazenda Manjerona pela fazenda em Itabuna.

8.- Não há como arrimar no alvará judicial então obtido a consistência do negócio jurídico da compra e venda realizada.

O alvará do caso foi requerido pelo fiduciário *Henrique de Araújo Andrade* e deferido, com averbação de extinção do usufruto no Registro de Imóveis, pelo então Juiz da 2ª Vara da Família de Salvador, Dr. *Benito Alcântara de Figueiredo* (decisão a fls. 125v-128), após parecer favorável do Curador, Dr. *José Júlio de Carvalho* (fl. 125), após esclarecimentos do requerente (fls. 121-123), ante reparos iniciais e pedido de esclarecimentos, formulados pelo mesmo Curador (fls. 120-120v e 124-124v). A motivação do requerimento, como consta dos esclarecimentos, foi a de que impossível manter a Fazenda Manjerona, de criação de gado, de maneira que preferível a venda, com depósito do produto em caderneta de poupança para outra destinação (que se concretizou com a aquisição da Fazenda Bela Vista, em Itoró). Do fato de haver o alvará sido deferido, com a concordância do Ministério Público, pelo mesmo Magistrado que veio posteriormente, como Desembargador, a proferir a decisão admitindo o Recurso Especial, não resultava impedimento, dado o caráter de jurisdição voluntária do primeiro provimento judicial, ou seja, o deferimento do alvará – com a concordância da Curadoria.

O alvará é etiologicamente instrumento de provimentos judiciais de diversas naturezas. É o produto final instrumentalizador formal de decisão judicial, assim como a procuração o é para o contrato de mandato. A concessão do alvará em regra não se insere no âmbito da jurisdição contenciosa, mas, sim, ubica-se na jurisdição voluntária, de maneira que não produz coisa julgada, que

possa ser invocada como broquel de resguardo a negócios jurídicos realizados mediante a sua instrumentalização.

No caso, evidente o caráter não contencioso do deferimento do alvará, tanto que obtido por quem detinha a guarda da menor fideicomissária, e que, ademais, tornou-se seu pai adotivo, de maneira que, no negócio jurídico do fideicomisso, exonerou-se do dever de prestar contas como fiduciário – dado o, à época, pátrio poder adquirido, tendo como consequência aludida dispensa de prestar contas.

Repise-se: não houve lide no processo de alvará – não se tendo nem mesmo esboçado, em nenhum momento, nenhuma resistência ao requerimento de alvará, que não se alçou à condição de pretensão processual contenciosa, *inter nolentes*, senão restou no âmbito puramente de requerimento administrativo típico da jurisdição voluntária, *inter volentes*, ou seja, situando-se formalmente ao mesmo lado a fideicomissária autora e o fiduciário, seu representante legal.

Do fato de o Ministério Público, por sua Curadoria, haver atuado no processo de alvará não se extrai caráter contencioso. Nem se torna contencioso o alvará pelo fato de o Curador haver formulado reparos, terminando, contudo, por concordar com o requerimento, pois tal atuação não ocorreu na qualidade de parte, mas somente de *custos legis*, de rigor em se tratando de processos em que há resíduos de vontade ou interesses de menores, circunstâncias, ambas, que eram presentes no caso.

Dado o caráter não contencioso do alvará, não havia que imaginar o cabimento de ação rescisória contra a sua concessão, de modo que a alienação aos ora recorrentes não se escuda em coisa julgada – que, repita-se, não ocorreu, porque não ocorre jamais no âmbito da jurisdição meramente voluntária, em que se deu a concessão do alvará.

Tem-se que, realmente, adequada a anulação da compra e venda, tal como julgado, dada a nulidade em si, decorrente do negócio em prejuízo da fideicomissária autora, ora recorrida.

9.- Quatro questões decorrentes do julgamento, merecem ainda consideração neste julgamento: a) verificação de possível boa fé por parte dos adquirentes, ora recorrentes; b) direito de retenção de benfeitorias; c) aquisição da Fazenda Boa Vista pela fideicomissária autora, ora recorrida; c) responsabilidade do fiduciário legatário Henrique de Araújo Andrade.

10.- A questão de boa-fé (n. 9, "a", supra) é fática, de modo que não pode ser analisada por este Tribunal. No Tribunal de origem, aliás, como assinalado

pelo voto do e. Min. *Humberto Gomes de Barros,* não se examinou essa matéria, porque o Tribunal a considerou desnecessária, considerando que o direito de seqüela prescindia da indação do elemento moral da aquisição, se de boa ou de má fé.

Matéria fática, a boa ou má fé por parte dos adquirentes não pode ser enfrentada neste Recurso Especial. Como regra, a boa ou má fé deve ser determinada no julgamento do processo de conhecimento, mas, em casos em que absolutamente não se defina, como o presente, e em que, por se tratar, neste Tribunal, de jurisdição especial nacional em que vedada a análise fática, não há como deixar de relegá-la para a execução, até porque a alternativa seria uma única – a alvitrada pelo e. Relator – de anulação de processo que já vem de há tempos, para volta a pronunciamento no Tribunal de origem.

11.- O eventual direito de retenção de benfeitorias construídas de boa fé (n. 9, "b", supra) é diretamente dependente do reconhecimento, ou não, da boa fé, de maneira que também deve ser relegado para exame em execução.

Tem-se, pois, por prematura a exclusão de eventual direito de retenção de benfeitorias, constante do Acórdão ora recorrido, devendo na execução apurar-se a existência, ou não de boa fé e o conseqüente direito, ou não, de retenção de benfeitorias.

12.- O destino da propriedade da Fazenda Boa Vista (n. 9, "c", supra), adquirida em subrogação em nome da autora, é matéria situada fora do âmbito deste Recurso Especial, de maneira que nada se pode decidir, aqui, a respeito, devendo-se, apenas, ressalvar a possibilidade de propositura eventual de ações pelos interessados, não se arredando, por prematuro, a possível consideração do valor dessa propriedade por ocasião de eventuais devoluções, em execução, pela fideicomissária autora, no caso de reconhecimento de boa fé e direito de retenção de benfeitorias.

13.- Eventual responsabilização patrimonial do fiduciário Henrique de Araújo Andrade (n. 9, **c**, supra) fica reservada para eventual acionamento ulterior, inclusive quanto a prejuízos decorrentes de eventual direito de indenização de benfeitorias -- aproximando-se, neste ponto, a conclusão do presente voto, da orientação constante do Voto Vencido no julgamento no Tribunal de origem, com a diferença, entretanto, de ficar a matéria para acionamento próprio em vez de decidida já neste processo, até porque matéria não devolvida ao conhecimento deste Tribunal no presente Recurso.

14.- Pelo exposto:

a) meu voto diverge do voto dos e. Ministro Relator, *Ari Pargendler,* acompanhado pelo voto do e. Min. *João Otávio Noronha,* que conhecia do Recurso Especial dos adquirentes da Fazenda Manjerona e lhe dava provimento "para que, anulado o processo desde a sentença, outra seja proferida após regular instrução, afastada a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Cód. de Proc. Civil;

b) meu voto acompanha, em menor extensão embora, inalterada a sucumbência fixada pelo Acórdão recorrido, dada a reduzida alteração, o voto do e. Min. *Humberto Gomes de Barros,* que não conhecia *in totum* do Recurso, para, pelo meu voto, conhecer em parte do Recurso Especial, mantendo a anulação da alienação da Fazenda Manjerona, mas relegando para a execução o exame da questão atinente às benfeitorias e eventual direito de retenção pelos adquirentes, ora recorrentes – com a observação de ressalva de acionamentos futuros relativamente à Fazenda Bela Vista e à responsabilidade de Henrique de Araújo Andrade e sua mulher, por se tratar de matérias que desbordam dos limites do presente Recurso.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por *Francisco Franco Amaral Filho* e sua esposa, *Marjorie Rose Mary Wicke Amaral,* visando à reforma de acórdão exarado pelo TJ-BA, no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de reivindicação de imóvel objeto de fideicomisso, proposta pela ora recorrida, *Valéria de Sá Andrade Porto,* em face dos ora recorrentes, compradores de um imóvel rural.

O imóvel controvertido era, originalmente, de propriedade de *Jesuína Andrade Almeida* que, antes de falecer, em 1982, estabeleceu por testamento *fideicomisso* sobre ele. Nomeou seu irmão *Henrique de Araújo Andrade* como fiduciário do bem e determinou que este passaria à propriedade de sua neta *Valéria*, fideicomissária, quando esta atingisse a maioridade.

Após o falecimento da *de cujus*, o fiduciário *Henrique* houve por bem *substituir* o imóvel sobre o qual havia sido instituído o fideicomisso. Assim, solicitou e obteve *alvará judicial* para promover a venda do bem ao ora requerente, comprando, em seguida, outro imóvel sobre o qual passou a recair o fideicomisso que originalmente onerara o imóvel *sub judice*.

A requerida, todavia, ao atingir a maioridade, optou por reivindicar o imóvel sobre o qual o fideicomisso fora originalmente imposto, rejeitando a venda e a substituição promovidas. Argumenta com a existência de irregularidades no alvará expedido. Em primeiro lugar, afirma que, não obstante ela fosse menor impúbere à época, não teria sido nomeado curador especial que lhe representasse os interesses. Em segundo lugar, que o alvará foi deferido sem que se tivesse indicado para qual propriedade o fideicomisso seria transmitido. Assim, o judiciário não pôde, à época, controlar a equivalência entre os dois bens.

A defesa dos ora requerentes se fundamentou em que, ainda que algum vício pudesse ser cogitado no processo de jurisdição voluntária pelo qual foi autorizada a venda inicial do imóvel, não seria possível prejudicar aqueles que, na qualidade de terceiros de boa fé, adquiram o bem confiando no alvará judicial pelos vendedores.

Sentença: inicialmente, o processo foi extinto com resolução de mérito por acolhimento de prescrição. Essa sentença foi modificada no TJ-BA, que determinou que outra fosse proferida, em seu lugar. Retornados os autos, o Juízo de Primeiro Grau julgou extinto sem resolução de mérito o processo, por considerar inepta a petição inicial. O fundamento é o de que não foi incluído, pelo autor, pedido de anulação do alvará que deu base à compra e venda cuja nulidade se pretendia ver reconhecida (fls. 492- 507).

Acórdão: interposto recurso de apelação pela a autora, o TJ-BA houve por bem dar-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa:

> Apelação cível. Ação ordinária de cunho anulatório e reivindicatório c.c. perdas e danos. Fideicomisso. Agravo retido renunciado. Preliminar insubsistente. Inocorrência de inépcia da petição inicial. Direito inalienável do fideicomissário de reivindicar o bem quando da abertura do fideicomisso, independentemente da alienação deste ter sido autorizada por alvará judicial. Negócio jurídico plenamente resolúvel. Sentença reformada. Recurso provido.

Em termos práticos, por esse julgamento a venda promovida pelo fiduciário, mediante alvará judicial, foi considerada resolúvel.

No julgamento do recurso, há extenso voto-vencido proferido pelo d. Des. José Milton de Mendes Sena (cuja cópia está, inicialmente, às fls. 588 a 597 do 3º Volume e, após, às fls. 156 a 163 do 1º Volume).

Embargos de declaração: rejeitados.

Embargos infringentes: interpostos, foram rejeitados, com a manutenção do acórdão recorrido. Eis a ementa

> Embargos Infringentes. Processo Civil. Cabimento do Recurso dos Embargos de Infringência em face de Acórdão, na Hipótese de Aplicação do Artigo 515, §3º, do CPC. Civil. Fideicomisso. Propriedade Resolúvel. Subrogação. Impossibilidade.
>
> 1. Julgado o mérito do feito, com base no artigo 515, §3º, do CPC, cabível a interposição dos Embargos Infringentes. Inteligência do artigo 530, do CPC.
>
> 2. Para análise do cabimento daquela espécie de recurso, importa a análise da *definitividade* do acórdão, não da sentença.
>
> 3. Alienação de bem gravado com fideicomisso é matéria referente ao instituto da propriedade resolúvel, como bem salientou o representante ministerial. Ademais, deveria ter sido observada a última vontade da fideicomitente.
>
> 4. Direito de seqüela presente.
>
> 5. Preliminar Afastada. Embargos Infringentes rejeitados, com a manutenção do acórdão embargado.

Embargos de declaração: opostos, foram rejeitados mediante a aplicação de multa.

Novos embargos de declaração: opostos, foram parcialmente acolhidos.

Recurso especial: interposto mediante alegação de violação dos arts. 15, 131, 158, II, 535, 538, parágrafo único, e 1.111 do CPC, e arts. 85, 859, 1.626, 1.616, 1.677 e 1.734 do CC/1916.

Recurso extraordinário: interposto, foi rejeitado.

Medida Cautelar: proposta, por ocasião da interposição do recurso especial, visando a atribuir-lhe efeito suspensivo. A medida me foi encaminhada na ausência do i. Min. Relator Ari Pargendler. Deferi a medida liminar pleiteada.

Votos precedentes: O i. Min. Relator houve por bem dar provimento ao recurso especial para o fim de anular o processo desde a sentença, inclusive, com a determinação de ingresso na fase probatória para que seja possível apurar a existência de boa-fé dos adquirentes do imóvel controvertido. O relator foi acompanhado pelo i. Min. João Otávio Noronha.

Inaugurando a divergência, o i. Min. Humberto Gomes de Barros votou pelo não conhecimento do recurso especial.

O i. Min. Sidnei Beneti votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, para o fim de deferir o pedido de retomada do imóvel pela

fideicomissária, porém permitindo-se a comprovação, pelos adquirentes, de sua boa fé no momento da execução da sentença, de modo que lhes sejam, conforme o caso, indenizadas as benfeitorias.

Revisados os fatos, decido.

I - Delimitação da controvérsia

Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de a autora reivindicar fazenda que lhe fora legada, por testamento, em fideicomisso, na hipótese em que o fiduciário, coberto por alvará judicial, vendeu o bem para a compra de outro, transferindo o fideicomisso. É peculiaridade da causa que na época da transferência do fideicomisso, a autora era menor impúbere e que o fiduciário, que promoveu a venda do bem, era seu pai adotivo. Também é uma particularidade do processo o fato de que a autora alega a existência de diversas irregularidades no alvará que autorizou a venda do bem.

II - Solução: a impugnação do alvará judicial

A primeira questão que é indispensável pôr posta em relevo é a de que a venda ora discutida foi feita ***ao abrigo de um alvará judicial.*** Desconstituir um negócio jurídico feito nessas condições deve, sempre, ser medida de exceção, sob pena de abrir-se um perigoso precedente que venha a desestabilizar, no futuro, qualquer venda feita por essa modalidade, com enorme prejuízo, tanto aos jurisdicionados que venham a precisar promover alienações nessas condições, como do prestígio e da coerência do poder judiciário. Desconstituir uma venda feita ao abrigo de um alvará, claro, não é impossível. Mas também não pode se tornar um procedimento banal.

O cerne da questão, portanto, está em verificar a correção do procedimento de jurisdição voluntária mediante o qual foi concedido o indigitado alvará. Há discussão, neste processo, sobre a possibilidade de se argüir, aqui, a nulidade do referido alvará, pela falta de pedido expresso formulado na petição inicial. A solução dada pelo Tribunal *a quo* a essa matéria, porém, é irretocável. Nos processos judiciais, a lide se deduz da análise de toda a petição inicial, e não apenas do capítulo referente ao pedido. A autora, ora recorrida, sem qualquer dúvida, dedica uma parcela considerável da petição judicial à demonstração da nulidade do procedimento de jurisdição voluntária que culminou na venda do imóvel controvertido, chegando a requerê-lo a fls. 20. Considerar o pedido não formulado simplesmente porque ele não foi reproduzido no capítulo final seria prezar demais pela forma em detrimento da efetividade do processo.

Estabelecido isso, nota-se que, como bem individualizado no voto vencido, a análise da questão deve ser feita em duas etapas. Em primeiro lugar, é importante que se defina se *é possível* a venda de um imóvel objeto de fideicomisso, pelo fideicomissário. Em segundo lugar, se a venda promovida na hipótese *sub judice* observou todos os requisitos necessários para tanto.

A resposta à primeira questão se encontra muito bem respondida pelo voto vencido proferido neste processo. Com efeito, se é possível que, tanto o fiduciário, como o fideicomissário, *renunciem* ao legado estabelecido no testamento, nada impediria que eles, de comum acordo, dispusessem sobre a venda do bem. Nesse sentido é a opinião de *Calmon de Passos,* no parecer apresentado neste processo e citado à fl. 603.

A resposta à segunda questão, porém, merece maior reflexão. Se a autora, fideicomissária, era menor impúbere à época em que a venda foi promovida, seria necessário que esta fosse precedida de alvará *regular.* Esse alvará, como bem observado na petição inicial, deveria ser requisitado com a participação de um curador especial (art. 387 do CC/1916) e mediante um procedimento formal e materialmente válido.

A participação de curador especial não apresenta maiores dificuldades. Em que pese a alegação, feita na petição inicial, de que esse requisito não foi observado, o acórdão recorrido, notadamente no voto vencido, afirma expressamente que o curador participou de todo o processo. Não há, portanto, nulidade decorrente desse fato.

No que diz respeito à regularidade material do alvará, porém, o acórdão recorrido estabeleceu, em análise soberana do substrato fático da causa (Súmula n. 7-STJ), que a substituição do fideicomisso não observou a equivalência necessária entre o bem no qual ele incidia, e o bem que o substituiu. Confira-se (fl. 706):

> Ademais, verifica-se que, em verdade, não houve uma legítima sub-rogação, porque o bem adquirido não obedeceu ao instituto de forma a ser *igual*, obedecer aos mesmos rendimentos do imóvel legado em fideicomisso.

Essa constatação, que não pode ser revisada nesta sede, macula o procedimento de obtenção do alvará e dá sustentação à pretensão de reivindicação da propriedade. E, a obstar essa conclusão, não se pode argumentar que o alvará tornou-se imutável, salvo circunstância superveniente e ressalvado os efeitos produzidos (art. 1.111 do CPC). No recurso de apelação interposto

pela autora para questionamento do deferimento de tal medida, o Tribunal *a quo* ressalvou de maneira expressa seu direito de contestar o alvará em ação para reivindicação da Fazenda.

Disso decorre que o argumento, utilizado no voto vencido proferido pelo i. Des. *José Milton Mendes de Sena,* por ocasião do julgamento do recurso de apelação e dos embargos infringentes, no sentido de que, por estarem de *boa fé* os adquirentes, não se poderia admitir a anulação do negócio, não prospera. Isso porque, aqui, à boa-fé dos adquirentes se opõe a boa-fé da menor impúbere, que à época se via prejudicada pelo negócio sem sequer compreender o que acontecia à sua volta. Em uma situação como essa, não há sentido em privilegiar a inocência de uns, em detrimento da inocência de outros. Havendo irregularidade na concessão do alvará, a proteção da menor se impõe.

A transferência do fideicomisso, portanto, foi irregular e a propriedade vendida aos recorrentes continua resolúvel, do que decorre a procedência do pedido de restituição. A alegação de boa-fé dos adquirentes somente assume relevo, como bem observado pelo i. Min. Sidnei Beneti, por ocasião da execução do julgado, na qual ela poderá ser formulada para indenização das benfeitorias mediante embargos de retenção. Ressalva-se também, naturalmente, o direito dos adquirentes de exercerem, em ação autônoma, sua pretensão para ressarcimento dos prejuízos experimentados.

Forte em tais razões, acompanho integralmente o voto proferido pelo i. Min. Sidnei Beneti.

RECURSO ESPECIAL N. 980.860-SP (2007/0197831-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Unilever Bestfoods Brasil Ltda
Advogados: Patrícia Guimarães Hernandez
Fioravante Cannoni
Márcio Gomez Martin
Paulo Magalhães Nasser
Recorridos: Samantha Claudino Lima e outro
Advogado: João Luiz Marques Salvadori

EMENTA

Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. "Arrozina Tradicional" vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro.

- Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC.

- O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo.

- A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante.

Recurso especial não 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, retificar-se a decisão proferida na sessão do dia 17.04.2008 para: negar provimento ao recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler. Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 23 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 02.06.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Unilever Bestfoods Brasil Ltda,* com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ-SP.

Ação: de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por *Samantha Claudino Lima e outro,* em face da recorrente.

Em síntese, sustentaram as recorridas, irmãs gêmeas representadas neste processo por seu genitor, *Edson Freitas Lima,* que, em maio de 1999, quando possuíam apenas três meses de vida, consumiram o produto "Arrozina Tradicional", fabricado pela recorrida, que havia sido adquirido pelos pais das crianças quando já se encontrava deteriorado e com o prazo de validade vencido desde 20 de fevereiro de 1998.

Segundo o relato contido na inicial, as recorridas, após a ingestão do produto, passaram mal e tiveram de ser levadas a um hospital, onde foi diagnosticada a ocorrência de gastroenterite aguda.

Com base em tal narrativa, as recorridas pleitearam indenização pelos danos materiais sofridos no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) e compensação por danos morais em quantia não inferior a R$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

Sentença: julgou improcedente o pedido por considerar que a culpa pela manutenção nas gôndolas de produto deteriorado e com prazo de validade vencido seria exclusiva do comerciante, o que afastaria a responsabilidade da fabricante/recorrente.

Acórdão: conferiu parcial provimento ao apelo das recorridas para condenar a recorrente ao pagamento de R$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de compensação por danos morais, nos termos da seguinte ementa:

> Responsabilidade civil. Fato do produto. Bebês que ingerem produto deteriorado, comercializado com validade vencida [ingrediente para mingau e papas]; obrigação do produtor de indenizar, na forma do art. 12, da Lei n. 8.078/1990, ressalvando-se a possibilidade de exigir, do comerciante, em direito

> de regresso, a restituição do que pagar, por não ser possível discutir a culpa pela venda de produto impróprio na ação do consumidor lesado. Provimento, em parte, para que o valor "responsabilidade" predomine sobre a "culpabilidade" (fl. 309).

Embargos infringentes: interpostos pela recorrente, foram rejeitados em julgado assim ementado:

> *Embargos infringentes.* Acidente de consumo. Vício do produto comercializado com prazo de validade vencido e causou danos às duas crianças que figuram no pólo ativo da demanda. Divergência que se circunscreve à existência de responsabilidade por fato do produto da fabricante, em razão do ato ilícito imputável ao comerciante. Perante o consumidor, o processo de produção e anulação do processo é uno e a ausência de qualidade em qualquer dessas fases contamina o produtor. A excludente de responsabilidade prevista no artigo 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor, de culpa - *rectius*, ato imputável - exclusiva de terceiro, não abrange o comerciante ou o retalhista. O comerciante é responsável solidário quando praticar ato imputável, em acréscimo à responsabilidade do fabricante. Os integrantes da cadeia produtiva jamais podem ser terceiros uns em relação aos outros, para efeito de responsabilidade, sob pena de quebrar o princípio da solidariedade, em detrimento do consumidor. Prevalência do voto condutor. Embargos infringentes rejeitados. (fl. 354)

Embargos de declaração: foram rejeitados.

Recurso especial: alega a recorrente violação ao art. 12, § 3º, III, do CDC, além de dissídio jurisprudencial.

Em suma, sustenta que a responsabilidade pela venda do produto fora do seu prazo de validade caberia exclusivamente ao comerciante. Assim, requer o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro, causa excludente da responsabilidade do fabricante prevista no dispositivo do CDC tido como violado.

Prévio juízo de admissibilidade: após a apresentação das contra-razões das recorridas, foi o presente recurso admitido na origem (fl. 424).

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Pedro Henrique Távora Niess opinou pelo parcial conhecimento do recurso especial e, nesta parte, pelo seu desprovimento (fls. 435-441).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia em determinar a possibilidade de responsabilização do fabricante pelos danos morais e materiais decorrentes da ingestão de produto adquirido pelo consumidor final com o prazo de validade vencido, e cujo consumo trouxe riscos à sua integridade física.

I - Do sistema de responsabilidade pela qualidade dos produtos e serviços fixado pelo CDC.

De acordo com o CDC, a responsabilidade pela qualidade dos produtos e serviços pode ser analisada de duas maneiras: i) em virtude da exigência de adequação; ii) pela segurança, tudo considerando o que razoavelmente o consumidor pode esperar. Assim, há de um lado a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que diz respeito aos vícios de segurança, e de outro a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que se relaciona com os vícios de inadequação.

Conforme anotam Cláudia Lima Marques, o i. Min. Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, "haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade" (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Arts. 1º ao 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 1ª Ed., 2003, p. 225).

Observado este sistema adotado pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade ou servibilidade.

Por outro lado, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de criar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.

A insegurança, portanto, é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia e que transcende a simples frustração de expectativas.

A causa de pedir contida nesses autos, conforme decidido pelo Tribunal de origem, revela exemplo típico de vício de segurança. A gravidade do defeito - deterioração por vencimento da validade - existente no produto "Arrozina Tradicional" não apenas impediu a sua utilização da maneira esperada, mas principalmente gerou risco para a saúde das bebês recorridas, e disso decorre a responsabilidade da recorrente, caracterizada pelo fato do produto - vício de insegurança -, nos termos do art. 12 do CDC.

II – Da violação ao art. 12, § 3º, III, do CDC – Análise da existência de culpa exclusiva de terceiro (comerciante que oferece produto alimentício com prazo de validade vencido em suas gôndolas).

Nos termos do art. 12 do CDC, o fabricante responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, instituindo a lei taxativamente as causas excludentes de responsabilidade.

Na presente hipótese, sustenta a recorrente, com base no inciso III do § 3º do referido art. 12 do CDC, que na condição de fabricante não pode ser responsabilizada pelos danos sofridos pelas recorridas, pois há culpa exclusiva de terceiro, isto é, do comerciante, proprietário do supermercado que ofereceu a mercadoria à venda em suas gôndolas sem observar que o prazo de validade já havia expirado.

Todavia, o sistema adotado pelo CDC insere o comerciante e o fabricante na cadeia de produção e distribuição do produto viciado, e por isso não podem ser considerados terceiros estranhos à relação de consumo. Assim, mesmo havendo configuração da culpa de qualquer um deles, esta não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação quer em face do fabricante, quer em face do comerciante.

Acerca do tema, Sergio Cavalieri Filho destaca que *"o comerciante*, repetimos*, não é terceiro em relação ao fabricante* (produtor ou importador)*, pois é ele que o escolhe para vender os seus produtos.* Logo, responde - o fabricante - também por qualquer defeito do produto ou serviço, mesmo que surja já no processo de comercialização. *O dever jurídico do fabricante é duplo: colocar no mercado produtos sem vícios de qualidade e impedir que aqueles que os comercializam, em seu benefício, maculem sua qualidade original."* (Programa de Responsabilidade Civil. 4ª Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2003, p. 479).

Esse posicionamento é respaldado, ainda, pelas lições do i. Min. Antônio Herman Benjamin, que, em obra doutrinária, sustenta que "o réu (fabricante, produtor, construtor ou importador), em ação indenizatória por acidente do consumo, não pode furtar-se ao dever de indenizar, com fulcro no art. 12, § 3º, III, sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro." (Fato do produto e do serviço. BDJur, Brasília, DF. 30 jan. 2008, p. 29. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16340>).

Dessa forma, o comerciante, tido pela recorrente/fabricante como único e exclusivo culpado para a ocorrência dos danos sofridos pelas recorridas, não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo, de maneira que se mostra inviável o reconhecimento da excludente de responsabilidade prevista no inciso III do parágrafo 3º do art. 12 do CDC, devidamente interpretado pelo TJ-SP na presente hipótese.

Forte em tais razões, *nego provimento* ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Srs. Ministros, quero inicialmente cumprimentar o ilustre advogado pela forma sintética, objetiva da sua exposição, inclusive ressaltando o aspecto nuclear da controvérsia, que seria a constatação da responsabilidade do terceiro, que é o comerciante, que pôs o produto na gôndola.

Mas como tivemos a oportunidade de ouvir aqui o percuciente voto da eminente Ministra Relatora, que com muita propriedade deu a interpretação adequada e, aliás, a única que se poderia dar à dicção do inciso III, do § 1º, do art. 12, da Lei Consumerista quando diz que o produto defeituoso, quando não oferece segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração circunstâncias relevantes, entre as quais que o fabricante, o consultor ou produtor só será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, este terceiro, nessa cadeia de produção e distribuição, naturalmente alcança o comerciante que expõe o produto.

Na verdade, a observação que a eminente Ministra fez também dá impedimento da denunciação à lide, exatamente para evitar a eternização desse tipo de processo em detrimento dos interesses dos consumidores e partes, o que

não quer dizer que, independentemente de não se poder exercitar a denunciação à lide, o regresso poderá ser feito em uma ação distinta contra o comerciante. Mas isso também serve como referencial para que, também dentro da cadeia de produção, o fabricante, que é, relativamente ao comerciante, pois se fôssemos analisar o comerciante em um prisma de uma grande cadeia de supermercados, às vezes até a expressão econômica-financeira do comerciante passa a ser maior até do que a do próprio fabricante, haverá então uma necessidade periódica de fiscalização para evitar esses tipos de situações. Não se pode transferir isso ao usuário, ao consumidor que, dentro de uma ótica, inclusive de esclarecimento de direito à cidadania, deveria tomar as cautelas necessárias de poder verificar o prazo de validade.

Particularmente, nas vezes em que tenho ido, como pessoa normal, ao supermercado, opto pela marca do produto. Um conceituado produtor, vamos dizer, Unilever, é uma grande empresa que tem todos os seus produtos... apanho-os no freezer ou no balcão frigorífico e, quando volto para casa, minha esposa fala que está cansada de me falar para eu verificar a data de validade, que o produto está para vencer. Mas, como saber? E, aliás, a indicação do prazo de validade de fabricação e consumo é um mistério, porque estão nos lugares mais inacessíveis: "Veja o fundo da embalagem". Quando verifico o fundo da embalagem, não sei onde encontro, quer dizer, é um código tão indecifrável quanto o Código de Processo na interpretação: validade, fabricação e vencimento.

Então, é preciso – e o Superior Tribunal de Justiça, como o foro adequado, inclusive, para uniformizar a jurisprudência correta, a aplicação da lei federal – que esses casos, como esse agora, relatado e bem decidido pela Sra. Ministra Nancy Andrighi, sirvam de paradigmas, não tanto para punir o fabricante, mas para aperfeiçoar, porque o que se espera é que o consumidor que, ao final, é o destinatário de toda essa cadeia, seja respeitado.

Com todo o respeito à sustentação, mas louvando também o posicionamento bem ético, porque S. Exa., o Advogado, ressaltou ser o tema controvertido, se analisarmos essa questão em uma ótica exclusivamente linear, da leitura do inciso III do § 3º do art. 12, o terceiro poderia ser qualquer um, mas, nessa cadeia específica de consumo, o terceiro comerciante integra, evidentemente, a linha da produção e da distribuição.

Acompanho integralmente o voto da eminente Relatora.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos da ação ordinária proposta por Samantha Claudino Lima e Sabrina Claudino Lima contra Unilever (fls. 02-07), o MM. Juiz de Direito Dr. José Luiz de Carvalho julgou improcedente o pedido (fls. 249-254).

Os atos foram assim sumariados na sentença:

> As autoras dizem, na inicial, que duas embalagens do produto Arrozina, fabricado pela requerida, foi adquirido por sua mãe, em um supermercado, no dia 02 de maio de 1999. Ingerido o produto, no dia seguinte, as autoras foram acometidas por gastroenterite, que lhes causou até risco de morte, em vista de sua tenra idade.
>
> A mãe das autoras percebeu, então, que o produto adquirido se encontrava com o prazo de validade vencido.
>
> Como obteve a informação de que a doença havia sido provocada nas crianças por alimento, entendeu a mãe das autoras que foi (*sic*) o produto estava deteriorado.
>
> A inicial foi distribuída em março de 2000, quase um ano depois da data da compra do produto, o que dificulta a constatação pericial de que se tratava de alimento deteriorado, capaz de causar o mal que acometeu as autoras.
>
> O produto foi adquirido em um supermercado, Sonda, no dia 02 de maio de 1999. E estava com o prazo de validade vencido desde 20 de fevereiro de 1998 (informe das autoras, na inicial, a fl. 04, segundo parágrafo).
>
> Abrindo o envelope de fl. 86, constatei pessoalmente que na parte inferior do produto se encontra a inscrição, em letras grandes, na cor verde: *'Data de validade no fundo'.* E, de fato, na parte inferior da embalagem se encontra a inscrição: *'Válido até:',* encontrando-se abaixo dessa inscrição uma parte onde está estampada, em relevo, a data de validade.
>
> É evidente que o fabricante, empresa requerida, preocupou-se em dar ao consumidor uma informação clara e eficiente a respeito da data em que o prazo de validade havia expirado (fl. 251).

À base desses fatos, o MM. Juiz de Direito decidiu neste termos:

> Sabe-se, pois que é de conhecimento geral e notório, que os fabricantes entregam seus produtos aos supermercados dentro dos respectivos prazos de validade. Nenhum mercado iria receber mercadorias com validade vencida.
>
> As circunstâncias indicam que a culpa pela manutenção, nas gôndolas do mercado, de produto perecível com data de validade vencido, por (*sic*) exclusiva do supermercado. Não do fabricante de produto.

> Entender de forma diversa seria, com a devida vênia dos que assim possam pensar, praticar uma injustiça e criar uma obrigação impossível de ser satisfeita pelo fabricante: a de fiscalizar, em todo o país, todos os estabelecimentos que vendem os produtos por ele fabricados (fls. 253 e 260).

No âmbito de apelação, vencido o Desembargador Teixeira Leite, o tribunal *a quo* reformou a sentença (fls. 309-321), seguindo-se embargos infringentes (fls. 324-333), rejeitados (fls. 354-366).

Lê na ementa do acórdão, redigida pelo relator designado, Desembargador Francisco Loureiro:

> Embargos infringentes. Acidente de consumo. Vício do produto comercializado com prazo de validade vencido e *(sic)* causou dano às duas crianças que figuram no polo ativo da demanda. Divergência que se circunscreve à existência de responsabilidade por fato do produto da fabricante, em razão de ato ilícito imputável ao comerciante. Perante o consumidor, o processo de produção e distribuição é uno e a ausência de qualidade em qualquer de suas fases contamina o produtor. A excludente de responsabilidade prevista no artigo 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor, de culpa – *rectius*, ato imputável – exclusiva de terceiro, não abrange o comerciante ou o retalhista. O comerciante é responsável solidário quando praticar o ato imputável, em acréscimo à responsabilidade do fabricante. Os integrantes da cadeia produtiva jamais podem ser terceiros em relação aos outros, para efeito de exclusão de responsabilidade, sob pena de quebrar o princípio da solidariedade, em detrimento do consumidor. Prevalência do voto condutor. Embargos infringentes rejeitados (fl. 354).

Ficou vencido o relator originário, Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, para quem

> ... não consta que o produto não assegurasse ao consumidor a utilização e fruição satisfatórias, esperadas por ocasião da aquisição, mas existe circunstância relevante que foi a comercialização em data imprópria, o que não pode ser atribuído ao fabricante.
>
> O produtor responde integralmente pela qualidade do produto, observadas as condições e especificidades, não podendo fiscalizar o território nacional se um supermercado da periferia de uma cidade distante da região de produção vende produto depois de expirada sua validade, ou acondiciona produto perecível sem observar normas técnicas pertinentes, cabendo, então, ao vendedor a responsabilidade pela inadequação procedimental que origina as conseqüências desfavoráveis ao adquirente.
>
> Por último, é comum a redistribuição de produtos por meio de empresas atacadistas ou até intermediárias, portanto, o fabricante não tem instrumento

> adequado para acompanhar a mercadoria saída das instalações da produção até a gôndola do varejista (fls. 365-366).

Unilever Bestfoods Brasil Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 372-373), rejeitados (fls. 378-379), e interpôs recurso especial com base no art. 105, inc. III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal (fls. 383-396).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. Pedro Henrique Távora Niess, opinou no sentido de que, conhecido o recurso especial pela letra **c** seja-lhe negado provimento (fls. 435-440).

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, não conheceu do recurso especial.

2. "O fabricante," – está dito no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor

> o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1º - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I – sua apresentação;
>
> II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III – a época em que foi colocado em circulação.

Na espécie, o tribunal *a quo*, reconhecendo que o comerciante pôs em circulação produto alimentício cujo prazo de validade já se esgotara, condenou o fabricante a reparar os prejuízos.

Data venia, o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca da responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, e é sob esse viés que devem ser examinados os casos em que produtos alimentícios são consumidos fora do prazo da respectiva validade. De acordo com o § 1º, o fabricante responde pela época em que o produto é colocado em circulação, e esta se dá no momento em que o produto sai do seu estabelecimento. A comercialização pelo varejista não pode, por isso, constituir responsabilidade do fabricante.

Disse bem o Desembargador Teixeira Leite ao proferir o voto vencido no julgamento da apelação:

> ... fundamental esse momento que é o da circulação do produto no mercado, em que se corta o cordão umbilical entre o produtor ou o fabricante e o mesmo. O controle direto do produto já não é do fabricante que, evidentemente, não tem como fiscalizar qualquer conduta do comerciante, o que se afirma por motivos de logística de distribuição, distâncias e imensidade das regiões, tempo de durabilidade dos produtos, ou, o que ordinariamente acontece, mas subordinando todos aos chamados riscos do desenvolvimento. Veja-se, por exemplo, a moderna figura do atacadista, intermediário entre o fabricante e o comerciante em geral (fl. 318).

A despeito do que possa parecer, essa interpretação não descura dos direitos do consumidor. A *"Arrozina"* continuará a ser fabricada mesmo que se impute ao fabricante essa responsabilidade que é, pela natureza das coisas, e pela lei, do varejista. O fabricante simplesmente transferirá para o respectivo preço os custos dessa responsabilidade, em detrimento dos consumidores atentos para o prazo de validade dos produtos alimentícios. Será o preço a ser pago pela sociedade por uma interpretação que só na aparência protege o consumidor.

Essa responsabilidade do fabricante não será, então, hipótese de responsabilidade objetiva ou de outra qualquer; será um seguro, embutido no preço do produto, que todos pagarão. Com efeito, como se pode falar em responsabilidade sem um nexo de causalidade?

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para restabelecer a autoridade da sentença de 1º grau, da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. José Luiz de Carvalho.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sra. Ministra Presidente, a lição que V. Exa. destaca do eminente Ministro Herman Benjamin parece que foi escrita para o caso. Diz S. Exa. que o fabricante não pode furtar-se ao dever de indenizar sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro, e que o Juiz, muito ao contrário, deve condená-lo a ressarcir o prejuízo, cabendo-lhe, posteriormente, se for o caso, propor ação de regresso contra o outro agente da relação de consumo, isto é, o comerciante.

Acompanho inteiramente o voto de V. Exa., negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.032.014-RS (2008/0033686-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Souza Cruz S/A
Advogados: Paula Rago Faller e outro(s)
Recorrido: Grafisa Grafica Zanella
Recorrido: Tania Maria Oliveira dos Santos
Advogado: Antônio Alberto Caser

EMENTA

Direito Empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos.

- O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro.

- Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado.

- Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/2002 e, entre eles, se encontra a identidade.

- Compensam-se os danos morais do fabricante que teve seu direito de identidade lesado pela contrafação de seus produtos.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 04.06.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por Souza Cruz S/A, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-RS.

Ação: A recorrente ajuizou ação indenizatória cumulada com preceito cominatório em face de Grafisa Gráfica Zanella e Tânia Maria de Oliveira dos Santos, alegando que as recorridas são autoras de contrafação, pois produzem papéis para cigarros, valendo-se, sem sua autorização, de suas marcas exclusivas Colomy e Trevo. Além dos prejuízos inerentes à contrafação, aduz que sua imagem perante os consumidores foi afetada, fazendo jus à compensação dos danos morais.

Sentença: Reconheceu que "a semelhança da embalagem Frevo e da original Trevo é muito grande, fl. 138, havendo de ser reconhecida a falsificação, como constatou a perícia da fl. 139, que conclui que 'mesmo com nomes diferentes, estes não são suficientes para diferenciar um produto de outro; (...) as figuras e seus conjuntos são suficientemente semelhantes para confundir'" (fl. 160).

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar as recorridas a "se abster de imprimir, reproduzir, ocultar ou manter em estoque, sem prévia autorização, embalagem e papéis com as marcas Trevo e Colomy e outras registradas pela autora, sob pena de multa de R$ 5.000,00, sem prejuízo da responsabilidade criminal, devendo ressarcir os gastos demonstrados neste processo, além de pagar a título de danos morais pela falsificação de papéis para cigarros o valor simbólico de R$10.000,00" (fl. 160).

Acórdão: As circunstâncias fáticas identificadas pelo TJ-RS revelam que a comerciante individual Tânia Maria Oliveira dos Santos exercia atividade empresarial gráfica sob o nome fantasia Grafisa. Fabricava papel para cigarro e ao menos 3.000 embalagens foram rotuladas com marcas de titularidade da recorrente, sendo que a recorrida jamais teve autorização para tanto.

Embora constate a contrafação, o TJ-RS não reconheceu quaisquer danos de ordem extra-patrimonial, pois "inexistem evidências de que a autora tenha tido sua honra objetiva (leia-se: reputação comercial) maculada pela atividade da demandada, porquanto desconhecida a qualidade dos produtos contrafeitos (...)" (fl. 222).

Com isso, o TJ-RS deu parcial provimento à apelação das recorridas, para afastar a condenação por dano moral. Por outro lado, negou-se provimento à apelação interposta pela recorrente.

O acórdão foi assim ementado:

> Indenização. Contrafação. Danos morais. Pessoa jurídica. Dano moral não configurado.
>
> Gráfica ré que confessa a produção de grande quantidade de embalagens do produto contrafeito, alegadamente sob encomenda de terceiro, da qual, contudo, deixou de produzir prova. A despeito de arquivado o inquérito policial por formação de quadrilha voltada à contrafação dos produtos da autora, todas as circunstâncias reforçam a suspeita de conluio entre a ré e os sócios de outras duas empresas na comercialização de embalagens e papéis para cigarro de marca da autora.
>
> Posto pacífica a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula n. 227 do STJ), no caso concreto inexistem evidências de que a autora tenha tido sua honra objetiva maculada pela atividade da demandada, porquanto desconhecida a qualidade dos produtos contrafeitos comercializados nas embalagens por ela produzidas, bem como em qual quantidade. Insuficiente, a contrafação por si só para configurar dano moral, até mesmo porque somente produtos de renome e qualidade prestam-se para imitações. O dano indenizável é tipicamente material e como tal deveria ter sido postulado. Apelação da ré provida em parte, a fim de excluída a condenação à reparação de dano moral. Recurso da autora improvido. Unânime.

Embargos de declaração: Interpostos pela recorrente e rejeitados pelo TJ-RS.

Recurso Especial: Sustentou haver violação aos seguintes dispositivos da legislação federal: (i) art. 535 do CPC, pois o acórdão impugnado não supriu as omissões e contradições apontadas em embargos de declaração; (ii) arts. 208,

209 e 210 da Lei n. 9.279/1996, bem como arts. 186 e 927 do CC/2002, pois não reconhecida a existência dos danos morais sofridos. Apontou a existência de dissídio jurisprudencial.

Juízo Prévio de Admissibilidade: Decorrido *in albis* o prazo para contra-razões, o TJ-RS admitiu o recurso especial, determinando a subida dos autos ao STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a lide a definir se decorrem danos morais indenizáveis da violação ao direito de marca.

I. Violação ao art. 535 do CPC.

Os embargos de declaração interpostos pela recorrente não revelavam a existência de qualquer contradição ou omissão, mas apenas demonstram a irresignação contra o acórdão impugnado. Esse recurso era, portanto, manifestamente incabível, não havendo que se falar em negativa de vigência ao art. 535 do CPC.

II. Dano moral (arts. 208, 209 e 210 da Lei n. 9.279/1996; arts. 186 e 927 do CC/2002).

A existência de dano moral vem sendo discutida desde o ajuizamento da ação. O TJ-RS analisou detidamente o tema, concluindo pela inexistência de prejuízos à recorrente. Assim, ainda que não tenha feito menção expressa aos artigos tidos como violados pelo recurso especial, deve-se reconhecer que o tema foi devidamente prequestionado.

Por outro lado, o TJ-RS delineou o contorno fático-probatório da lide e o recurso especial não busca o reexame de provas, mas apenas questiona a exatidão das conclusões jurídicas a que chegou o acórdão recorrido.

Isso é o quanto basta para a admissibilidade do recurso especial.

A temática dos danos extra-patrimoniais não está adstrita apenas à violação da honra e da moral. Agostinho Alvim dá ao dano moral conceito condizente com sua expressão atual, tratando-o como "o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio" e, por isso, afirma que "o dano moral há de ser não patrimonial. Aquele que for patrimonial, não é moral"

(ALVIM, Agostinho. Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965, p. 215). Daí porque Genevieve Viney admite que os danos a interesses extra-patrimoniais são impropriamente denominados morais (VINEY, Genevieve, e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin*. Paris: LGDJ, 1998, p. 24).

É fundamental ressaltar que a recorrente, por ser pessoa jurídica, igualmente detém certos direitos de personalidade, em conformidade com o art. 52 do CC/2002 e com a doutrina (CHINELLATO, Silmara Juny. *Da responsabilidade Civil no Código de 2002 – Aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo. In* O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 939-968). Não por outro motivo, a Súmula n. 227-STJ reconhece que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Assim, a premissa de fundamental importância para o deslinde da presente controvérsia é que o dano moral da pessoa jurídica corresponde, hoje, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro.

Estabelecido esse ponto de partida, deve-se questionar se o direito de marca integra a personalidade do seu titular. A resposta é negativa. A marca apenas designa um produto e sua violação traz diretamente danos materiais. O contrafator se beneficia, porque usurpa a clientela do titular da marca ou porque deixa de lhe pagar *royalties* devidos. Esse é, aliás, o claro conteúdo do art. 210 da Lei n. 9.279/1996.

Ocorre que o problema não se esgota nessa primeira observação. A contrafação de marca pode ter consequências que vão além da simples diferença entre o que foi vendido e o que poderia ter sido comercializado. A análise de algumas hipóteses exemplificativas pode ajudar a visualizar a questão.

Em primeiro lugar, tome-se o julgamento desta 3ª Turma no REsp n. 466.761-RJ, minha relatoria, DJ 04.08.2003. Naquela oportunidade, produtos voltados a público exclusivo foram vulgarizados com a exposição comercial do produto falsificado. Não só a marca era violada naquela situação, mas a própria reputação comercial de seu titular era atingida na medida em que este prezava a imagem de exclusividade de seus produtos perante consumidores de alta renda. Por isso, se concluiu que "a prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em conseqüência, a reparação por danos morais".

Para além da questão da vulgarização, deve-se reconhecer que a contrafação também pode lesar a honra objetiva do titular da marca na medida em que os produtos contrafeitos revelem qualidade precária. A má-qualidade dos produtos ordinariamente é acompanhada da insatisfação do consumidor, que deixa de comprar produtos semelhantes e, sobretudo, passa a ter uma imagem negativa do fornecedor. No entanto, quem passa a ser mal visto não é o contrafator, mas o empresário vítima da contrafação.

A presente hipótese tem, no entanto, peculiaridades, pois não se sabe se produto contrafeito se distingue perante o consumidor por exclusividade ou por qualidade. Como ressaltou o TJ-RS, é "desconhecida a qualidade dos produtos contrafeitos (...)". Por esses motivos, o mais correto é tratar o produto (papel de cigarro) como uma *commodity*, ou seja, um bem básico com qualidades uniformes.

Nessa espécie peculiar de contrafação, há pelo menos um aspecto a ser considerado. Aqui, como em outras hipóteses, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor compra o produto contrafeito na crença de que adquire o original.

Sob essa perspectiva fica mais fácil visualizar que, se o consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto, também é verdade que o fabricante não consegue ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, o fornecedor se mostra ao consumidor mais por suas marcas exclusivas que propriamente por seu nome comercial. A marca designa o produto e, direta ou indiretamente, também indica quem é o seu fabricante. A contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado.

Essa separação e interrelação entre marca e identidade não passou despercebida pelo legislador. Na clara na dicção do art. 209 da Lei n. 9.279/1996, ressalva-se "ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio". Isto é, o prejudicado, além da violação à marca, pode buscar ressarcimento pela diluição de sua identidade junto ao público consumidor. A identidade é deturpada quando o causador do dano consegue criar na mente

dos consumidores confusão sobre quem são os diversos competidores do mercado, duplicando os fornecedores de um produto que deveria ser colocado em circulação apenas por aquele que é titular de sua marca.

Nessa linha de raciocínio, a usurpação de marca alheia pode ser vista como a violação a esse essencial direito de personalidade, qual seja, o direito à identidade.

Como bem destaca Carlos Alberto Bittar, a identidade é certamente um desses direitos de personalidade extensíveis às pessoas jurídicas (Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 127). Tanto é assim que um dos aspectos da personalidade é o nome comercial e, dada essa sua característica, o direito pátrio lhe confere proteção. Com a proteção do nome comercial, que deve ser original (art. 1.163 do CC/2002) e é inalienável (art. 1.164 do CC/2002), resta evidente que a legislação pátria visa proteger a identidade da pessoa jurídica.

Com essas digressões, pode-se concluir que houve violação aos arts. 209 da Lei n. 9.279/1996, 186 e 927 do CC/2002, pois a recorrente teve seu direito de identidade lesado pela contrafação levada a cabo pela recorrida e, por isso, faz jus à reparação dos danos morais sofridos.

Destaco, por fim, a importância do caráter de desestímulo dos danos morais diante das circunstâncias reconhecidas pelo acórdão recorrido. A prova dos autos revela que, com os produtos contrafeitos, foram apreendidas notas fiscais de sociedades ligadas à recorrida Tânia Maria Oliveira dos Santos e a seus familiares. Ademais, o TJ-RS asseverou que "a despeito de arquivado o inquérito policial por formação de quadrilha voltada à contrafação dos produtos da autora, todas as circunstâncias acima analisadas reforçam a suspeita de conluio entre as rés e os sócios das empresas Verapel e Mediapel na comercialização de embalagens e papéis para cigarro" (fls. 220-211).

Essa pluralidade de sociedades e contratos com terceiros revela que as recorridas têm facilidade para se furtar à proibição imposta pelo acórdão impugnado, delegando a braços de sua organização empresarial a prática ilícita. Assim, só a imposição do dever de reparar os danos morais pode servir, efetivamente, de sanção à contrafação.

Destaco que o valor dos danos morais foi adequadamente fixado pelo juízo em primeiro grau de jurisdição. Dez mil reais são suficientes para compensar o dano à identidade da recorrente, sobretudo "considerando a pequena apreensão

de material e a apuração de produção modesta, mas como forma de inibir a reincidência da prática proibida (...)" (fl. 160).

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial, para condenar as recorridas em danos morais, fixando-se estes em R$ 10.000,00 (dez mil reais). A correção monetária incidirá desde esta data, nos termos da Súmula n. 362-STJ. Os juros de mora serão contados desde a data da busca e apreensão, considerando-se esta a data do ilícito extracontratual, tudo nos termos da Súmula n. 54-STJ. As recorridas arcarão com as despesas processuais e honorários de sucumbência, estes que fixo em 15% sobre o valor da condenação.

RECURSO ESPECIAL N. 1.056.704-MA (2008/0103209-1)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda
Advogados: Pedro Américo Dias Vieira e outro(s)
Recorrido: Fabíola do Socorro Ericeira Pereira
Advogados: Eduardo José Leal Moreira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Contrato de promessa de compra e venda. Resilição pelo promitente-comprador. Retenção das arras. Impossibilidade. Devolução dos valores pagos. Percentual que deve incidir sobre todos os valores vertidos e que, na hipótese, se coaduna com a realidade dos autos. Majoração. Impossibilidade, na espécie. Recurso especial improvido.

1. A colenda Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o promitente-comprador, por motivo de dificuldade financeira, pode ajuizar ação de rescisão contratual e, objetivando, também reaver o reembolso dos valores vertidos (EREsp n. 59.870-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Barros, DJ 09.12.2002, p. 281).

2. As arras confirmatórias constituem um pacto anexo cuja finalidade é a entrega de algum bem, em geral determinada soma em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o exercício do direito de desistência.

3. Por ocasião da rescisão contratual o valor dado a título de sinal (arras) deve ser restituído ao *reus debendi*, sob pena de enriquecimento ilícito.

4. O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não revogou o disposto no artigo 418 do Código Civil, ao contrário, apenas positivou na ordem jurídica o princípio consubstanciado na vedação do enriquecimento ilícito, portanto, não é de se admitir a retenção total do sinal dado ao promitente-vendedor.

5. O percentual a ser devolvido tem como base de cálculo todo o montante vertido pelo promitente-comprador, nele se incluindo as parcelas propriamente ditas e as arras.

6. É inviável alterar o percentual da retenção quando, das peculiaridades do caso concreto, tal montante se afigura razoavelmente fixado.

7. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 04.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda* com fundamento no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 53 do CDC e 418 do CC, além de dissídio jurisprudencial.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que *Fabíola do Socorro Ericeira Pereira,* Recorrida, ajuizou ação ordinária contra *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda,* objetivando: a) "que seja declarada abusiva e nula a alínea **a.4** do item 33 do contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes em 2 de janeiro de 2002"; b) "que seja a ré condenada a devolver-lhe a quantia que pagou pelo preço do negócio, devidamente atualizada segundo os índices do próprio contrato, retendo-se apenas um valor razoável a título de despesas administrativas, que a tutora sugere seja arbitrado em 10% (dez por cento) do seu crédito"; c) "seja a ré condenada a pagar os honorários dos advogados que esta subscrevem, que a autora pede sejam arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor dado à causa, e ao reembolso das custas processuais pagas" (fl. 12). Em aditamento à petição inicial requereu, ainda, "que a ré seja condenada a pagar-lhe juros de 1% (um por cento) ao mês pela indevida utilização do capital que ela vier a ser condenada a restituir-lhe, tudo a contar da data da rescisão do contrato, i. e., maio de 2003, quando o valor cobrado nesta ação já poderia ter sido devolvido à autora" (fl. 56).

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ao julgar o recurso de apelação, manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para "anular o item a.4, da cláusula 33 do Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de n. 048/01, firmado entre a autora *Fabíola do Socorro Ericeira Pereira* e a demandada *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda.* Como conseqüência da desconstituição de cláusula contratual, na forma acima precedida, condeno a empresa suplicada a devolver à autora, de uma só vez, todas as prestações recebidas em decorrência do referido contrato, correspondentes aos recibos acostados à inicial, corrigidas segundo os índices do mesmo contrato a partir do efetivo desembolso de cada uma das prestações, acrescidas dos juros de mora, de um por cento ao mês, a contar da citação, em face da aplicação do art. 219 do CPC (...). Caberá à demandada o direito de retenção, a título de cláusula penal, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do total das prestações recebidas devidamente atualizadas" (fl. 149). O aresto recorrido restou assim ementado:

> Consumidor. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão. Retenção do percentual de 30% pelo promitente-vendedor. Impossibilidade. Manutenção da sentença recorrida.
>
> 1. A cláusula que determina a retenção do percentual de 30% do valor do imóvel pela promitente-vendedora mostra-se abusiva, mormente porque a promitente-compradora sequer ocupou o imóvel. Precedentes. Redimensionamento do patamar para 10%.
>
> 2. O CDC é claro ao determinar a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais colocando o consumidor em situação de notória desvantagem. Temperamento do *pacta sunt servanda.*
>
> 3. A sentença recorrida contém em seu bojo todos os fundamentos jurídicos aplicáveis à espécie, não merecendo reforma.
>
> 4. Apelação conhecida e improvida.

Busca *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda* a reforma do v. acórdão, argumentando, em síntese, que, de acordo com a legislação de regência, não há qualquer ilegalidade na cláusula inserta em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê, para o caso de inadimplemento contratual, a retenção de 30% dos valores até então pagos pela recorrida, promitente-compradora *(Fabíola do Socorro Ericeira Pereira)* do bem em questão. Afirma, outrossim, que a legalidade da referida cláusula tem respaldo, ainda, na possibilidade de que a parte que não deu causa à rescisão da avença reter o montante dado a título de arras.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo não merece prosperar.

Com efeito.

Inicialmente, verifica-se que a colenda 2ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o promitente-comprador que deixa de cumprir o contrato, em razão da insuportabilidade da avença pactuada, tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição parcial das importâncias pagas. Nesse sentido, assim já decidiu:

> Promessa de venda e compra. Resilição. Denúncia pelo compromissário comprador em face da insuportabilidade no pagamento das prestações.

> Restituição. – O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte. (EREsp n. 59.870-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ 09.12.2002, p. 281, RSTJ 171/206).

E ainda: REsp n. 476.780-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 2ª Seção, DJ de 12.08.2008.

Fixada esta premissa, devem ser analisadas as teses articuladas pela *Franere - Comércio Construções e Imobiliária Ltda,* ora recorrente, em suas razões do recurso especial. Pretende-se, por meio do presente apelo, a retenção do percentual de 30% de todas as parcelas pagas por *Fabíola do Socorro Ericeira Pereira,* ora recorrida, em razão do negócio jurídico avençado, qual seja, promessa de contrato de compra e venda de imóvel. Entretanto, observa-se que "todas as parcelas pagas" compreendem as arras e as parcelas propriemente ditas.

As arras, quando confirmatórias, constituem um pacto acessório que tem como finalidade a entrega de algum bem, em geral determinada soma em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o direito de desistência (cf. Nader, Paulo. Curso de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 452).

No caso *sub examine*, houve, conforme consta da petição inicial (fls. 05 e 55-56) bem como da sentença (fl. 134), o desfazimento contratual em razão da impossibilidade da autora (Fabíola do Socorro Ericeira Pereira), promitente-compradora, arcar com as prestações pactuadas, hipótese em que o sinal ou as arras devem ser devolvidas ao *reus debendi*, sob pena de enriquecimento ilícito. A propósito, confira-se o seguinte excerto da lição do eminente jurista Paulo Nader: "Na hipótese de desfazimento do negócio principal, seja por mútuo consenso ou por motivo de força maior, as arras devem ser devolvidas ao *reus debendi*, sob pena de caracterizar-se enriquecimento sem causa" (Curso de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 454).

Demais disso, observa-se que o artigo 53 do CDC de modo algum revogou o artigo 1.097 do CC de 1916, atual 418 do CC de 2002. Na espécie, se por um lado o artigo 418 da lei civil garante, em favor daquele que não deu causa à resolução do contrato, a retenção das arras, por outro, o artigo 53 da Lei Consumerista, positiva no ordenamento o princípio jurídico consubstanciado na vedação do locupletamento ilícito, proibindo, assim, a retenção de todo o montante dado a título de sinal. De fato, dos ensinamentos de César Fiúza

observa-se que: "O artigo 53 do Código do Consumidor, na verdade, tão-somente positivou regra antiga, dedutível do princípio do enriquecimento sem causa. Segundo o CDC, o devedor que der causa à resolução do contrato por não pagar as prestações não perderá totalmente o que já houver pago. Conclui-se que é permitida cláusula estipulando a perda parcial das parcelas pagas. De qualquer forma, o devedor terá descontados, do que tiver a receber de volta, os prejuízos que sua inadimplência tiver causado mais o saldo que tiver obtido com o uso ou fruição do bem" (Direito Civil: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 457).

Veja-se, por oportuno, que tal entendimento doutrinário, encontra guarida na jurisprudência deste Tribunal Superior. A propósito, assim já se decidiu:

> Civil e Processual. Compromisso de compra e venda. Resilição pelo comprador por insuportabilidade da prestação. Possibilidade. Retenção sobre parte das parcelas pagas. Arras. Inclusão. Código de Defesa do Consumidor, arts. 51, II, 53 e 54. Código Civil, art. 924. I. (...) II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção aumentada em favor da vendedora-recorrente. Precedentes. III. Compreendem-se no percentual a ser devolvido ao promitente comprador todos valores pagos à construtora, inclusive as arras. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp n. 355.818-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 25.08.2003).

Da fundamentação do referido julgado, Sua Excelência, o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, deixou assente que: "Relativamente à pretensão de perdimento do valor prestado a título de arras, também não há como reconhecer-se razão à recorrente. De efeito, todos os valores prestados pelo recorrido devem ser considerados para fins de cálculo do percentual a ser devolvido, inclusive tal parcela. Tal solução encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, não merecendo reparo algum".

Assim, da exegese dos artigos 418 do CC c.c. 53 do CDC, tem-se que o percentual a ser devolvido deve ser calculado sobre a totalidade dos valores vertidos pela promitente-compradora, compreendidos neste montante tanto as arras como as parcelas propriamente ditas.

No tocante ao percentual a ser retido pelo recorrente *(Franere – Comércio Construções e Imobiliária)*, promitente vendedor, veja-se que este Superior

Tribunal de Justiça entende como razoável a retenção fixada entre 10% e 20% da importância vertida pelo promissário comprador para fazer frente às despesas administrativas. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

> Promessa de compra e venda. Extinção do contrato. Comprador inadimplente. - A orientação que terminou prevalecendo na Segunda Seção, depois de inicial controvérsia, é no sentido de que o promissário comprador que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade do contrato assim como pretendido executar pela promitente vendedora tem o direito de promover a extinção da avença e de receber a restituição de parte substancial do que pagou, retendo a construtora uma parcela a título de indenização pelo rompimento do contrato. - Essa quantia a ficar retida varia de caso para caso; ordinariamente tem sido estipulada entre 10% e 20%, para cobertura das despesas com publicidade e corretagem, podendo ser majorada quando o imóvel vem a ser ocupado pelo comprador. Não há razão para que tudo ou quase tudo do que foi pago fique com a vendedora, uma vez que por força do desfazimento do negócio ela fica com o imóvel, normalmente valorizado, construído também com o aporte do comprador. - Precedente. - Recurso conhecido e provido em parte (REsp n. 476.775-MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 04.08.2003, p. 317).

E ainda: REsp n. 896.246-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 15.10.2007, p. 263.

Não se olvide, ainda, que este Superior Tribunal de Justiça tem precedentes fixando o percentual de retenção no patamar de 25% do total do valor pago (cf REsp n. 712.408-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, AgRg no REsp n. 735.827-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 11.09.2006, REsp n. 907.856-DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 1°.07.2008, dentre outros). Da jurisprudência desta Corte extrai-se, por oportuno, o seguinte precedente:

> Compra e venda de imóvel. Desistência do comprador que se viu impossibilitado de pagar. Acordo judicial não cumprido. Percentual de redução. Precedentes da Corte. 1. De acordo com a realidade dos autos, a Corte tem admitido variação no percentual de retenção do valor a restituir ao comprador. 2. O cenário destes autos recomenda a elevação do percentual fixado no acórdão. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 715.012-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 15.05.2006 p. 205).

Do voto do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por ocasião do julgamento do referido recurso especial, a majoração do percentual teve o seguinte fundamento: "No presente caso, o pedido é nesse sentido, ou seja,

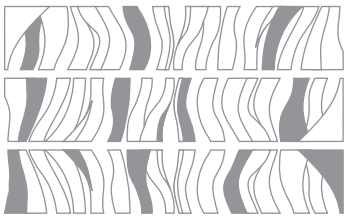
houve mesmo a ocupação do apartamento, com evidente depreciação do valor do imóvel, durante cerca de três anos, segundo afirmou a empresa ré. Tenho que em tais circunstâncias o percentual deferido não é razoável, beneficiando o comprador inadimplente, e, ainda, que descumpre a transação judicial. Penso, destarte, que ao invés de fixar a indenização sobre o valor locatício, na esteira da mais uniforme jurisprudência da Corte, preferível seria trabalhar sobre o percentual de retenção. Assim, entendo mais correto que seja elevado o percentual de retenção a 25% do valor da restituição devida".

Conquanto tais respeitáveis precedentes tenham estabelecido o referido percentual (25%), no caso em concreto, e analisando detidamente a hipótese em julgamento, tem-se que a majoração do valor a ser retido não se afigura razoável.

In casu, o imóvel objeto da avença sequer foi ocupado (fl. 293), porquanto, conforme colhe-se da sentença o bem não foi ao menos entregue (fl. 145), sendo de relevo, ainda, a observação feita, também pelo MM. Juiz Raimundo Moraes Bogéa, no sentido de que: "O benefício resultante dessa situação foi exclusivo da ré que, desde a data de recebimento de cada prestação, investiu os valores de cada uma delas, auferindo lucro com o dinheiro de terceiro, ganho esse multiplicado com a nova venda do apartamento, que sequer chegou a ser ocupado pela autora" (fl. 145). Portanto, não se afigura razoável, na espécie, admitir a majoração do percentual, nos termos em que fixados pelas instâncias ordinárias, de 10% sobre todos os valores pagos.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

É o voto.



Jurisprudência da **Quarta Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 240.343-SP (1999/0108346-0)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Mendes Junior Engenharia S/A
Advogado: Pedro Ivan do Prado Rezende
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Segurança e medicina do trabalho. Ministério Público estadual. Ministério Público do Trabalho. Legitimidade.

1. A proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos. Assim, tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ações coletivas visando a defesa de tais direitos.

2. A Lei Complementar n. 75/1993, no seu art. 83, III, conferiu ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa forma, vinculou a legitimidade *ad causam* de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o *parquet* especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho.

3. Na hipótese de ação civil pública destinada a prevenir acidentes de trabalho promovida no ano de 1997, quando pacífico era o entendimento de que competia à Justiça Estadual o conhecimento e processamento do feito, a legitimidade ativa é do Ministério Público estadual.

4. Recurso especial não-conhecido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto desempate proferido pela Sra. Ministra Nancy Andrighi, acompanhando a divergência, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por maioria, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de

Noronha. Vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Carlos Fernando Mathias, que conheciam em parte do recurso especial e, nessa parte, davam-lhe provimento. Impedido o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator para o acórdão e Presidente

---

DJe 20.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Aproveito o relatório de fls. 407-408, *verbis:*

> Trata-se de Ação Civil Pública com pedido de liminar de interdição de obra, objetivando o cumprimento das normas de segurança no ambiente de trabalho, por consórcio de empresas, vencedoras em licitação para o desenvolvimento de construção civil voltada a contenção de enchentes.
>
> Indeferida a liminar face a carência dos requisitos legais à sua concessão (fl. 74).
>
> Citadas as Rés, rechaçaram cada qual os argumentos da controvérsia (fls. 149-172; 246-262).
>
> Prolatada a r. sentença, foi julgada extinta a ação, sem exame do mérito, com fulcro ao art. 267, VI, combinado com o art. 295, II, ambos do Código de Processo Civil, fundado na ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual para promover ação visando a tutela que denominou de interesses homogêneos, consoante alegado pelas Requeridas (fls. 351-356).
>
> Irresignado, insurge-se o Autor, em combativo recurso, carreado de citações doutrinárias e julgados diversos, ser perfeitamente factível a sua legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública, visto que dentre suas atribuições tem como mira de atuação a defesa da sociedade de forma ampla.
>
> Ao final requer, para que seja afastado o decreto de extinção, e o feito retorne ao seu regular trâmite.
>
> Manifestou-se a douta Procuradoria Geral da Justiça, argüindo haver procedência os argumentos alinhados nas razões recursivas, opinando pelo provimento do recurso (fls. 389-400).
>
> Recurso desacompanhado de contra razões, e, regularmente processado (fls. 359-382; 384; 385).

O Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado (fl. 407):

> Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento.

Opostos embargos declaratórios (fls. 419-425), foram eles rejeitados às fls. 429-433.

Inconformada, Mendes Junior Engenharia S/A interpõe, pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão que afastou a ilegitimidade ativa do Ministério Público violou os arts. 267, VI, 295, II, do CPC, c.c. o art. 19 da Lei n. 7.347/1985, porquanto o interesse difuso não pode ser ampliado de molde a tutelar, também, a matéria atinente à segurança do trabalho, que contém normas específicas de regência, disciplinadas nos arts. 154 a 201 da CLT, igualmente contrariados pela Corte estadual.

Aduz a recorrente que nos termos do art. 156 da CLT compete às Delegacias Regionais do Trabalho fiscalizar o cumprimento das normas concernentes à segurança e medicina do trabalho, determinar as obras e reparos necessários e impor as penalidades cabíveis, além do que o Ministério Público do Estado de São Paulo está se substituindo ao Ministério Público do Trabalho, que teria a prerrogativa da ação civil pública, de acordo com os arts. 736 e 737 da mesma legislação obreira.

Por fim, diz que restou também ofendido o art. 84, II, da Lei Complementar n. 75, que atribui ao Ministério Público do Trabalho a iniciativa dos procedimentos administrativos e o inquérito civil na defesa dos direitos sociais dos trabalhadores.

Invoca jurisprudência paradigmática.

Contra-razões às fls. 465-467, pugnando pela confirmação do *decisum* e a aplicação da Súmula n. 7 do STJ.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 472-473.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 494-505, no sentido do provimento do recurso especial, da lavra da Dra. Gilda Pereira de Carvalho.

O processo foi sucessivamente distribuído aos Exmos. Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Fernando Gonçalves, e a este relator.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial em que se discute, essencialmente, sobre a competência do Ministério Público Estadual para ajuizar ação civil pública, com o objetivo de impelir a empresa-ré, ora recorrente, a cumprimento de normas de segurança do trabalho.

É apontada ofensa aos arts. 267, VI, 295, II, do CPC, c.c. o art. 19 da Lei n. 7.347/1985, 154 a 201, 736 e 737 da CLT, e 84, II, da Lei Complementar n. 75, além de dissídio jurisprudencial.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra da Dra. Gilda Pereira de Carvalho, traz a seguinte fundamentação (fls. 497-505):

> *12. Dispõem os artigos apontados violados:*
>
> (CPC) Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:
>
> VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.
>
> (CPC) Art. 295. A petição inicial será indeferida:
>
> II - quando a parte for manifestamente ilegítima.
>
> (Lei n. 7.347/1985) Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.
>
> (CLT) Art. 156. Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição:
>
> I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;
>
> II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;
>
> III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do artigo 201.
>
> (CLT) Art. 736. O Ministério Público do Trabalho é constituído por agentes diretos ao Poder Executivo, tendo por função zelar pela exata observância

da Constituição Federal, das leis e demais atos emanados dos poderes públicos, na esfera de suas atribuições.

Parágrafo único. Para o exercício de suas funções, o Ministério Público do Trabalho reger-se-á pelo que estatui esta Consolidação e, na falta de disposição expressa, pelas normas que regem o Ministério Público Federal.

(CLT) Art. 737. O Ministério Público do Trabalho compõe-se de Procuradoria da Justiça do Trabalho e da Procuradoria da Previdência Social, aquela funcionando como órgão de coordenação entre a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho, ambos diretamente subordinados ao Ministro de Estado.

(LC n. 75) Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título 1, especialmente:

II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores.

13. A matéria dos referidos artigos, concernente essencialmente à legitimidade do Ministério Público Estadual para propor a presente ação civil pública, foi à exaustão enfocada pelo acórdão recorrido:

No tocante à legitimidade ativa do Ministério Público Estadual de promover a ação em referência, tal positividade encontra respaldo na Lei Complementar n. 734 de 26.11.1993, em seu artigo 295, II, assegurando expressamente que cabe ao Promotor de Justiça de Acidentes de Trabalho exercer as funções judiciais e extrajudiciais do Ministério nas relações jurídicas de natureza acidentária, inclusive para a defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho.

(...)

Ao Ministério Público incumbe a defesa de ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal). Os direitos sociais estão elencados no capítulo II, da Carta Magna, mais precisamente no art. 7º, XXII, que é a 'redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.'

Destarte, a vida que se visa preservar na presente ação é um direito indisponível, portanto, com o fim de comprovar que as apeladas estão sendo desidiosas no resguardo da integridade física dos seus empregados, legitima o Ministério Público a ajuizar ação civil pública na defesa daqueles direitos.

Defendemos a tese de que legitimidade tem o Ministério Público local para instaurar dito inquérito e a partir dele ajuizar aquela com o fito de se

> acautelar o acidente de trabalho, sendo competente a Justiça comum do Estado para processar, julgar e executar ações do gênero, e em grau de recurso sendo competente esta colenda Corte de Justiça. (fls. 410, 411 e 413).

14. Como tratada a matéria dos artigos legais, tidos como infringidos, satisfeito o requisito do prequestionamento. Entendimento do próprio STJ no Recurso Especial n. 130.031-SP (97/030097-8), cujo acórdão da relatoria do eminente Ministro ***Adhemar Maciel*** *recebeu a ementa que se transcreve:*

> Processual Civil. Recurso especial no qual se alega violação aos arts. 458 e 535 do CPC, por ter o tribunal de apelação mencionado expressamente o dispositivo legal a ser suscitado no recurso especial. Nulidade do acórdão: não-ocorrência, já que a questão federal foi apreciada e solucionada. Recurso não conhecido.
>
> I - Não há que se falar em ofensa ao arts. 458 e 535 do CPC, se o tribunal de segundo grau apreciou e solucionou a questão federal posta na apelação, *embora não tenha feito menção expressa ao respectivo dispositivo legal, o que é desnecessário para o cumprimento do requisito de admissibilidade do prequestionamento.*
>
> II - *O tribunal de apelação não está obrigado a fazer menção expressa aos dispositivos legais invocados pelo apelante, basta que aprecie e solucione as questões federais insertas nos artigos citados pelo recorrente, com o que estará satisfeito o requisito do prequestionamento.*
>
> III - Recurso especial não conhecido. (grifei)

15. No que concerne ao dissídio jurisprudencial, o mesmo restou comprovado pela cópia do acórdão no Diário da Justiça, Seção I (fls. 447). Não procede o entendimento do Tasp no sentido de que não há similitude entre o acórdão paradigma e o julgado recorrido. Dispõe expressamente o julgado trazido à colação:

> Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas à higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.
>
> (...)
>
> O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.
>
> Essas unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários Ministérios Públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.
>
> Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito

civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e a segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública.

16. Passado o exame de admissibilidade do recurso especial, passo a opinar.

III - Da competência da Justiça do Trabalho e da legitimidade do Ministério Público

17. Primeiramente não há que falar em violação aos artigos 156, 736 e 737 da CLT. Não é possível, frente à nossa ordem constitucional, sustentar qualquer subordinação, de qualquer membro do Ministério Público, em relação a órgão do Poder Executivo ou de qualquer outro da República. Suficientemente claro o dispositivo constitucional ao dispor que ao Ministério Público 'é assegurada autonomia funcional e administrativa' (artigo 127, § 2º) e que são princípios institucionais do parquet *a indivisibilidade, a unidade e a independência funcional (art. 127, § 1º). Como não poderia ser diferente, o entendimento doutrinário é no mesmo sentido:*

> O Ministério Público é a instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como quer a Constituição. A independência que a Carta Magna lhe concedeu leva a considerar superada a expressão que qualificou seus membros como 'agentes diretos' do Poder Executivo (CLT, art. 736); o mesmo acontece com a subordinação ao Ministro de Estado (CLT, art. 737), posto que a Constituição lhe concede autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º), além da unidade e indivisibilidade. Instituição una e indivisível evidencia que seus membros fazem parte de uma só corporação e que podem ser substituídos um por outro em suas funções, sem alteração subjetiva nos processos. (Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 22ª edição, Ed. Saraiva, p. 544, 1997).

18. Por demais claro o posicionamento do STF também no mesmo sentido:

> É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. A independência institucional constitui uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do *parquet*, na medida em que lhe assegura o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das atribuições a ele conferidas.
>
> O Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delineia-se como fator de certeza quanto a efetiva submissão dos Poderes à lei e à ordem. (Adimc n. 789, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, votação unânime, DJ 26.02.1993, p. 02.356).

19. Sem consistência e anacrônico, portanto, o entendimento de que há qualquer subordinação ou dependência do MP em relação ao Poder Executivo.

20. Assiste razão à reclamante no que concerne à alegação de violação aos artigos 267, VI, 295, II do CPC e 84 da LC n. 75/1993. Como já referido, a questão posta à apreciação desta colenda Corte é a que se refere à legitimidade do Ministério Público Estadual para proposição de ação civil acidentária visando obter cumprimento de normas relativas à higiene e segurança do trabalho, bem como preservação do meio ambiente do laboral.

21. Primeiramente cumpre o estudo da natureza do direito em questão. Quando da apelação, o MP-SP argumento que 'o primeiro reflexo dos danos ao ambiente laboral é o risco potencial ou concreto de ofensa ao trabalho, principal elemento produtor das condições de existência da humanidade, uma vez que é através dele que a humanidade interfere e se relaciona com a natureza e com as condições biofisiológicas, sendo reconhecido pela República Federativa do Brasil como primado base de sua ordem social (artigo 193 da Constituição). *Continua lembrando que* 'o segundo reflexo surge no custo social direto dos acidentes de trabalho. Não custa lembrar que o seguro de acidentes do trabalho, por estar integrado à previdência social, é *custeado e mantido por toda a sociedade*, como expressam os artigos 197, 195 e 201 da Constituição Federal, e o artigo 10 da Lei n. 8.212/1991.' *Conclui quanto a este ponto da exposição que* 'a brutal e cotidiana ocorrência desses fatos, traduzida em números oficiais alarmantes de mortes por acidente do trabalho, afeta diretamente a vida de cada brasileiro, pois de um lado lhe subtrai sorrateiramente a *força de trabalho*, sua principal condição de existência, e de outro lhe obriga a pagar mais e mais impostos e contribuições sociais, para custear a previdência social, cujos recursos, mesmo assim, não conseguem suprir adequadamente a demanda para um amparo digno de seus segurados. Portanto, conclui-se que a saúde do trabalhador é questão de saúde pública e a proteção do meio ambiente do trabalho torna-se imperativa, para a defesa da própria sociedade.' *(fls. 362-363).*

22. Doutrinariamente, estudiosos do Direito do Trabalho concordam com o ponto-de-vista defendido pelo parquet*:*

> Havendo o infortúnio, o reflexo do acidente interessa não apenas ao lesionado mas, como se percebe, a toda coletividade. *(José Dias Campos e Adelina Bitelli Dias Campos, in* Acidentes do Trabalho - Prevenção e Reparação, Editora LTr*).*
>
> A segurança e higiene do trabalho são fatores vitais na prevenção de acidentes e da defesa da saúde do empregado, evitando o sofrimento humano e o desperdício econômico lesivo às empresas e *ao próprio país*. (grifo nosso). *(Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 22ª ed. Ed. Saraiva, p. 158, 1997).*

23. Proferindo voto nos autos dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 68.613-SP, o eminente Sálvio de Figueiredo Teixeira assim se manifestou:

o Código de Processo Civil, no seu artigo 82, III, dispõe que o Ministério Público deve funcionar nos feitos em que há interesse público, evidenciado pela natureza da controvérsia ou pela qualidade da parte.

Assim disciplinando a lei, tenho que a essência da ação acidentária recomenda a conveniência de enquadrá-la como demanda de interesse público, sobretudo pelo preponderante interesse social que desperta, em razão de produzir resultados perante uma grande massa da população brasileira, quase sempre hipossuficiente economicamente.

24. No que diz respeito ao Direito Positivo, claro está que a questão da proteção ao meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador insere-se entre os chamados interesses difusos. Dispõe a Constituição Federal:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

25. A Lei n. 8.080/1990 assevera:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

c) de saúde do trabalhador;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e ***proteção*** *da saúde dos trabalhadores, assim*

como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da ***normatização, fiscalização*** *e* ***controle*** *das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador.*

26. À vista do que acima foi exposto, evidente o interesse da sociedade como um todo na prevenção e proteção à saúde do trabalhador e ao meio ambiente laboral.

27. Caracterizado o interesse como difuso, coletivo, evidente a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses em questão. Tendo o MP, por atribuição constitucional, legitimidade para agir na defesa de quaisquer interesses difusos, tem o dever funcional de atuar na tutela jurisdicional do meio ambiente do trabalho.

28. A questão essencial reside na competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a controvérsia trazida aos autos, tendo reflexos quanto ao Ministério Público que ali atuaria, se o MPT ou o MP-SP.

29. Primeiramente, importante objetivar a natureza da ação em questão. Não se trata de ação acidentária dirigida contra o Instituto de Previdência Social, vislumbrando um acidente específico e nem tampouco se pleiteou este ou aquele benefício previdenciário. Neste caso, não há discussão quanto à competência da Justiça Estadual e remansosa é a jurisprudência neste sentido. No caso dos autos buscou-se o resguardo de interesses plurindividuais, providências objetivando-se o respeito à legislação pertinente a meio ambiente de trabalho. Neste caso específico a jurisprudência do STJ e STF, tem se manifestado no sentido de ser da competência da Justiça do Trabalho, e não da Justiça estadual:

Competência. Ação civil pública. Condições de trabalho.

Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.

Voto

(...)

Fosse esta ação de acidente do trabalho, como definida na lei própria, estaria dirigida não contra os empregadores, mas contra o Instituto de Previdência Social.

(...)

Ao contrário, ante a interesses plurindividuais, buscaram-se providências objetivando o respeito à legislação do trabalho. Ora, a competência, na espécie, é definida no artigo 114 da Constituição Federal, valendo notar

estar em jogo o meio ambiente do trabalho, direitos coletivos indisponíveis e, portanto, direito substancial dos próprios empregados, tudo a pressupor relação jurídica empregatícia, ou seja, liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Aliás, a Lei Orgânica do Ministério Público reserva ao Ministério Público do Trabalho a legitimação para a propositura da ação civil pública, sendo que a atuação do Órgão não pode ocorrer na Justiça Comum.

Atente-se para o artigo 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993:

> Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:
>
> (...)
>
> III - Promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;
>
> (...)

O preceito decorre da circunstância não só de ter-se matéria situada no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, como também da circunstância de a previsão constitucional alusiva às funções institucionais do Ministério Público não distinguirem a esfera de atuação, se federal, estadual e federal específico, que é o do trabalho. (RE n. 206.220-1-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.1999)

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Publico Estadual.

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública. (ROMS n. 5.563-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.10.1995, p. 34.609).

30. Quanto ao dissídio é ele procedente, conforme se pode concluir pela simples leitura dos trechos abaixo transcrito:

> Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual.
>
> O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.
>
> Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.
>
> Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública.
>
> (...)
>
> IV - Quanto à matéria de fundo, incensurável o acórdão ao demonstrar que o objeto da tutela situava-se na área de atuação do Ministério Público do Trabalho, uma vez que competente era a Justiça do Trabalho para dirimir a questão, por envolver normas relacionadas ao ambiente de trabalho. Ressaltou o aresto não se tratar de mera questão acidentária, quando, então, por se competente a Justiça Estadual para apreciá-la, seria lícita a intervenção do Ministério Público Estadual. (cópia do acórdão às fls. 447).

30. Por estas razões, opina pelo provimento do recurso especial.

Adoto, por inteiro, a judiciosa argumentação da ilustre representante do *parquet* federal.

De efeito, o Ministério Público está disciplinado separadamente no art. 128 da Carta da República, pelo que as suas funções (art. 129), há de se entender, como comuns a todos quanto à sua extensão, porém o seu exercício é individual, no que tange a cada área de atuação. Aliás, não fosse assim, nem haveria sentido no elenco constante do itens I, letras **a** a **d**, e II, do referenciado dispositivo.

Nesse compasso, a CLT atribuiu ao Ministério Público do Trabalho, em seus arts. 736 e 737, a esfera de atuação para o exercício das funções descritas no art. 129 da Constituição, assim como também o art. 84 da Lei Complementar n. 75.

Daí que a propositura da presente ação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo se faz indevida, é ele parte ilegítima *ad causam*, de sorte que restaram violados o art. 267, VI, do CPC, c.c. as normas legais acima mencionadas.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais despendidas pela parte-ré, e a honorários advocatícios, que fixo em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de recurso especial interposto por Mendes Júnior Engenharia S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público daquele Estado para a propositura de ação civil pública em matéria relacionada à segurança do trabalho e prevenção de acidentes.

O acórdão recorrido contém a seguinte ementa:

> Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento. (fl. 407)

Os embargos de declaração não foram acolhidos (fls. 427-433).

Sustenta o recorrente que o Tribunal local violou os arts. 267, VI, e 295, II, do CPC; 19, da Lei n. 7.347/1985; 156, 736 e 737, da CLT; e 84, II, da Lei Complementar n. 75/1993, na medida em que o Ministério Público Estadual não detém a necessária legitimidade ativa *ad causam*, em virtude de a matéria em debate estar inserida na esfera de atuação do Ministério Público do Trabalho.

O parecer do Ministério Público Federal concluiu pelo provimento do recurso especial (fls. 494-505).

No julgamento ocorrido em 19 de junho de 2008, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior votou conhecendo em parte do recurso e dando-lhe provimento para "extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil", acompanhado pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

2. Mister anotar, inicialmente, a existência de certa confusão instalada nos autos, em relação ao motivo ensejador do decreto de extinção do feito. De fato, embora a fundamentação da sentença seja no sentido de que carece o Ministério Público Estadual de legitimidade para a propositura da ação civil pública ora

em análise, acaba por concluir que é o próprio juízo (2ª Vara de Acidentes do Trabalho da Capital de São Paulo) que não reúne competência para a matéria.

Com efeito, parece claro que *legitimidade à causa* e *competência* são institutos processuais com naturezas bem distintas. A legitimação à causa é condição da ação e pressupõe a "pertinência subjetiva". A competência, como se sabe, é requisito de validade da relação processual, pressuposto subjetivo referente ao juiz.

No caso em apreço, convém sublinhar, a matéria trazida com o recurso diz respeito à legitimação do Ministério Público Estadual para propositura da demanda que objetiva compelir à ré, Construtura Mendes Júnior, a eliminar os danos apontados na inicial, no tocante ao seu ambiente de trabalho, no canteiro de obras de construção civil situado à Avenida Água Espraiada, na cidade de São Paulo (fl. 351).

Neste ponto, os dispositivos apontados como violados pelo recorrente não estão adequados, pois o que está em jogo é o direito de ação e legitimação do Ministério Público Estadual para a causa.

Não se analisa, portanto, no recurso especial, a competência do juízo, mas sim a titularidade extraordinária para a propositura da ação civil pública.

Sobre o tema da legitimação à causa, em especial à de forma extraordinária, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

> Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e a causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.
>
> [...]
>
> Substituto processual é a *pessoa que recebe da lei legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal*, não figurando na relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo *em nome próprio*, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo, mas o substituto processual o é (supra, n. 439-440). A locução *substituição processual*, muito usual em doutrina, não indica a *sucessão de partes* nem traz em si qualquer idéia de um movimento consistente em *pessoa que sai e pessoa que entra* na relação processual (supra, n. 531): substituto processual é o *legitimado extraordinário*.

> Diz-se *extraordinária* essa legitimidade, em oposição à legitimidade *ordinária*, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações. Compete ao legislador e não ao juiz a determinação dos casos em que se concede essa legitimidade (CPC, art. 6º) e ele o faz sempre em virtude de *alguma espécie de relação* entre o sujeito e o conflito. Sempre, o substituto processual é o destinatário de algum benefício indireto associado à iniciativa que tomar - porque, sem esse benefício e portanto sem poder esperar qualquer *utilidade* do provimento que pede, não haveria porque instituir sua legitimidade *ad causam*. É expressivo, a esse propósito, o emprego do vocábulo *interessado* pelo Código Civil e pelo de processo civil, com a intenção de outorgar legitimidade a certos sujeitos que não são titulares da própria relação jurídica controvertida (CC, arts. 168, 177 *etc.*; CPC, arts. 487, inc. II, 988, inc. IX *etc.*). (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, II, 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 306 e 310-311)

3. Inegável, *data venia*, a legitimação do Ministério Público Estadual para a ação civil em exame.

Aponta na petição inicial uma série de irregularidades atinentes ao ambiente de trabalho no canteiro das obras:

> I.4.a *Situações de grave e iminente risco:*
>
> NR n. 18.23.3 O cinto de segurança tipo pára-quedista deve ser utilizado em atividades a mais de 2,00 m (dois metros) de altura do piso, nas quais haja risco de queda do trabalhador.
>
> I.4.b *Situações Irregulares:*
>
> NR n. 18.4.2.4 A instalação sanitária deve ser constituída de lavatório, vaso sanitário e mictório, na proporção de 1 (um) conjunto para cada grupo de 20 (vinte) trabalhadores ou fração, bem como de chuveiro, na proporção de 1 (uma) unidade para cada grupo de 10 (dez) trabalhadores ou fração.
>
> NR n. 6.3 Atendidas as peculiaridades de cada atividade profissional, e respeitando-se o disposto no item 6.2, o empregador deve fornecer aos trabalhadores os seguintes EPI:
>
> IV - Proteção contra quedas com diferenças de nível:
>
> a) Cinto de segurança para trabalho em altura superior a 2 (dois) metros em que haja risco de queda;
>
> b) Cadeira suspensa para trabalho em alturas em que haja necessidade de deslocamento vertical, quando a natureza do trabalho assim o indicar;
>
> c) Trava-queda de segurança acoplado ao cinto de segurança ligado a um cabo de segurança independente, para os trabalhos realizados com movimentação vertical em andaimes suspensos de qualquer tipo.

NR n. 6.3 Atendidas as peculiaridades de cada atividade profissional, e respeitando-se o disposto no item 6.2, o empregador deve fornecer aos trabalhadores os seguintes EPI:

VI - Proteção respiratória, para exposições a agentes ambientais em concentração prejudiciais à saúde do trabalhador, de acordo com os limites estabelecidos na NR-15:

a) respiradores contra poeira, para trabalhos que impliquem em produção de poeiras.

NR n. 1.7 Cabe ao empregador:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e medicina do trabalho, dando ciência aos empregados, com os seguintes objetivos:

I - prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho;

II - divulgar obrigações e proibições que os empregados devam conhecer e cumprir;

III - dar conhecimento aos empregados de que serão passíveis de punição, pelo descumprimento das ordens de serviço expedidas;

IV - determinar os procedimentos que deverão ser adotados em caso de acidente do trabalho e doenças profissionais ou do trabalho;

V - adotar medidas determinadas pelo Mtb;

VI - adotar medidas para eliminar ou neutralizar insalubridade e as condições inseguras de trabalho;

c) informar aos trabalhadores:

I - os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

II - os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;

III - os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

IV - os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho. (fls. 4-6)

4. Destarte, parece claro que a natureza jurídica do direito a ser tutelado, no caso, é difuso, objetivando precipuamente a prevenção de acidentes de trabalho e, por via reflexa, um ambiente de trabalho hígido, direito social do trabalhador (art. 7º, XXII e XXVIII, CF).

5. O art. 127, da Constituição Federal dispõe que 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".

Logo, legitimou-o a defender em juízo, e em nome próprio, direitos indisponíveis do trabalhador, por meio da ação civil pública.

Nesse sentido, preleciona Hugo Nigro Mazzilli:

> Considerando não a natureza privada ou pública do interesse protegido pela norma jurídica, mas sim a titularidade do poder de invocar a tutela judicial do interesse (ou seja, saber a quem cabe o poder de dispor da proteção jurisdicional atribuída ao interesse), Piero Calamandrei anotou: 'como entre os poderes de disposição está compreendido também o poder de invocar a garantia jurisdicional, a distinção entre direito privado e direito público no campo substancial se projeta no processo através da legitimação para agir: e se tem, em conseqüência, *ação privada* quando o poder de provocar o exercício da jurisdição está reservado de um modo exclusivo ao titular do interesse individual que a norma jurídica protege, a *ação pública* quando tal poder é confiado pelo Estado a um órgão público especial, que age, independentemente de qualquer estímulo privado, por dever de ofício.'
>
> A rigor, sob o aspecto doutrinário, *ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público.*
>
> Sem melhor técnica, portanto, a Lei n. 7.347/1985 usou a expressão *ação civil pública* para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, afora o Ministério Público e outros órgãos públicos. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação *ação coletiva*, da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são co-legitimados.
>
> [...]
>
> *Para o Ministério Público, há antes dever de agir que direito. Por isso é que se afirma a obrigatoriedade e a conseqüente indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.*
>
> *Essa obrigatoriedade deve ser bem compreendida. Não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, recuse-se a fazê-lo: neste sentido, sua ação é dever. Com efeito, bem apontou Calamandrei que, se o Ministério Público adverte ter sido violada a lei, não se admite que, por razões de conveniência, se abstenha de acionar ou de intervir para fazer que se restabeleça a ordem legal.* (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67-68 e 80-81, sem grifo no original)

6. A Lei Orgânica do Ministério Público Estadual (Lei Complementar Estadual n. 734/1993) legitimou a sua atuação em defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho, especialmente no que toca a prevenção de acidentes, conforme se verifica em seu art. 295, II:

> Art. 295. Aos cargos especializados de Promotor de Justiça, respeitadas as disposições especiais desta lei complementar, são atribuídas as funções judiciais e extrajudiciais de Ministério Público, nas seguintes áreas de atuação:
>
> [...]
>
> II – Promotor de Justiça de Acidentes do Trabalho: relações jurídicas de natureza acidentária, inclusive para defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho;

E a Lei Orgânica do Ministério Público da União atribuiu ao Ministério Público do Trabalho, em seus arts. 83, III, e 84, II, a função de instaurar, tanto o inquérito civil quanto a de promover a ação civil pública, quando desrespeitados direitos sociais garantidos aos trabalhadores:

> Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:
>
> [...]
>
> III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;
>
> [...]
>
> Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:
>
> [...]
>
> II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores;

Enfim, verifica-se, em princípio, a concorrência de atribuições dos Ministério Públicos Estadual e do Trabalho para instaurar inquérito civil e promover ação civil pública, objetivando assegurar a observância de um bem jurídico indisponível, qual seja, a integridade física do trabalhador.

É sempre bom ressaltar que a atuação do Ministério Público em defesa de direitos de natureza indisponível, ainda mais quando relacionados com o meio

ambiente do trabalho, seja pelo seu órgão estadual seja pelo da União, é conduta que favorece e fortalece a sociedade, ao encontro das disposições constitucionais que asseguram o "estado de direito".

O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, quando do julgamento do REsp n. 314.944-SP, cujo acórdão restou publicado no DJ de 29.10.2001, analisou o tema em seu voto condutor:

> Uma vez que existe a relação acidentária, e sendo ela de competência da Justiça Estadual, nenhuma razão de ordem legal pode justificar a exclusão de sua atividade processual apenas porque a ação é coletiva, e não individual. [...]
>
> Não há nenhuma vantagem social em impedir ou restringir a fiscalização que se faz sobre as condições do trabalho. A manutenção da decisão desautorizará trabalho efetivo e eficaz, reconhecido pelo órgãos do Ministério do Trabalho. É evidente que existe aí uma área cinzenta, em que se entrelaçam aspectos eminentemente trabalhistas com acidentários (nem poderia ser diferente, porque o acidente ocorre em ambiente de trabalho), mas essa circunstância não pode levar a que se impeça o exercício de diversa atividade dos órgãos do Ministério Público, cada um atuando perante a Justiça respectiva, acentuando o ponto de sua competência específica, mas isso para ampliar a intervenção fiscalizadora, não para restringi-la.
>
> Assim, reconhecendo a competência da Justiça Estadual para as causas acidentárias, entre elas a ação civil pública destinada a evitar acidentes, tenho por legítima a sua propositura pelo Ministério Público Estadual, que aí atua na defesa de interesse coletivo, eis que presentes interesses individuais homogêneos relevantes.

Nesse sentido, vale referir os precedentes desta Corte, de modo a se evitar julgamentos conflitantes:

> Processual Civil. Ação Civil Pública visando afastar danos físicos a empregados da demandada. Cabimento. Legitimidade do Ministério Público Estadual para ajuizá-la.
>
> I – É cabível ação civil pública com o objetivo de afastar danos físicos a empregados de empresa em que muitos deles já ostentam lesões decorrentes de esforços repetitivos (LER). Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os trabalhadores da ré, presentes e futuros, evitando-se a continuidade do processo da sua degeneração física.
>
> II – O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o meio ambiente do trabalho.

> III – Ofensa não configurada aos textos legais colacionados. Dissídio pretoriano superado.
>
> IV – Recurso especial não conhecido. (REsp n. 207.336-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 11.06.2001)

> Ação civil pública. Acidente no trabalho. Legitimidade do Ministério Público estadual. Meio ambiente. O Ministério Público estadual tem legitimidade para promover ação civil pública destinada a evitar acidentes no trabalho. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 314.944-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 29.10.2001)

7. Não bastasse a possibilidade de atuação de mais de um órgão do Ministério Público com atribuições conglobantes em torno de matéria comum, há que se ter sob mira, ainda, considerando a primazia da defesa do interesse público na proteção e no cumprimento dos direitos do trabalhador, a expectativa de atuação *conjunta* dos órgãos do Ministério Público, com a instauração de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos Estadual e do Trabalho, tendo em vista a convergência de interesses dos respectivos órgãos para o alcance do objetivo comum, ou seja, *a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis*, conforme estabelecido no artigo 127 da Constituição Federal, ao invés do afastamento de um deles - no caso, do Ministério Público Estadual - sob o fundamento da legitimidade ativa *ad causam*.

Releva notar, uma vez mais, que o tema em discussão no recuso especial é quanto à legitimidade para propositura da demanda, não acerca de competência.

Hugo Nigro Mazzilli é enfático ao defender a idéia:

> A idéia do litisconsórcio entre Ministérios Públicos surgiu de forma mais específica para melhor zelo na defesa do meio ambiente, pois a degradação ecológica está atingindo condição alarmante, a justificar um especial empenho do legislador e do intérprete para armar a sociedade de forma adequada à efetiva preservação ambiental.
>
> A atuação conjunta do Ministério Público dos Estados e o Ministério Público Federal já encontra paralelo na atual intervenção a eles cometida, senão simultânea ao menos sucessiva, em diversas hipóteses que jamais causaram maior controvérsia. Podemos lembrar os feitos em que nas instâncias ordinárias oficiou o Ministério Público local e na instância recursal passa a oficiar o Ministério Público federal. Serve mesmo de paralelo a intervenção sucessiva, quando não até mesmo simultânea, de ambas as instituições, não só em causas acidentárias ou nas demais mencionadas pelos §§ 3º e 4º do art. 109 da Constituição, como também em qualquer ação cível ou criminal, que, na fase recursal, seja rotineiramente encaminhada a um dos tribunais federais.

E mais. A Lei Orgânica do Ministério Público da União, no sentido de nosso posicionamento, asseverou que 'o Ministério Público Federal será parte legítima para interpor recurso extraordinário das decisões da justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade'. Assim, hoje nada impede a interposição simultânea de um recurso pelo Ministério Público Federal e pelo do Estado (até mesmo subscrevendo-se a mesma peça processual, feita em colaboração).

Mais um último texto legislativo vigente admite expressamente o litisconsórcio de Ministérios Públicos: é o § 1º do art. 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

A força da idéia da concorrência de atribuições entre Ministérios Públicos diversos está em permitir um sistema de freios e contrapesos, com mais eficaz colaboração entre cada uma das instituições do Ministério Público, até hoje praticamente estanques. A admissão do litisconsórcio tem sido um benefício que só tem revertido para a coletividade, até porque tal concorrência é tanto mais proveitosa quando se destina a provocar a ***ação*** *e não a* ***omissão*** *do Ministério Público. Afigure-se o exemplo de dano ambiental entre Estados ribeirinhos, ou a consumidores de toda uma região do País: o inquérito civil pode ser conduzido em colaboração pelos Ministérios Públicos respectivos, e a ação pode ser proposta com seu concurso perante o juízo competente, na forma da legislação processual; afigure-se o exemplo da necessidade da defesa de interesses difusos num Território, para cujo zelo seja proveitosa para a coletividade a colaboração simultânea do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Ministério Público Federal, pois que, posto integrem ambos o Ministério Público da União, existe autonomia e independência entre eles.*

A título de registro, anote-se que no episódio da ação civil pública relacionada com o leite importado da Europa, contaminado pelo acidente radioativo de Chernobyl, a sugestão do litisconsórcio foi seguida, tendo a ação pioneira sido proposta conjuntamente pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal, com julgamento de procedência em ambas as instâncias e sem qualquer óbice apresentado ao litisconsórcio ministerial. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. 629 p. Cap. 17: Litisconsórcio e assistência, p. 235-258, sem grifo no original)

Desse modo, ousando divergir dos votos anteriores, é de se reconhecer, na espécie, a legitimidade ativa à causa do Ministério Público Estadual.

Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Nos autos do recurso especial interposto pela Mendes Júnior Engenharia S/A discute-se a legitimidade do

Ministério Público do Estado de São Paulo para propor ação civil pública que tem por objeto o cumprimento de normas atinentes à segurança e medicina do trabalho.

O Ministro Relator conheceu do recurso e deu-lhe provimento, valendo-se do parecer do Ministério Público Federal, cujo entendimento foi de que a legitimidade é do Ministério Público do Trabalho. Já o Ministro Luis Felipe Salomão, em percuciente voto, iniciou divergência no sentido de não conhecer do recurso especial, concluindo que a legitimidade cabe a ambos os órgãos ministeriais.

Ab initio, concordo com os votos precedentes quanto à questão de que a proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos, pelo que legitimado é o Ministério Público à propositura de ações coletivas visando a defesa de tais direitos. Portanto, não me alongo nessa questão, já muito bem abordada. Resta deslindar a quem compete o ajuizamento da demanda, se ao Ministério Público Estadual ou ao Ministério Público do Trabalho.

A exemplo do i. Ministro Luis Felipe Salomão, anoto que houve certa confusão nas decisões objurgadas acerca de competência e legitimidade. Mas isso decorreu do entendimento de que competia – quando a ação foi proposta - à justiça comum o julgamento de ações que tinham por base a ocorrência de acidente de trabalho; e, se à Justiça comum cabia o julgamento de ações indenizatórias de acidente laborais, certo que também era a competente para julgar feitos preventivos, tal como a ação coletiva em questão.

Desse raciocínio derivou o entendimento de que a legitimidade para propositura das ações coletivas era do Ministério Público estadual, porquanto não tinha sentido em pretender que o Ministério Público do Trabalho se deslocasse até a comarca da Justiça comum competente para conhecimento do feito a fim de exercer tal legitimação.

Em face desse entendimento e com base na legislação que regulamenta a matéria, decido por acompanhar o Ministro Luis Felipe Salomão, mas em menor extensão, pois observo que a legitimidade é conferida apenas ao Ministério Público estadual.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no título IX, que trata das atribuições do Ministério Público do Trabalho, é omissa quanto às funções institucionais desse órgão. Todavia, a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispôs sobre a organização e as atribuições do Ministério Público da União, sanou a omissão, estabelecendo o seguinte:

Capítulo II

Do Ministério Público do Trabalho

Seção I

Da Competência, dos Órgãos e da Carreira

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção;

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;

(...)

Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:

(...)

II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores;

Ora, se a Lei Complementar confere ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública *no âmbito da Justiça do Trabalho*, para promover a defesa de interesses coletivos que afetam diretamente os trabalhadores, por certo que atrelou a legitimidade *ad causam* de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o *parquet* especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho.

A presente ação data de 1997, quando remansoso era o entendimento de que competia à Justiça comum o conhecimento e julgamento de ações que envolviam acidente de trabalho. Por conseguinte, também era essa a Justiça competente para conhecer do feito coletivo envolvendo tal questão, mesmo que preventivamente. Assim, caberia ao Ministério Público estadual a promoção da respectiva ação.

Entre os precedentes desta Corte, além dos citados nos votos que me antecederam, há ainda o seguinte:

> Competência. Ação civil pública. Cumprimento de normas de higiene e segurança do trabalho. Legitimidade do Ministério Público Estadual.
>
> – É da Justiça Estadual a competência para processar e julgar ação civil pública destinada a prevenir acidentes do trabalho.
>
> Legitimidade do Ministério Público Estadual para a propositura da ação. Precedentes do STJ.
>
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 493.876-SP, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 12.08.2003).

Portanto, entendo que a legitimidade para propositura da ação é do Ministério Público estadual.

Não tendo havido ofensa a nenhum dispositivo de lei invocado pelo recorrente, não conheço do recurso especial com a venia do i. Relator.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por *Mendes Junior Engenharia S/A* de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que recebeu a seguinte ementa:

> Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há que se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento.

Cuida o feito originário de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual de São Paulo com o fito de interdição de obra, na qual objetiva o cumprimento das normas de segurança no ambiente de trabalho.

Cinge-se a discussão à competência para o ajuizamento de ação civil pública por descumprimento de normas atinentes à segurança do trabalho.

O relator, o eminente Ministro Aldir Passarinho Júnior entendeu ser competência do Ministério Público do Trabalho. Conheceu em parte do recurso especial e deu provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

O eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, por outro lado, manifestou entendimento de serem ambos, tanto o Ministério Público Estadual quanto o Ministério Público do Trabalho, competentes para a proposição da aludida ação.

Já o não menos eminente Ministro João Otávio de Noronha, com supedâneo na unicidade do Ministério Público e em precedentes desta Corte Superior, entende que a competência ainda está afeta à Justiça Estadual. Admite, contudo, Sua Excelência, que seja declinada a competência para a Justiça do Trabalho, para que lá o Ministério Público do Trabalho decida sobre o prosseguimento, ou não, da ação naquela especializada.

Pedi vista dos autos, para melhor apreciar a *quaestio*, à luz da divergência estabelecida.

Ab initio, verifica-se tratar de recurso especial interposto de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 20.10.1998.

O eminente Ministro Aldir assim fundamentou seu voto, no particular:

> [...] 28. A questão essencial reside na competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a controvérsia trazida aos autos, tendo reflexos quanto ao Ministério Público que ali atuaria, se o MPT ou o MP-SP.
>
> 29. Primeiramente, importante objetivar a natureza da ação em questão. Não se trata de ação acidentária dirigida contra o Instituto de Previdência Social, vislumbrando um acidente específico e nem tampouco se pleiteou este ou aquele benefício previdenciário. Neste caso, não há discussão quanto à competência da Justiça Estadual e remansosa é a jurisprudência neste sentido. No caso dos autos buscou-se o resguardo de interesses plurindividuais, providências objetivando-se o respeito à legislação pertinente a meio ambiente de trabalho. Neste caso específico a jurisprudência do STJ e STF, tem se manifestado no sentido de ser da competência da Justiça do Trabalho, e não da Justiça estadual:
>
> > Competência. Ação civil pública. Condições de trabalho.
> >
> > Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.
> >
> > *Voto (...)*
> >
> > Fosse esta ação de acidente do trabalho, como definida na lei própria, estaria dirigida não contra os empregadores, mas contra o Instituto de Previdência Social. (...)

Ao contrário, ante a interesses plurindividuais, buscaram-se providências objetivando o respeito à legislação do trabalho. Ora, a competência, na espécie, é definida no artigo 114 da Constituição Federal, valendo notar estar em jogo o meio ambiente do trabalho, direitos coletivos indisponíveis e, portanto, direito substancial dos próprios empregados, tudo a pressupor relação jurídica empregatícia, ou seja, liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Aliás, a Lei Orgânica do Ministério Público reserva ao Ministério Público do Trabalho a legitimação para a propositura da ação civil pública, sendo que a atuação do Órgão não pode ocorrer na Justiça Comum.

Atente-se para o artigo 83, inciso III, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993:

> Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...)
>
> III - Promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa dos interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos; (...)

O preceito decorre da circunstância não só de ter-se matéria situada no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, como também da circunstância de a previsão constitucional alusiva às funções institucionais do Ministério Público não distinguirem a esfera de atuação, se federal, estadual e federal específico, que é o do trabalho. (RE n. 206.220-1-MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.1999)

Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Publico Estadual.

O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.

Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.

Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública. (ROMS n. 5.563-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 16.10.1995, p. 34.609).

30. Quanto ao dissídio é ele procedente, conforme se pode concluir pela simples leitura dos trechos abaixo transcrito:

> Constitucional e Processual Civil. Alegado descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Publico Estadual.
>
> O Ministério Público é uno e indivisível mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia.
>
> Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários ministérios públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou.
>
> Assim, o Ministério Público estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, ação civil pública. (...)
>
> IV - Quanto à matéria de fundo, incensurável o acórdão ao demonstrar que o objeto da tutela situava-se na área de atuação do Ministério Público do Trabalho, uma vez que competente era a Justiça do Trabalho para dirimir a questão, por envolver normas relacionadas ao ambiente de trabalho. Ressaltou o aresto não se tratar de mera questão acidentária, quando, então, por se competente a Justiça Estadual para apreciá-la, seria lícita a intervenção do Ministério Público Estadual. (cópia do acórdão às fls. 447).

30. Por estas razões, opina pelo provimento do recurso especial.

Adoto, por inteiro, a judiciosa argumentação da ilustre representante do *parquet* federal.

De efeito, o Ministério Público está disciplinado separadamente no art. 128 da Carta da República, pelo que as suas funções (art. 129), há de se entender, como comuns a todos quanto à sua extensão, porém o seu exercício é individual, no que tange a cada área de atuação. Aliás, não fosse assim, nem haveria sentido no elenco constante do iten I, letras **a** a **d**, e II, do referenciado *dispositivo*.

Nesse compasso, a CLT atribuiu ao Ministério Público do Trabalho, em seus arts. 736 e 737, a esfera de atuação para o exercício das funções descritas no art. 129 da Constituição, assim como também o art. 84 da Lei Complementar n. 75.

Daí que a propositura da presente ação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo se faz indevida, é ele parte ilegítima *ad causam*, de sorte que restaram violados o art. 267, VI, do CPC, c.c. as normas legais acima mencionadas.

> Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais despendidas pela parte-ré, e a honorários advocatícios, que fixo em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

De plano, dúvida não há que se trata de feito de competência da Justiça Laboral, conforme ficou assentado no Recurso Extraordinário n. 260.220-MG, da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio, que recebeu a seguinte ementa:

> Competência. Ação civil pública. Condições de trabalho. Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho. (Recurso Extraordinário n. 260.220-MG, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 17.09.1999 p. 00058).

Importante sublinhar que tal matéria já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal conforme se vê do enunciado da Súmula n. 736-STF, *verbis:*

> Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Ressalte-se que divergência semelhante à presente foi apreciada pela Segunda Seção desta Corte Superior, quando do julgamento do REsp n. 697.132-SP, da relatoria do eminente Ministro Fernando Gonçalves, tendo prevalecido o entendimento divergente, no sentido da competência da Justiça Laboral, também sendo relator para o acórdão, naquela ocasião, o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

O mencionado feito foi assim ementado:

> Processual Civil. Competência. Ação civil pública. Meio ambiente do trabalho. Competência da Justiça Obreira. Recurso não conhecido.
>
> I. Compete à Justiça Obreira o julgamento de ação civil pública onde se discute o cumprimento, pelo empregador, de normas atinentes ao meio ambiente de trabalho. Precedente do c. STF. (RE n. 206.220-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.09.1999).
>
> II. Recurso não conhecido. (REsp n. 697.132-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. para acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 29.03.2006 p. 129)

Acresça-se que o aludido REsp n. 697.132-SP versava sobre ação civil pública – proposta em face de Investigação Prévia do Setor de Meio Ambiente

de Trabalho e Prevenção da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho daquela Capital – sendo que o feito objeto do presente recurso está fundado em outra Investigação Prévia, do Setor de Prevenção da Promotoria de Justiça de Acidentes do Trabalho de São Paulo, sendo claramente análogas as matérias de fundo de ambos os processos.

Portanto, entendo ser competente a Justiça do Trabalho para apreciar o presente caso e, com as devidas vênias da divergência, acompanho o entendimento do eminente Ministro relator, no particular.

Verifica-se do voto proferido pelo relator o seguinte dispositivo:

> Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para extinguir o processo, nos termos do art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais despendidas pela parte-ré, e a honorários advocatícios, que fixo em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

No que tange à extinção do feito, com todas as possíveis vênias, à posição externada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, entendo que ele deva ser extinto, tal como proposto pelo relator.

Nesse sentido trago à colação, fundamentação proferida pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki, por ocasião do julgamento do REsp n. 440.002-SE, quanto à presente *quaestio:*

> Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de personalidade processual federal determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em *habeas data* e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.
>
> Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, como se sabe, pouco importa que a parte seja legítima ou não. A existência ou não da legitimação deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a

questão competencial é logicamente antecedente e eventualmente prejudicial à da legitimidade das partes. Para efeito de competência, o critério *ratione personae* (que é o estabelecido no art. 109, I, da CF) é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, para efeito de determinação de competência, o que se leva em consideração é a parte processual, o que nem sempre coincide com a parte legítima. Parte processual é a que efetivamente figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte legítima é aquela que, segundo a lei, deve figurar como demandante ou demandada no processo. A legitimidade *ad causam*, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima.

Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. Por isso mesmo é que se enfatiza que a controvérsia posta não diz respeito, propriamente, à competência para a causa e sim à legitimidade ativa. Competente, sem dúvida, é a Justiça Federal. Cabe agora, portanto, investigar se, à luz do direito, o ajuizamento dessa ação, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos, é atribuição do Ministério Público Federal ou do Estadual. *Concluindo-se pela ilegitimidade daquele, a solução não será a da declinação de competência, mas de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.*(grifou-se).

O mencionado julgado foi assim ementado:

Processual Civil. Ação civil pública. Tutela de direitos transindividuais. Meio ambiente. Competência. Repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Distinção entre competência e legitimação ativa. Critérios.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho". Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

> 4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.
>
> 6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama (Leis n. 6.938/1981, art. 18, e 7.735/1989, art. 4º).
>
> 7. Recurso especial provido. (REsp n. 440.002-SE, Ministro Teori Albino Zavascki, 18.11.2004)

No tocante à condenação em honorários, com todas as vênias ao entendimento do relator, entendo não serem eles cabíveis, uma vez que não verifica, *in casu*, má-fé do *parquet*, não cabendo, portanto, condená-lo naquelas verbas, à luz do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, conforme ilustra o seguinte julgado, *in verbis:*

> Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Prazo prescricional. Condenação do Ministério Público em honorários. Descabimento, salvo hipótese de atuação de má-fé.
>
> 1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, decide de modo integral a controvérsia posta.
>
> 2. Ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada na Lei n. 7.347/1985, mormente quando, como no caso, deduz pretensão suscetível de ser formulada em ação popular. Aplicação, por analogia, do art. 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes.

3. Em sede de ação civil pública, não cabe a condenação do Ministério Público em honorários advocatícios, salvo comprovada atuação de má-fé. Precedentes.

4. Recurso especial do réu parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, prejudicado o da Fazenda Pública. (REsp n. 764.278-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28.05.2008)

Ante o exposto, renovando as mais subidas vênias, acompanho o eminente relator, salvo quanto à condenação em honorários de advogado, porquanto entendo serem esses incabíveis, *in casu*.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, retifico meu voto para acompanhar a conclusão do voto-vista do Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias quanto aos honorários advocatícios. Evidentemente, má-fé não houve. Apenas atribuí sucumbência, por lapso meu, esquecendo-me da peculiaridade de que era ação civil pública. Assim, retifico meu voto para excluir a verba honorária, conforme proposto pelo Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias.

VOTO-DESEMPATE

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Mendes Junior Engenharia S/A,* com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (2º TAC-SP).

Ação: O Ministério Público de São Paulo (MP-SP) ajuizou ação civil pública acidentária contra a recorrente e *Construtora OAS Ltda.,* para que fossem reparados danos no ambiente de trabalho, com situações de grave e iminente risco, além de problemas verificados no canteiro de obras de construção da Av. Águas Espraiadas, na capital paulista. Requereu fossem eliminados os danos no ambiente de trabalho, além de multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais) desde a verificação dos danos até sua cessação (fls. 03-22).

Sentença: Julgou a ação extinta sem exame de mérito, com fundamento nos arts. 267, VI e 295, II, ambos do CPC, por entender faltar legitimidade *ad causam* ao MP-SP (fls. 351-356).

Acórdão: Deu provimento ao apelo do MP-SP, para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao 1º grau de jurisdição (fls. 407-415).

Confira-se a ementa:

> Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Cuidando-se de interesses coletivos e metaindividuais locais que se intenta tutelar via ação civil pública, há de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público Estadual para o seu ajuizamento.

Embargos declaratórios: Foram rejeitados (fls. 429-433).

Recurso especial: A recorrente aponta as seguintes violações: *(1)* art. 267, VI e 295, II, do CPC, além de dissídio jurisprudencial - falta de legitimidade ativa do MP-SP; *(2)* art. 156, *caput* e incisos, da CLT - competência apenas das Delegacias do Trabalho; *(3)* arts. 736 e 737 da CLT e 84, II, da LC n. 75 - legitimidade do Ministério Público do Trabalho (fls. 436-447).

A recorrente interpôs também recurso extraordinário ao STF (fls. 450-459); o 2º TAC-SP admitiu o recurso especial e negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 472-475).

Parecer do Ministério Público Federal: Pelo provimento do recurso, em razão da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de ação que envolve interesses ligados ao meio ambiente do trabalho (fls. 494-505).

Voto do Relator, Min. Aldir Passarinho Junior: Conhece e dá provimento ao recurso especial, uma vez que as funções do Ministério Público possuem exercício individual no que toca a cada área de atuação. Ilegitimidade *ad causam* do MP-SP, condenado nas custas processuais e honorários advocatícios.

Voto do Min. Luis Felipe Salomão: Não conhece do recurso especial, por ser inegável a legitimação do MP-SP para a ação civil pública em exame, além de existir concorrência de atribuições dos órgãos do Ministério Público, o que garante a possibilidade de atuação conjunta na defesa do interesse público.

Voto do Min. João Otávio de Noronha: Não conhece do recurso especial, na medida em que, quando proposta a ação, competia à Justiça Estadual seu julgamento, de modo que a legitimidade ativa é apenas do MP-SP.

Voto do Min. Carlos Fernando Mathias: Conhece e dá provimento ao recurso especial, por ser a ação de competência da Justiça do Trabalho. Afirma ainda serem incabíveis os honorários na presente ação.

Diante do empate verificado, esta c. 4ª Turma convidou-me para participar de sessão de julgamento e proferir voto-desempate.

É o relatório.

Limita-se a lide a verificar a legitimidade ativa do MP-SP para ajuizar ação civil pública acidentária em benefício da preservação do meio ambiente do trabalho (condições de higiene, saúde e segurança) em obra realizada por duas empreiteiras na cidade de São Paulo.

Dois pontos merecem especial relevo: *(1)* o cabimento, na espécie, de ação civil pública; *(2)* qual órgão do Ministério Público teria legitimidade para ajuizá-la, sob a ótica organizacional.

I - Do cabimento da ação civil pública

Neste ponto, os e. Ministros que compõem esta 4ª Turma votaram em uníssono. O Min. Relator explicitou, em seu percuciente voto, que o reflexo do acidente de trabalho interessa não apenas ao lesionado, mas a toda coletividade, estando a proteção ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador entre os interesses difusos protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

O Min. Luis Felipe Salomão acrescentou que a prevenção de acidentes de trabalho conduz, por via reflexa, a um ambiente de trabalho hígido, que é direito social do trabalhador (CF, art. 7º, XXII e XXVIII), o que legitima a atuação do Ministério Público, por meio do instrumento da ação civil pública.

Os Ministros João Otávio de Noronha e Carlos Fernando Mathias aquiesceram com este entendimento.

Com efeito, as questões que envolvem a segurança, a saúde e a higiene no ambiente de trabalho ultrapassam o interesse dos operários que trabalhavam na obra, configurando-se verdadeiros interesses difusos, protegidos pela CF em seus arts. 7º, XXII e 200, II e VIII. Acrescente-se o fato de que o seguro de acidentes do trabalho está integrado à previdência social, cujo custeio é repartido por toda a sociedade.

Assim, inexistem dúvidas quanto ao cabimento da ação civil pública.

II - Da legitimidade para estar em juízo do MP-SP

O Ministério Público, instituição permanente a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui, dentre seus princípios constitucionais, a unidade e a indivisibilidade (art. 127, *caput* e § 1º, da CF).

Não se descuida que, como forma de organização, o constituinte separou o MP em: *(a)* Ministérios Públicos dos Estados (MPEs) e *(b)* Ministério Público da União (MPU), este compreendendo entre seus ramos o Ministério Público do Trabalho (MPT). Esta divisão, contudo, é organizacional.

Fundando-se na lição de José Afonso da Silva, para quem a instituição do MP abrange todos os Ministérios Públicos indicados na CF/1988, o autor Marcelo Zenkner afirma: "as funções institucionais previstas na Constituição Federal (artigo 129) são as mesmas para o Ministério Público da União (Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios) ou dos Estados. O que ocorre, de fato, é apenas um arranjo organizacional mínimo e flexível do Ministério Público, objetivando sua máxima eficiência" (*in Temas Atuais do Ministério Público - A Atuação do Parquet nos 20 Anos da Constituição Federal*, org. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 99).

No particular, pode-se afirmar tanto na legitimidade do MPT para proteger os direitos sociais dos trabalhadores, em razão do disposto nos arts. 83, III e 84, II, da LC n. 75/1993 (Lei Orgânica do MPU), quanto na legitimidade do MP-SP para atuar na defesa dos interesses difusos e coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho, nos termos do art. 295, II, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993 (Lei Orgânica do MP-SP).

Verifica-se, assim, a possível concorrência de atribuições entre o MP-SP e o MPT para promover a presente ação civil pública em favor da sociedade.

Como bem destacado no apurado voto do Min. Luis Felipe Salomão, a sentença, ao concluir pela ilegitimidade do MP-SP e, a seguir, afirmar que, fosse o caso de ação civil pública, o legitimado seria o Ministério Público do Trabalho, acaba por implicar, via transversa, na incompetência material da própria Justiça Comum Estadual para julgamento da ação.

Neste ponto, peço vênia aos e. Ministros que concluíram de modo diverso, mas, ajuizada a ação civil pública acidentária em 1997, era a Justiça Comum Estadual a competente para apreciar e julgar as ações que versassem sobre acidentes do trabalho. E a consequência imediata da competência da Justiça Estadual é a legitimidade ativa do Ministério Público de São Paulo.

O objeto de discussão deste recurso especial, contudo, é a legitimidade *ad causam* do MP-SP para propositura da ação acidentária e não a competência do Juízo.

Após citar a balizada doutrina de Hugo Nigro Mazzilli, o Min. Luis Felipe Salomão defende a atuação conjunta dos dois órgãos do Ministério Público, com a possível formação de litisconsórcio entre o MPT e o MP-SP, em razão da convergência de interesses de ambos para o alcance de um objetivo comum, a defesa dos interesses sociais e individuais homogêneos.

A solução não é nova. O Estatuto da Criança e do Adolescente é um dos exemplos onde o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados é expressamente admitido (art. 210, parágrafo único, da Lei n. 8.069/1990).

O entendimento esposado, diante do *princípio constitucional da unidade* do Ministério Público, que não pode ser interpretado de maneira restritiva quando se depara com a mencionada convergência de interesses em prol do objetivo comum institucional do MP, é o que se mostra mais adequado.

Aponta Maurício Augusto Gomes que a atuação do MP nas ações civis é necessária e obrigatória em decorrência e nas hipóteses de existência de interesse público, cujo traço característico é a indisponibilidade, além de ser instrumento de democratização da Justiça (*in Funções Institucionais do Ministério Público*, org. por Airton Buzzo Alves, Almir Gasquez Rufino e José Antonio Franco da Silva, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 199-200).

Nesta linha de pensamento, a atuação conjunta de diferentes órgãos do Ministério Público em defesa da sociedade vai ao encontro do mister constitucional do MP, que é a proteção do interesse público em litígio. Sobre o tema, acrescenta Maurício Augusto Gomes que "a atuação do Ministério Público na área cível tem indisfarçável relevância social, pois se reflete na utilidade social da atividade institucional, fruível direta ou indiretamente pela comunidade social, e assim desempenha influente papel na formação da consciência jurídica da sociedade" (obra citada, p. 201).

O já mencionado Marcelo Zenkner, ao tratar de hipótese semelhante a destes autos, também defende o litisconsórcio de órgãos do MP. Confira-se:

> A reunião obrigatória de processos gerada pelo reconhecimento de conexão ou continência proporcionaria, na hipótese, a imposição de *uma atuação conjunta do Ministério Público Federal com o Ministério Público Estadual, o que é plenamente admitido em vista da permissão legal para a ocorrência de litisconsórcio facultativo entre os diversos Ministério Públicos Estaduais ou da União na defesa dos interesses coletivos.* (obra citada, p. 100 - grifei)

Em acréscimo, entende Hugo Nigro Mazzilli que o litisconsórcio entre órgãos do MP não necessita de qualquer alteração constitucional:

> Embora a Constituição de 1988 não tenha chegado a explicitar a possibilidade de legitimação concorrente ou litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos, não vemos impedimento bastante para que a solução seja adotada. (*in Regime Jurídico do Ministério Público,* Saraiva, São Paulo, 2007, p. 192)

Assim, a atuação integrada de ambas as instituições em favor da defesa da boa qualidade do meio ambiente do trabalho e de suas condições de segurança, saúde e higiene, em favor da sociedade como um todo, é a situação que mais se coaduna com os interesses difusos em jogo neste recurso especial, de modo a não poder ser afastada a legitimidade *ad causam* do MP-SP.

Finalmente, outro ponto positivo da solução adotada é que, com o retorno destes autos ao 1º grau de jurisdição, tanto o MP-SP, quanto o MPT poderão retomar a condução da ação civil pública proposta, em litisconsórcio ou isoladamente, perante a Justiça competente para seu julgamento.

Forte em tais razões, alio-me à divergência e peço vênia ao Ministro Relator e ao Min. Carlos Fernando Mathias, para *negar provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 326.147-SP (2001/0074329-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Alberto de Souza Meirelles - Espólio
Advogados: Alde da Costa Santos Junior
Célia Maria Nicolau Rodrigues e outro(s)
Marta Mitico Valente e outro(s)
Recorrido: Notre Dame Seguradora S/A
Advogado: Paulo de Tarso do Nascimento Magalhaes e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Acórdão estadual. Omissões não configuradas. Seguro-saúde. Cláusula limitativa de valor de despesas anuais. Abusividade. Esvaziamento da finalidade do contrato. Nulidade.

I. Não padece do vício da omissão o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões relevantes suscitadas, apenas que trazendo conclusões adversas à parte irresignada.

II. A finalidade essencial do seguro-saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação ao segurado, sob pena de esvaziamento da sua própria *ratio*, o que não se coaduna com a presença de cláusula limitativa do valor indenizatório de tratamento que as instâncias ordinárias consideraram coberto pelo contrato.

III. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentação oral pela Dra. Isabela Braga Pompílio, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Espólio de Alberto de Souza Meirelles interpõe, pela letra **a** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 259):

Seguro saúde. Documentação acostada que não confirma a ocorrência de intoxicação medicamentosa. Obscuridade da cláusula que deve ser interpretada favoravelmente ao consumidor. Ineficácia da cláusula de exclusão da cobertura. Eficácia, porém, da cláusula que limita a cobertura ao valor de 2,895 Ufesp, que não se revela abusiva, ante a natureza do contrato, e vem enunciada em destaque, no frontispício. Recurso parcialmente provido.

Alega o recorrente que o falecido Alberto de Souza Meirelles mantinha contrato de seguro-saúde com a ré, quando, em 11.06.1996, sofreu crise de hipertensão arterial, perdendo os sentidos e ingressando em estado de coma, com diagnóstico de acidente vascular cerebral (AVC); que em razão de seu estado, foi transferido de Itapira para o Hospital Samaritano em São Paulo, onde permaneceu de 12.07.1996 até o dia 09.08.1996; que tanto a transferência, como a internação se deram com autorização da recorrida, inicialmente por seis dias, prorrogados por mais seis.

Após alta hospitalar, a recorrida não efetuara o pagamento, daí o ajuizamento de ação declaratória cumulada com indenizatória, objetivando o afastamento de cláusulas abusivas. A sentença monocrática foi de procedência, mas sofreu reforma parcial em segunda instância, que limitou o valor de cobertura das despesas.

Aduz o recorrente que a decisão violou os arts. 4º, 6º e 51 do CDC, 115 do Código Civil anterior e 2º e 13 do Decreto-Lei n. 73/1966, além do art. 535 do CPC, pelo não enfrentamento das questões propostas.

Ressalta cuidar-se de contrato de consumo por adesão, o que afasta a possibilidade de cláusulas limitativas dessa espécie, porque ao contratante é assegurada a proteção à vida e à saúde, o que não se coaduna com a restrição de direito fundamental que lhe foi imposta pelo contrato, salientando que a doença de que padeceu o então segurado estava prevista no plano a que se filiou.

Afirma, mais, que atividade securitária deve ser feita, segundo o Decreto-Lei n. 73/1966, no interesse do segurado, e que desde então eram vedadas cláusulas que terminam por esvaziar a eficácia da avença.

Contra-razões às fls. 474-492, alegando falta de prequestionamento e o óbice da Súmula n. 283 do c. STF. No mérito, diz tratar-se de contrato oneroso e que a adesão não descaracteriza a bilateralidade alcançada por acordo entre as partes. Acrescenta que as cláusulas restritivas são válidas e foram redigidas com destaque, e que, no caso, a internação se deu porque o diagnóstico era de "coma a esclarecer", quadro que após investigado concluiu-se ser de "Síndrome

depressiva", com conotação psiquiátrica, pelo que foi informado ao Hospital que não mais seria coberta a internação por ser uma moléstia excluída do contrato (fl. 491). Destaca, ainda, que o valor efetivamente pago pelo tratamento foi superior ao limite contratado.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem, subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 318.971-SP (fl. 537).

Autos recebidos no Ministério Público Federal em 10.10.2006 e restituídos ao STJ em 15.04.2009.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 579-582, pelo Dr. Henrique Fagundes Filho, no sentido do não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de ação declaratória, cumulada com indenizatória, que objetiva o afastamento de cláusulas tidas como abusivas do contrato de seguro-saúde, cuja aplicação pela recorrida importou na não cobertura de despesas de internação hospitalar em parte do período em que Alberto de Souza Meirelles permaneceu em nosocômio conveniado (Hospital Samaritano, em São Paulo, capital), após haver ingressado em estado comatoso, com diagnóstico de Acidente Vascular Cerebral.

A ação foi julgada procedente em primeira instância, sendo parcialmente reformada em segundo grau, considerada hígida a aplicação do valor limitado de 2.895 Ufesp por ano.

O acórdão dos embargos infringentes limita-se, basicamente, a reportar-se aos fundamentos do voto vencedor na apelação, de relatoria do eminente Desembargador Cesar Lacerda, de sorte que são eles aqui reproduzidos, *verbis* (fls. 261-265):

> No mérito, em que pesem os judiciosos fundamentos em que se arrimam as razões recursais, entende-se que respeitável sentença recorrida, solucionou corretamente a questão da negativa de cobertura para o quadro clínico apresentado pelo paciente.
>
> A fundamentação da respeitável sentença se impõe por sua própria força persuasiva. Confira-se: 'Deve-se aqui atentar para a inexistência de prova

conclusiva de coma por intoxicação medicamentosa, pois o resultado dos exames de sangue e urina à fls. 110 e o diagnóstico de fls. 111 não são conclusivos a respeito. Não se caracterizando a certeza, aplica-se a regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, invertendo-se o ônus da prova em benefício do Autor. Caberia, portanto, à ré a prova de que o paciente-autor efetivamente incorreu em uma das hipóteses de exclusão da cobertura. E, efetivamente, essa prova teria que ser feita por ocasião da internação, com a indicação de diagnóstico pela equipe médica do primeiro atendimento, já no Hospital Samaritano. Como não há nenhum indício que pudesse ser esmiuçado pela prova pericial e, sendo a prova testemunhal imprestável na espécie, não se pode dizer que haja provas ainda a serem produzidas'.

Acrescentou o Juízo monocrático que, quer tenha a ré incluído o fato como 'doença nervosa', quer o tenha classificado como uso de 'drogas', a interpretação mais favorável ao consumidor, na forma do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, conduz à responsabilização da seguradora ré.

Como salienta a decisão hostilizada: quando se refere a 'doença nervosa ou mental', a seguradora busca excluir, essencialmente, despesas com tratamento psicológico ou psiquiátrico; no caso, ainda que a origem possa ter sido um problema psiquiátrico, o paciente autor apresentou sintomas físicos, 'perdendo os sentidos e entrando em estado de Coma' (fls. 4). Não é razoável interpretar a cláusula de forma a exonerar a responsabilidade da seguradora por uma crise de hipertensão, somente porque essa crise teve origem em doença nervosa; - 'intoxicação medicamentosa' poderia significar, na cláusula em exame, uso de 'drogas'. Aqui, o objetivo do segurador foi evitar a indenização por fatos que tenha decorrido de um comportamento ilícito ou, no mínimo culposo, do segurado (embriaguez, ato ilícito, etc). Portanto, o fundamento da exclusão não é, por si só, a eventual presença de substância tóxica, mas a conduta ilegal do segurado, reveladora de uma determinada postura perante a sociedade e seus valores sociais e morais. No caso em tela, o Autor nasceu em 1927 e é um advogado aposentado (fls. 103); não é crível, portanto, que se enquadre nessa modalidade de conduta que se busca sancionar'.

Não resta dúvida que a obscuridade da cláusula e a ausência de prova conclusiva a respeito da ocorrência da intoxicação medicamentosa e sua origem devem militar desfavoravelmente à fornecedora do serviço.

No que concerne, porém, à estipulação de um valor limite de cobertura, tem-se que o inconformismo da apelante comporta agasalho.

O contrato estabelece como 'limite das coberturas em conjunto por segurado', por ano, o valor de 2.895 Ufesp.

A própria sentença reconhece que a cláusula em questão 'encontra-se grafada em letras suficientemente destacadas', mas reputa como 'desvantagem exagerada para o consumidor' o fato de haver um acréscimo de 15% no custo do seguro, para os segurados com mais de 65 anos de idade. Daí considerar ineficaz a cláusula que estabelece o limite de cobertura em 2.895 Ufesp's.

Em vários outros casos, tenho reconhecido a existência de nulidades de cláusulas contratuais restritivas, estabelecidas com afronta às disposições do Código de Defesa do Consumidor, especialmente aquelas que asseguram ao consumidor conhecimento prévio dos termos do contrato, informação clara sobre os diferentes serviços e proteção contra publicidade enganosa.

Entretanto, apesar dos argumentos desenvolvidos pelo apelado, e respeitada a convicção do Meritíssimo Juiz *a quo,* não se identifica nenhuma ilegalidade na inserção de cláusula, em contrato de seguro, na modalidade de seguro de saúde, que estabeleça um valor máximo anual de cobertura, e que se encontre claramente enunciada no contrato, dela tendo ciência inequívoca o contratante, como ocorre na espécie.

A advertência a respeito da limitação encontra-se em destaque, em negrito, no frontispício do contrato, assinado (ao pé) pelo apelado.

Em v. Acórdão da egrégia Nona Câmara Civil deste Tribunal, em que foi relator o eminente Desembargador Celso Bonilha, e de que participaram com votos vencedores os Desembargadores Accioli Freire e Debatin Cardoso, ficou assentado que 'o dever da seguradora é o de responder apenas e tão somente pelos riscos assumidos, já submetidos previamente ao crivo do órgão governamental competente, não podendo o segurado reclamar indenização por aqueles não previstos expressamente na apólice. Deveras, dispõe o artigo 1.460 do Código Civil que 'Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador'. (Apelação Cível n. 266.159-2/3)

E mais adiante: 'Se no valor do prêmio se leva em consideração os riscos expressamente discriminados na apólice, outros não poderão ser cobertos, ao arrepio do artigo 1.460 do Código Civil, alterando-se a comutatividade e o equilíbrio contratual, não se justificando obrigar a seguradora a responder por um risco que não foi previsto ou ajustado, mas sim expressamente excluído, e pelo qual não recebeu a paga respectiva'.

O parecer acostado à resposta da medida cautelar em apenso, da lavra do ilustre advogado J. Saulo Ramos, publicado em 'Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política', n.12, Revista dos Tribunais, lembra diversos ensinamentos doutrinários a respeito do tema, dentre os quais se destaca o de Pedro Alvim, para quem, 'o segurador não pode ser obrigado a incluir na garantia da apólice todos os riscos da mesma espécie. É preciso ter a liberdade de conceber os planos técnicos de acordo com a conveniência do próprio negócio, sob pena de não poder resguardar sua estabilidade necessária'. Tal limitação 'é um dos cânones fundamentais do contrato de seguro: a responsabilidade do segurador é limitada ao risco assumido' (fls. 244 - apenso).

De fato, 'Se as cláusulas da apólice estão redigidas com clareza ao delimitar o risco coberto, não devem ser desvirtuadas sob o pretexto de interpretação para induzir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas no contrato'.

> Importa recordar, outrossim, que a apelada é empresa privada e exerce atividade tipicamente privada. Ela não atua como concessionária de serviço público e, em conseqüência, não está obrigada a suprir as deficiências do Estado no que concerne ao dever constitucional de prover a assistência à saúde.
>
> Trata-se, como já se viu, de contrato de seguro do tipo seguro-saúde, sujeito apenas à disciplina legal aplicável aos contratos desse gênero, não estando a seguradora obrigada a dar atendimento irrestrito, nem a suprir o Estado naquilo que constitui sua obrigação.
>
> A sobretaxação de 15% ao ano também encontra-se expressamente prevista, no frontispício do contrato, não se identificando nela qualquer traço de engodo ao consumidor ou vantagem exagerada em favor da apelante, que pudesse enodoar a cláusula. A prática tem explicação na elevação do risco e, ante as característica do contrato de seguro, não se mostra abusiva, certo como o prêmio guarda proporcionalidade com o risco assumido.
>
> Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para o fim de julgar parcialmente procedente a ação, declarando a ineficácia apenas da cláusula de exclusão de cobertura das moléstias, considerando eficaz, porém, o 'limite de coberturas em conjunto, por segurado, por ano - 2.895 Ufesp'. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais serão rateadas em igual proporção, compensando-se os honorários advocatícios.

Como visto, inexistindo recurso da seguradora, mas, apenas, da parte autora, a controvérsia, agora, não mais diz respeito ao enquadramento da moléstia no contrato do plano securitário, pois ambas as instâncias concluíram que, no caso dos autos, não havia precisão quanto ao diagnóstico que levou à crise hipertensiva e à transferência e internação em São Paulo, daí porque não podia a ré excusar-se da cobertura.

Contudo, foi aplicada em segunda instância a limitação de valor.

É invocada, no recurso especial, ofensa aos arts. 535 do CPC, 4º, 6º e 51 do CDC, 115 do Código Civil anterior e 2º e 13 do Decreto-Lei n. 73/1966.

Inicialmente, tenho que não padece o aresto objurgado dos vícios processuais apontados, porquanto as questões, inclusive na apreciação dos aclaratórios, foram suficientemente analisadas, apenas que com conclusões parcialmente desfavoráveis ao autor, inexistindo ofensa ao art. 535 da lei adjetiva civil.

De outro lado, houve o suficiente prequestionamento dos temas elencados, notadamente sobre a discussão acerca dos direitos do consumidor à vista da natureza dessa espécie contratual e dos direitos à vida e à saúde.

Dispõem as normas suscitadas, que:

- CDC:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.03.1995)
>
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
>
> II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
>
> a) por iniciativa direta;
>
> b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
>
> c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
>
> d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
>
> III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
>
> IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
>
> V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
>
> VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
>
> VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
>
> VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.
>
> [...]
>
> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[...]

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2° A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3° (Vetado).

§ 4° É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

- Código Civil de 1916:

Art. 115. São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.

- Decreto-Lei n. 73/1966:

> Art 2º O controle do Estado se exercerá pelos órgãos instituídos neste Decreto-lei, no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro.
>
> [...]
>
> Art 13. As apólices não poderão conter cláusula que permita rescisão unilateral dos contratos de seguro ou por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei.

Em julgamentos precedentes, firmou-se no STJ o entendimento de que é abusiva a cláusula que limita, no tempo, a internação hospitalar do segurado, matéria hoje consolidada na Súmula n. 302, que reza:

> É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

Quando os planos de saúde embutiram nos contratos a limitação temporal, o objetivo era, precipuamente, o de reduzir custos, o que normalmente adviria de uma internação mais longa.

E a fundamentação que levou ao entendimento jurisprudencial condensado na aludida Súmula n. 302 calcou-se, justamente, na abusividade da cláusula, porque não se afigura nem lógico, nem jurídico, nem médico-científico que a recuperação pudesse ser determinada contratualmente, desconhecendo-se a natureza e situação de cada paciente, sujeitos a fatores exógenos e endógenos, a reações distintas, enfim, um sem número de variáveis a impedir uma definição objetiva sobre a sua plena recuperação e alta respectiva.

O preceito contido no art. 13 do Decreto-Lei n. 73/1966, antes transcrito, é de enorme relevância e, sobretudo, bom senso: é vedada a cláusula de contrato de seguro que *"por qualquer modo subtraia sua eficácia e validade além das situações previstas em Lei"*.

Se o tempo de internação é restringido independentemente do estado de saúde do paciente segurado, esvazia-se o propósito do contrato, que é o de assegurar os meios para a sua cura.

Ora, em essência, a hipótese dos autos, de restrição de valor, não é igual à da súmula citada, mas comporta o mesmo tratamento. A meu ver, até tratamento mais severo, pois a cláusula é mais abusiva ainda, é pior. Pior, porque poderia até supor-se, muito longinquamente, muito secundariamente, que a limitação

de período de internação teria considerado, ao menos, uma média temporal de tratamento hospitalar em certas circunstâncias, como, por exemplo, parto, algumas cirurgias eletivas de menor risco, etc; mas, nem isso, como se sabe, a jurisprudência aceitou. Já na espécie em comento, de limitação de custeio, qual o critério que poderia ter norteado a restrição, senão, apenas, realmente, o de privilegiar o lucro da seguradora por excelência, a inversão do risco contratual devolvendo-o ao segurado, a colocação da saúde em posição coadjuvante na finalidade contratual?

Imagine-se, ademais, como seria a situação de um segurado que é internado sem saber o que tem, ou, sabendo, não conhecendo seu tempo de cura, e após alguns dias, dentro do hospital, é informado que seu crédito acabou, terá de sair do nosocômio, sofrer uma solução de continuidade no tratamento. Como "bancar" as despesas futuras, para onde transferir-se, como remontar uma equipe médica, especialmente em caso de pacientes graves e até internados em UTI? Como saber, de antemão, quais os custos do tratamento, qual a tabela de cada hospital conveniado? Quanto seu crédito durará até o esgotamento?

Vale destacar, ainda, excerto da judiciosa sentença de primeira instância, proferida pelo MM. Juiz Mauro Iuji Fukumoto, que encampou a tese exordial, quando observou (fl. 181):

> Já com relação à cláusula de limites de cobertura. Quadro de garantias. Encontra-se grafada em letras suficientemente destacadas (fls. 103). No entanto, na mesma folha, lê-se: 'para os segurados com mais de 65 anos haverá uma sobretaxação de 15% ao ano, conforme é previsto *(sic)* na Apólice'. Por outro lado, o limite de cobertura de 2.895 Ufesp's é o mesmo, independentemente da idade do segurado. Tal situação caracteriza um desequilíbrio entre as prestações do segurado e da seguradora; ora, o segurado idoso paga mensalidade maior justamente porque apresenta maior risco para a seguradora. Assim, a fixação de um limite único de cobertura para segurados de todas as idades constitui, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, 'desvantagem exagerada' para o consumidor (artigo 51, IV). No caso concreto, tendo o Autor nascido em 1927, conta já sessenta e nove anos; certamente, portanto, paga suas mensalidades com os acréscimos referentes à sua idade. Por este motivo, perante este caso concreto, há de ser afastada, por ineficaz, a cláusula contratual que estabelece os limites de cobertura de 2.895 Ufesp's.

Ou seja, conquanto maiores os custos para o segurado acima dos sessenta e cinco anos, o teto não foi sequer aumentado, o que também indica um desequilíbrio na contraprestação proporcionada ao idoso.

Por derradeiro, registro que o caso em julgamento refere-se a contratos anteriores à alteração do art. 1º da Lei n. 9.656/1998, procedida pela MP n. 1.908-18, de 24.09.1999.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para restabelecer a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 590.645-SC (2003/0161447-3)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda
Advogado: Wolfram Ehrenhard Echelmeier e outro(s)
Recorrido: Tritec Indústria e Comércio de Plásticos Ltda
Advogado: Darwinn Harnack e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Propriedade industrial. Desenho industrial patenteado ("guarda-pão"). Ação que visa impedir a produção e postula indenização. Extinção do processo em 2ª instância. Empresa gerida e de capital majoritariamente pertencente ao titular da patente. Legitimidade ativa *ad causam* reconhecida.

I. A empresa que explora produto baseado em desenho industrial cuja patente pertence a seu sócio majoritário e administrador, tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação objetivando coibir a usurpação empreendida por concorrente.

II. Recurso especial conhecido e provido, para determinar o prosseguimento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 22.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fls. 61-62, *verbis*:

> Tritec Indústria e Comércio e Plásticos Ltda. interpôs agravo de instrumento, inconformada com a decisão interlocutória proferida nos autos da ação indenizatória, promovida por Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., que rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da agravada (fls. 45-46).
>
> Afirmou não estarem presentes as condições da ação, especificamente o interesse de agir, porquanto a demanda fora proposta por quem não é titular da propriedade do desenho industrial *sub judice*.
>
> Aduziu não existir prova nos autos da cessão de patente, sendo irrelevante o fato do seu titular ser sócio da agravada.
>
> Pugnou pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pela reforma integral do *decisum* (fls. 02-49).
>
> A carga suspensiva almejada foi negada (fls. 53-54).
>
> Regularmente intimada, a agravada deixou fluir *in albis* o prazo para apresentar reposta (fl. 57).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu provimento ao agravo, em acórdão assim ementado (fl. 61):

> Agravo de instrumento. Ação de indenização. Propriedade industrial. *Actio* promovida por pessoa jurídica. Ilegitimidade ativa *ad causam.* Arts. 3º e 6º, do CPC. Processo extinto sem exame do mérito. Agravo provido.

Não tem legitimidade para pleitear indenização por uso indevido de desenho industrial a pessoa jurídica da qual é sócio o titular do direito violado.

Opostos embargos declaratórios (fls. 69-70), foram eles acolhidos para condenar a embargada (Plasútil) no pagamento de custas e honorários advocatícios sucumbenciais (fls. 110-113).

Inconformada, Plasútil interpõe, pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, recurso especial, alegando, em síntese, violação aos arts. 3º, 267, VI e 329 do CPC, 75 e 159 do Código Civil anterior, e 44 da Lei n. 9.279/1996.

Sustenta a recorrente que o sobredito art. 44 do Código de Propriedade Industrial assegura ao titular de patente o direito de promover ação de reparação de danos pela utilização não autorizada de desenho patenteado junto ao INPI, e que, no caso dos autos, ele é sócio majoritário da empresa autora, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, e foi quem assinou a procuração outorgada pela autora a seus advogados para promoverem a demanda. Assim, destaca, não há qualquer oposição por parte do proprietário da patente, ao contrário, é do seu expresso desejo que a ação seja promovida pela empresa.

Diz, mais, que quem está tendo o prejuízo com a fabricação e comercialização ilícita dos produtos imitados pela ré é a pessoa jurídica e não o titular da patente.

Invoca a recorrente dissídio jurisprudencial.

O recurso especial, interposto anteriormente ao julgamento dos embargos declaratórios da parte adversa, foi devidamente reiterado, após, às fls. 115-116.

Contrarrazões às fls. 136-145, alegando falta de prequestionamento e falta de cotejo analítico da divergência, acentuando, quanto ao mérito, que a autora não é titular da patente, ausente nos autos qualquer documento comprobatório de cessão ou licença para exploração.

Admissão do especial às fls. 149-150, nos termos do despacho presidencial da instância *a quo*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que se

discute sobre a legitimidade ativa *ad causam* da empresa Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., para promover ação objetivando impedir a ré, Tritec Industrial Ltda, a produzir e comercializar produtos derivados de desenho industrial patenteado, também postulando indenização pelo seu uso indevido.

O voto condutor do acórdão objurgado, de relatoria do eminente Desembargador Wilson Augusto do Nascimento, traz a seguinte fundamentação ao extinguir a ação (fls. 62-65):

> Analisando o conjunto probatório, verifica-se existir certificado de propriedade, expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, em nome de Marco Antônio Pereira da Silva, constando ser ele o titular, bem como o autor do desenho patenteado (fl. 34).
>
> O art. 44 da Lei n. 9.279/1996 assegura ao titular de patente o direito de promover a competente ação civil de reparação dos danos oriundos da sua utilização não autorizada. Preconiza: 'Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente'.
>
> Depreende-se do referido dispositivo, ser apenas o titular do certificado de registro de desenho industrial, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, parte legítima para figurar no pólo ativo de ação indenizatória, cuja causa de pedir seja a sua indevida utilização.
>
> Sobre a matéria, José Carlos Tinoco Soares leciona: 'o titular de uma patente tem o exclusivo direito de impedir o uso da invenção por outras pessoas exceto quando ele permite mediante contrato de licença' (Tratado da propriedade industrial: patentes e seus sucedâneos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 721).
>
> No caso concreto, parte legítima para figurar no pólo ativo da ação de indenização é o titular do certificado de propriedade, Marco Antônio Pereira da Silva, e não a agravada, tendo esta pugnado pela prestação da tutela jurisdicional, em nome de terceiros, sem autorização, falecendo-lhe, portanto, legitimidade ativa *ad causam*.
>
> Preconiza o art. 3º do Código de Processo Civil: 'Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade'.
>
> O Tribunal de Justiça Catarinense, já decidiu:
>
> > Agravo de instrumento. Tutela ressarcitória. *Actio* deflagrada com ofensa a legitimidade ativa *ad causam*. Pleito recursal, por maioria, acolhido.
> >
> > A legitimidade constitui requisito básico para que seja viável a composição do litígio através de pronunciamento estatal. Logo, só o

> titular de um direito pode discuti-lo através de *actio*. Estando em nome do anterior proprietário o veículo na ocasião do sinistro e inexistindo prova incontroversa de precedente ato negocial, irrecusável é a incidência do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil (AI n. 7.742 - Rel. Des. Francisco de Oliveira Filho).

É irrelevante o fato do titular da patente ser sócio da recorrida. Cediço, salvo casos excepcionais, não existe confusão entre a pessoa jurídica e seus sócios ou instituidores, constituindo-se cada qual em sujeitos distintos, com direitos e obrigações diversas.

Mutatis mutandis, esta Corte de Justiça decidiu:

> Apelação cível. Ilegitimidade do sócio para figurar no pólo ativo da demanda, na qual se pretende a cobrança de honorários decorrentes de serviços prestados e contratados pela empresa. Inteligência da disposição contida no artigo 20 do Código Civil Brasileiro. Carência decretada. Desprovimento do recurso (ACV n. 88.078585-7 - Rel. Des. Solon D'Eça Neves).

Ainda:

> Reivindicatória. Ação direcionada contra os sócios da firma possuidora da área reivindicanda. Ilegitimidade passiva *ad causam*.
>
> As pessoas jurídicas são entidades autônomas, dispõem de patrimônio, denominação e domicílio próprios, e são capazes de direitos e obrigações; por tal motivo, detêm legitimidade para figurar em juízo, tanto ativa quanto passivamente, não se confundindo com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento (ACV n. 98.003770-0 - Rel. Des. Eder Graf).

Ou:

> Ação ordinária de cobrança. Pleito movido contra empresa e contra sócia. Empréstimo efetivado a um dos cotistas, irmão do mutuante. Valor utilizado para despesas pessoais. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Indeferimento da petição inicial. Confirmação da sentença por fundamento diverso.
>
> A legitimidade passiva *ad causam* decorre necessariamente da relação jurídica que deve anteceder a ação judicial. Se o acionado não se identifica com o devedor do débito reclamado, não tem o autor possibilidade de cobrar-lhe dívida contraída por terceiro, pois falta àquele legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, já que não pode dela sofrer os efeitos (...) (ACV n. 97.006.551-5 - Rel. Des. Orli Rodrigues).

Diante desta realidade, merece ser dado provimento ao agravo, mas por fundamento diverso daquele constante das razões, haja vista ser a agravada parte

> ilegítima para figurar no pólo ativo da ação indenizatória, impondo-se a extinção do processo, sem exame do mérito, conforme preconiza o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, *verbis*:
>
> > Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:
> >
> > (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...).
>
> Registre-se, não é possível alterar o pólo ativo da relação processual, com a inclusão de Marco Antônio Pereira da Silva. Os princípios da economia e celeridade processuais, sem dúvida, têm como objetivo a efetividade do processo, mas da sua aplicação não pode decorrer afronta aos postulados básicos do processo civil, máxime as condições da ação.
>
> Ademais, a substituição do pólo ativo causaria tumulto processual, porquanto necessária a renovação de grande parte dos atos processuais, pena de nulidade, por afronta ao contraditório e à ampla defesa. Assim, ao contrário de privilegiar a celeridade e a economia processuais, o processo certamente violaria esses princípios.
>
> Ressalte-se, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, não acarretará prejuízos a Marco Antônio Pereira da Silva, porquanto poderá ingressar em juízo, requerendo a tutela do direito do qual é titular.
>
> Pelas razões expostas, dá-se provimento ao agravo, para, reconhecendo a ilegitimidade ativa *ad causam* da empresa Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., extinguir o processo sem exame do mérito.

É apontada pela recorrente Tritec ofensa aos arts. 3º, 267, VI e 329 do CPC, 75 e 159 do Código Civil anterior, e 44 da Lei n. 9.279/1996, além de dissídio jurisprudencial.

Tenho que as condições de admissibilidade se acham presentes, seja em face do prequestionamento explícito e implícito das normas suscitadas, como também satisfatoriamente demonstrado o dissídio jurisprudencial no tocante ao tema.

E, adentrando no exame do mérito, estou, com a máxima vênia, em que assiste razão à recorrente.

É certo que o art. 44 do Código de Propriedade Industrial dispõe que:

> Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a concessão da patente.

Ocorre, todavia, que a norma não é excludente da mesma pretensão, quando a forma de exploração da patente pelo titular se dá por intermédio de outra pessoa jurídica em sua legítima substituição. E tal legitimidade há de ser aferida em consonância com a situação encontrada pelo julgador.

No caso dos autos, é incontroverso que a empresa autora, Plasútil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. tem como sócio majoritário exatamente o titular da patente, e foi ele próprio quem, por ela, outorgou procuração aos patronos da causa.

A sociedade limitada é uma sociedade de pessoas, não de capital, pelo que constitui elemento essencial a congregação dos sócios por suas características e qualidades individuais. Esse *intuito personae* não se revela apenas entre eles, mas, muito certamente, entre a própria sociedade e cada um deles, de modo que seus serviços, produtos, desempenho, tem a ver, diretamente, com a sua estrutura social. Isso, é claro, quando sob a capa de uma sociedade limitada não existe uma disfarçada sociedade de capital. Mas não é a hipótese aqui tratada.

Então, nessas usuais condições, quem está a explorar, concretamente, a patente em comento, é a empresa autora, dirigida pelo proprietário da patente, que tem a maioria do capital social. A patente vem integrando o patrimônio da empresa, ainda que não formalmente, e é ela quem produz, com a efetiva participação do titular, o bem protegido ("Guarda-pão" registro INPI n. MI5600855-4) pelo Código de Propriedade Industrial.

Inexiste, pois, razão para se negar à autora a capacidade postulatória em juízo, no polo ativo da ação.

Apreciando situação semelhante, a egrégia 3ª Turma, em acórdão de relatoria da ilustre Ministra Nancy Andrighi, inclusive em outra ação promovida pela mesma Plasútil contra outra empresa, assim decidiu:

> Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Ação indenizatória. Imitação de modelo industrial. Violação da propriedade industrial. Concorrência desleal. Legitimidade ativa.
>
> - Aquele que se utiliza licitamente de desenho industrial, para fabricar e comercializar produto, detém legitimidade para propor ação indenizatória contra o contrafator, por violação à propriedade industrial ou por concorrência desleal.
>
> Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 466.360-SP, unânime, DJU de 20.10.2003)

Vale destacar do voto da eminente relatora, o seguinte excerto:

> A controvérsia consiste em saber se a sociedade empresária fabricante de um produto, cujo registro de desenho industrial foi feito em nome do sócio majoritário, detém legitimidade ativa para pleitear indenização por danos materiais e morais contra aquele que imita ilicitamente o modelo registrado.
>
> Ensinam os doutrinadores que possui legitimidade ativa para a causa o titular do interesse em conflito. Logo, é legitimado para pleitear reparação por danos materiais e morais o prejudicado pelo ato ilícito.
>
> Em termos de propriedade industrial, a Lei n. 9.279/1996 confere direito de propor ação indenizatória ao 'prejudicado', conceito bem mais amplo do que o de 'titular do registro ou patente'. Confiram-se os dispositivos legais a respeito:
>
> > Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.
> >
> > Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.
> >
> > Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por **atos de violação de direitos de propriedade industrial** e **atos de concorrência desleal** não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. (negritou-se)
>
> Nesse ponto, a Lei n. 9.279/1996 está coerente com o princípio contido no art. 159 do CC/1916, que não faz qualquer restrição ao direito de indenização pelo prejuízo causado por outrem.
>
> Assim sendo, aos dispositivos citados há de se dar interpretação ampliativa, quando é evidente a intenção do legislador de proteger *qualquer prejudicado* pelos atos ilícitos enumerados na Lei n. 9.279/1996. É dizer, 'onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir' ou, como explica Carlos Maximiliano, 'Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente;' ('Hermenêutica e Aplicação do Direito', 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 247).
>
> Assim, desde que o autor da ação indenizatória consiga demonstrar, através da narração do pedido e da causa de pedir, que foi realmente lesionado pela imitação ou contrafação, é de se tê-lo como parte legítima para ingressar em juízo com o intuito de obter indenização pelos prejuízos sofridos com a prática ilícita.

No processo em exame, a recorrente foi efetivamente prejudicada com os atos ilícitos praticados pela recorrida, embora não detivesse o registro do desenho industrial do 'cesto com tampa'. Isso porque, em seu desfavor, ocorreu desvio de clientela e perda do lucro da venda dos cestos que fabrica.

Vale ressaltar que, em princípio, é o proprietário do registro do desenho industrial quem sofre com o ato do contrafator, mas isso não impede que aquele que se utiliza de forma lícita do desenho também seja prejudicado.

É o que acontece no presente processo, já que se evidencia licitude na conduta da recorrente de se utilizar do modelo industrial 'cesto com tampa'.

Realmente, a recorrente vem fabricando e comercializando, a bastante tempo (ao menos desde 1995, quando feito o registro no INPI), o referido produto, registrado em nome do sócio majoritário. A ação indenizatória foi ajuizada com a concordância do sócio proprietário do desenho industrial, que assinou a procuração *ad judicia* (fl. 45).

Dessa forma, a razão e a lógica autorizam que se considere a recorrente tacitamente autorizada a utilizar o desenho industrial registrado em nome do sócio majoritário.

Por esse motivo, a imitação do 'cesto com tampa' por terceiro ofende interesses da ora Recorrente, amparados pela Lei, o que a coloca na posição de prejudicada e, conseqüentemente, de legitimada à propositura de ação indenizatória.

A par disso, há outro motivo para se afastar a preliminar de ilegitimidade ativa para a causa.

Lê-se da petição inicial que o pedido indenizatório também se fundamenta na prática de concorrência desleal. Essa conduta ilícita é distinta dos atos de violação da propriedade industrial, segundo depreende-se da leitura do art. 209 da Lei n. 9.279/1996.

O STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre o conceito de concorrência desleal. Vejam-se os seguintes precedentes:

> *(...). A concorrência desleal supõe o objetivo e a potencialidade de criar-se confusão quanto a origem do produto, desviando-se clientela.* (REsp n. 70.015-SP; DJ: 18.08.1997; Rel. Min. Eduardo Ribeiro)
>
> *(...) III - A proteção da marca tem por objetivo a repressão a concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço alheio.* (REsp n. 40.190-RJ; DJ: 29.09.1997; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Como se vê, a concorrência desleal visa a confundir os consumidores para captar a clientela do concorrente em locupletamento ilícito e com prejuízo para

este (que pode ser fabricante ou comerciante), dando ensejo ao ajuizamento de ação indenizatória. Nesse sentido:

> *Marca. Dano. Prova. Reconhecido o fato de que a ré industrializava e comercializava produto 'sabão da costa', marca registrada da autora, que também fabricava e vendia o mesmo produto, deve-se admitir conseqüentemente a existência de dano, pois a concorrência desleal significou uma diminuição do mercado. (...)* (REsp n. 101.059-RJ; DJ: 07.04.1997; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

Importa ressaltar que a concorrência desleal abrange atos bastante diversificados e pode causar prejuízos a diversas pessoas, de muitas maneiras. A 'concorrência desleal não se define e nem se especifica, posto que se apresenta sob os mais variados aspectos, visando sempre atingir o industrial, o comerciante (entendido este em seu sentido mais genérico, eis que entre os mesmos podemos incluir as pessoas que praticam atividades profissionais e aqueloutras prestadoras de serviços), tirando-lhes direta ou indiretamente a sua clientela, causando ou não prejuízos' (SOARES, José Carlos Tinoco. 'Marcas vs. Nome Comercial: Conflitos', São Paulo, Jurídica Brasileira, 2000, p. 366).

A doutrina diferencia a ação de concorrência desleal da ação de contrafação (ou de violação da propriedade industrial), pois esta é calcada na titularidade do registro da propriedade industrial (direito real), enquanto aquela é fundamentada na existência pura e simples do prejuízo (art. 159 do CC/1916), tratando-se de direito pessoal à indenização por perdas e danos (PAES, Tavares P. R. 'Propriedade Industrial', 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 195).

Dessa forma, nota-se que pode propor ação indenizatória por prática de concorrência desleal o fabricante ou comerciante concorrente, prejudicado pela captação ilícita de clientela, não se conferindo legitimidade ativa somente ao titular do registro ou da patente.

Conseqüentemente, no presente processo, o fato de a ação pautar-se também na alegação de concorrência desleal é mais um motivo para que não se possa considerar parte ilegítima para a causa a ora recorrente, já que o ato ilícito descrito na inicial é capaz de prejudicá-la diretamente.

Destarte, verifica-se que as normas são amplas em resguardar o direito ao ressarcimento de quem é o prejudicado efetivo, e este, aqui, é, induvidosamente, a pessoa jurídica autora, Plasútil, que explora, legitimamente, a patente, e cuja maioria do capital social e administração pertencem à pessoa física titular do desenho industrial em questão.

Nesses termos, é legitimada a empresa para a ação, de sorte que o não reconhecimento dessa condição pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa

Catarina terminou por violar os arts. 3º e 267, VI, do CPC, além de dissentir da melhor orientação dos arestos paradigmáticos colacionados, também em processos em que figura como autora a Plasútil (fls. 86-101).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para, em consequência, determinar o prosseguimento da ação. Custas pela recorrida.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.027.884-SC (2008/0024996-6)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Celene Ferreira da Silva
Advogado: Milton Baccin e outro(s)
Recorrido: Simone Ramos da Costa
Advogado: Aderbal Lacerda da Rosa
Interes.: Dilma Ferreira da Silva e outros

EMENTA

Civil. Cessão de direitos hereditários. Escritura pública. Necessidade. Dissídio jurisprudencial não comprovado.

1 - A cessão de direitos hereditários deve ser formalizada por escritura pública, consoante determina o artigo 1.793 do Código Civil de 2002.

2 - Não há identidade fática entre os arestos apontados como paradigma e a hipótese tratada nos autos.

3 - Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 24.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Cuida-se de recurso especial interposto por Celene Ferreira da Silva contra acórdão da Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que guarda a ementa seguinte:

> Processual Civil. Inventário. Cessão de direitos. Nulidade. Peculiaridades do caso. Vício na procuração outorgada aos advogados, por instrumento particular, com cláusula especial para ceder quinhão hereditário. Recurso desprovido.
>
> A cessão de direitos hereditários necessita, por determinação legal, sua efetivação mediante escritura pública. Ou ainda, efetivá-la por termo nos próprios autos, com a presença pessoal dos cedentes, ou que seu procurador esteja munido de instrumento público de mandato com poderes especiais e específicos para que a cessão seja concretizada (Desembargador Monteiro Rocha). (fls. 153)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, aduzindo a Corte de origem a ausência de omissão no julgado (fls. 164-169).

Sustenta, então, a recorrente, com apoio nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, a ocorrência de maltrato ao artigo 1.793 Código Civil de 2002, porquanto a lei não exige o instrumento público para a cessão de direitos hereditários.

Diz ainda estar o acórdão em confronto com o art. 1.806 do mesmo diploma legal, pois a cessão pode ser feita por termo judicial.

Declina, por fim, a existência de dissenso pretoriano entre o julgado recorrido e aresto do TJRS (Agravo de Instrumento n. 70016386385 e Agravo de Instrumento n. 70014017958).

Sem contra-razões, o recurso foi admitido.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento parcial e nesta extensão, pelo não provimento do recurso, em parecer, assim sintetizado:

> - Direito de Sucessão. Inventário. Acórdão recorrido que confirma a declaração de nulidade de termo judicial de cessão de direitos hereditários formalizado por procurador constituído por instrumento particular. Recurso especial fundado na violação dos arts. 1.793 e 1.806, do Código Civil, e na divergência jurisprudencial.
>
> - O art. 1.793, do Código Civil, expressamente exige a escritura pública como instrumento adequado para a formalização da cessão dos direitos hereditários.
>
> - Não se caracteriza a divergência jurisprudencial quando não há semelhança entre o paradigma e o v. acórdão recorrido.
>
> - Parecer pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nesta extensão, pelo seu não provimento. (fls. 204)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): No inventário e partilha dos bens deixados por Bertholina Maria da Conceição, foi apresentada oposição pela requerida, Simone Ramos da Costa, com o objetivo de anular a cessão de direito hereditário feita por Dilma Ferreira da Silva em favor da inventariante, Celene Ferreira da Silva, aduzindo que a cessão foi realizada sem consentimento expresso da cedente.

O pleito foi acolhido pelo o MM. Juiz *a quo* (fls. 18-19).

A decisão foi mantida, em sede de agravo de instrumento, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, dispondo o acórdão fundamentalmente às fls. 154-157, o seguinte:

> Não tem razão a agravante, pois, na verdade, há vício a macular a procuração por instrumento particular, outorgada por Dilma Ferreira da Silva, aos advogados Dr. Milton Baccin e Dr. Álvaro Luiz Carlini, com cláusula especial "para ceder e/ou desistir, no todo ou em parte, de seu quinhão hereditário, em favor da inventariante e/ou terceiro" (fl. 15), tal como apontado pelo Desembargador Jaime Luiz Vicari (fls. 126-129). Portanto, a decisão agravada não está a merecer reparos.
>
> Com a licença do eminente Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge, incorporo a este voto o seguinte excerto de seu parecer:

Como bem registram Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, *in* Inventários e Partilhas Direito das Sucessões, 20° Edição, Livraria e Editora Universitária de Direito, p. 60, 'a herança pode ser objeto de cessão de direitos, como ato negocial inerente ao domínio dos bens por qualquer dos herdeiros'.

Advertem, ainda, que 'na vigência do Código Civil de 1916, à falta de disposição expressa em contrário, admitia-se formalização da cessão por escritura pública, instrumento particular ou termo nos autos. O novo Código Civil, porém, traz significativa mudança ao dispor, no artigo 1.793, que a cessão de direitos sobre a sucessão aberta ou sobre quinhão individual da herança pode ser objeto de escritura pública, com isso restringindo a utilização de instrumento particular. Mas nada impede que se efetue a cessão nos próprios autos do processo de inventário, por termo próprio, na forma de renúncia translativa da herança (...)'.

Não obstante os citados autores defenderem que na vigência do Código de 1916, à falta de disposição expressa, admitia-se a formalização da cessão por instrumento particular, a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial recomendava que a cessão de direitos hereditários devesse se revestir de forma solene para ter validade, o que afastava a possibilidade de se tê-la por instrumento particular.

Orlando Gomes, *in* Sucessões, 6ª Edição, Editora Forense, p. 276, já registrava que 'quanto à forma, exige-se a escritura pública, ainda que a herança se constitua apenas de bens móveis, porque o direito à sucessão aberta é bem imóvel por determinação legal [...]'.

De precedente desta egrégia Corte, em todo pertinente ao caso em análise, se colhe:

> [...] Arrolamento sumário. Partilha amigável. Hipótese onde há cessão de herança. Negócio equiparado à doação. Pretendida formalização por instrumento particular. Inadmissibilidade. Para homologação de plano pelo Juiz, de partilha amigável celebrada entre as partes capazes, nos termos do art. 1.031, do CPC, há que se examinar se ocorre apenas distribuição igualitária dos quinhões para cada um dos herdeiros e a meação ao cônjuge sobrevivente, se for o caso. Ocorrendo transmissão entre vivos mediante negócio rotulado como cessão de direitos hereditários, atribuindo-se maior ou toda parte a outro herdeiro ou mesmo a terceiros, sujeita-se aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, especialmente aqueles previstos no art. 134, do Código Civil. A cessão de herança, quando onerosa, ingressa geralmente no esquema legal de compra e venda; quando gratuita, no de doação. Havendo doações, isto é, receba um herdeiro mais do que tem direito, mediante ajuste entre

> os interessados, terá de ser formalizada por escritura pública ou termo nos próprios autos; neste caso, com a presença dos cedentes ou mediante procurador com poderes expressos e munido de instrumento público de mandato (AI n. 9.441, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 28.03.1995).
>
> É exatamente esta a situação enfrentada.
>
> A cessão que se busca convalidar ao argumento de ter sido feita nos próprios autos, na melhor das hipóteses teria sido formalizada por procurador constituído por instrumento particular, o que se mostra inadmissível. (fls. 154-156)

Aduz, então, a recorrente, afronta aos arts. 1.793 e 1.806 do Código Civil, sustentando que a utilização do instrumento público é facultativa, de acordo com a interpretação da redação dos referidos dispositivos legais.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, o novo Código Civil dispõe expressamente a necessidade da formalização da cessão por instrumento público. Ao contrário do alegado pela recorrente, o termo "pode", inserido no texto do artigo 1.793 do citado diploma legal, refere-se à própria cessão e não ao meio utilizado. Desta forma, é obrigatória a formalização da cessão por escritura pública.

A propósito:

> Civil. Cessão de Direitos Hereditários. Ausência de Escritura Pública. Instrumento particular registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Ação ajuizada na vigência do Código Civil de 1916.
>
> I - O novo Código Civil, em seu art. 1.793 é claro ao dispor que o direito à sucessão pode ser objeto de cessão "por escritura pública". Essa precisão, contudo, não existia no direito brasileiro, e a questão era controvertida na doutrina e jurisprudência.
>
> II - *In casu*, o documento foi levado a registro no Cartório competente, concedida, assim, a devida publicidade. Além disso, é anterior ao segundo, cuja validade não foi reconhecida pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela má-fé dos cedentes e cessionários ora recorrentes.
>
> III - Contrato particular de cessão de direitos hereditários registrado em cartório cuja validade se reconhece ante a sua natureza obrigacional e, especialmente, tendo em vista as particularidades ocorridas no presente caso.
>
> IV - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 502.873-MT, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 02.05.2005)

De igual modo improcedente a tese de maltrato ao art. 1.806 do Código Civil, dado que, na hipótese, trata-se de cessão de direitos hereditários e não de renúncia da herança.

A propósito, vale transcrever excerto do parecer ministerial, quando acentua:

> Ocorre, entretanto, que não se pode admitir a cessão de direitos hereditários por termo nos próprios autos da ação de inventário. Primeiro, porque há expressa previsão de que sua formalização se faça por escritura pública, e, segundo, porque tal instituto é distinto ao da renúncia da herança, que se configura pelo repúdio à condição de herdeiro; devolvendo-se o quinhão aos demais co-herdeiros: A cessão de direitos hereditários constitui negócio jurídico *inter vivos*, que, para os efeitos legais considera-se imóvel (cf. art. 80, inc. II, do Código Civil), e que: por isso, requer a formalização mediante escritura pública. Nesse. sentido leciona Maria Berenice Dias, *in verbis*:
>
> (...) Não dá mesmo para a cessão ser levada a efeito por termos nos autos, pois se trata de negócio jurídico absolutamente estranho à sucessão. Ao depois, de forma expressa a lei diz que a escritura pública é da essência do ato (CC 1.793). a exigência do instrumento público também se justifica porque a lei considera, a herança um bem imóvel (CC 80 II). Mesmo que a herança se constitua somente de bens móveis, por pura ficção, a lei empresta, a condição de bem imóvel ao que chama de "herança aberta". Esta expressão identifica que ainda não houve a partilha. Portanto, no momento em que ocorre a cessão, os bens não se encontram individualizados e a herança é tida como bem imóvel. (fls. 207)

Ademais, quanto ao alegado dissídio jurisprudencial a irresignação não merece acolhida pela evidente falta de similitude fática das situações retratadas nos julgados. No caso presente foi declarada a nulidade do termo de cessão de direitos hereditários firmado por Dilma Ferreira da Silva em favor da inventariante através de procuração por instrumento particular, outorgada aos advogados com cláusula especial para "ceder e/ou desistir, no todo ou em parte, de seu quinhão hereditário, em favor da inventariante e/ou terceiro".

Por outro lado, relativamente ao julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, AG n. 700140179958, verifica-se que o acórdão paradigma trata de renúncia de todos os herdeiros em favor da viúva.

Teve predominância, no referido julgamento, o entendimento de que a cessão, naquele caso, tem o mesmo efeito da renúncia, motivo pelo qual foi mitigado o art. 1.793 do Código Civil.

As hipóteses, como visto, não guardam similitude fática, porquanto tratam de situações diversas, observadas as peculiaridades de cada situação, notadamente quanto ao efeito da cessão.

Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL N. 1.062.589-RS (2008/0114777-9)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Banco Rural Mais S/A
Advogado: Luciano Dahmer Hocsman e outro(s)
Recorrido: Ananias Benedito dos Santos e outros
Advogados: Césio Sandoval Peixoto e outro(s)
Luiz Carlos Lopes Madeira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de prestação de contas. Contrato de compra e financiamento de ações da Copesul. Programa de privatização. Dever de prestar. Função social do contrato.

1. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos declaratórios, recurso de rígidos contornos processuais que serve ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

2. Prestar contas significa demonstrar e comprovar todos os componentes de débito e de crédito vinculados à relação jurídica estabelecida entre as partes. Tratando-se de contrato de compra e venda de ações colocadas no mercado em razão de programa de desestatização, cabe ao ente financeiro responsável pela operação prestar contas sobre a transação efetuada, informando a quantidade de moeda utilizada na aquisição, datas, preços, a efetiva entrega para a Câmara de liquidação e custódia; re-venda das ações e a que preços;

quais os dividendos recebidos; o saldo do empréstimo por ocasião de sua liquidação, sem prejuízo de outras informações que advieram do ajuste firmado.

3. A função social do contrato veta seja o interesse público ferido pelo particular.

4. 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, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Sustentação oral: Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira, pela parte recorrida: Ananias Benedito dos Santos.

Brasília (DF), 24 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 06.04.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Os recorridos ajuizaram ação de prestação de contas em desfavor do ora recorrente, aduzindo que com ele firmaram contrato de financiamento para aquisição de ações da Copesul em razão de programa nacional de privatizações.

Sustentam que o recorrente era gestor do contrato de financiamento e aquisição, mas não lhes exibiu o quanto pagou pelas ações, qual o valor efetivo delas, nem quanto do valor emprestado foi utilizado.

Sustentaram que o contrato tem cláusulas muito confusas e complexas, que, inclusive, não permitem saber o exato valor liberado para aquisição das ações.

O pedido foi julgado procedente, e o recorrente, condenado a prestar as contas exigidas, inconformado, apelou, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve a sentença na parte que determinou a prestação de contas, reformando-a quanto aos honorários advocatícios.

O acórdão restou assim ementado:

> Prestação de contas. 1ª fase. Operação negocial de aquisição de ações.
>
> 1. Agravo retido. Indeferimento de oitiva de testemunha desnecessária ao desate da lide não configura cerceamento de defesa.
>
> 2. Há interesse de agir dos autores em ver prestadas as contas relativas aos contratos firmados com a instituição financeira.
>
> 3. Eventual transferência das ações não afasta a legitimidade ativa de parte dos demandantes.
>
> 4. Prescrição inocorrente, pois se trata de relação obrigacional cujo prazo previsto no artigo 177 do Código Civil vigente à época da contratação é vintenário.
>
> 5. É dever da instituição financeira prestar contas da operação negocial entretidas com a parte.
>
> 6. Aplicação do Princípio da Boa-fé e do dever anexo de informação.
>
> 7. Ante o trabalho realizado pelo procurador da parte autora, assim como pelo vulto da operação, merece ser majorada a verba honorária arbitrada na sentença.
>
> *Rejeitaram as preliminares, desacolheram o agravo retido, negaram provimento ao apelo do réu e deram provimento ao dos autores.*

O recorrente, após opor embargos declaratórios, que foram rejeitados, aviou recurso especial com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal, aduzindo que foram violados os artigos 3º, 458, inciso II, 535, 915 e 917 do Código de Processo Civil; os artigos 1.301 e 1.331 do Código Civil de 1916; os artigos 1.119 e 1.122 do Código Civil, e artigo 421 do Código Civil de 2002.

Apresentadas as contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem. Porém, foi aviado agravo de instrumento (Ag n. 904.114), ao qual dei provimento determinando a subida do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): No recurso especial de que ora se cuida foram abordados quatro itens distintos, os quais analiso articuladamente, conforme se segue.

a) Da negativa de prestação jurisdicional

O primeiro ponto diz respeito à violação das disposições do art. 535 do Código de Processo Civil. Sustenta o recorrente que o acórdão foi omisso e obscuro por não ter se manifestado a respeito da falta de interesse de agir da parte contrária e acerca do que consistia a "relação negocial complexa".

Omissão não há. Não fosse pelo fato de as questões terem sido claramente tratadas no acórdão embargado, observo que, no julgamento dos embargos, o Tribunal *a quo* ainda especificou:

> A alegação de falta de interesse de agir sob o argumento de que os embargados pretendiam revisar a contratação entretida entre as partes está claro nas razões recursais de apelo do aqui embargante. Quanto à complexidade da relação negocial em apreço, também nada há a esclarecer, pois se refere ao negócio jurídico havido entre as partes e que ensejou o ajuizamento da presente controvérsia (fl. 1.507-v).

Portanto, tendo o embargante postulado a modificação do julgado que lhe foi desfavorável, e não havendo nenhuma omissão ou obscuridade, não conheço do recurso no ponto.

b) Inexistência de interesse de agir

O recorrente sustenta que foram vulneradas as disposições dos artigos 5º, 915 e 917 do Código de Processo Civil, ao argumento de que os questionamentos formulados pelos autores não são passíveis de serem esclarecidos nesta via de prestação de contas, pois ultrapassam a mera relação de débitos e créditos - forma mercantil - a que alude o artigo 917. Conclui, então, que falta interesse de agir aos autores.

O artigo 917 do Código estabelece o seguinte:

> Art. 917. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos.

Na verdade, as indagações dos autores – que constitui a causa de pedir mediata – não ferem em nada o dispositivo acima. Ao contrário, pois pretendem

saber acerca das receitas (valores efetivamente liberados a título de mútuo) e da aplicação das despesas (compra da ações, valores despendidos para tanto, valor das respectivas ações etc).

Como bem esclarece Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, Volume III, 39ª edição, p. 92:

> Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizada por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato.
>
> Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora.
>
> Não se trata, assim de um simples acertamento aritmético de débito e crédito, já que na formação do balanço econômico discute-se e soluciona-se tudo o que possa determinar a existência do dever de prestar contas como tudo o que possa influir na formação das diversas parcelas e, consequentemente, no saldo final.
>
> O montante fixado no saldo será conteúdo de título executivo judicial: 'o saldo credor declarado na sentença - dispõe o art. 918 do CPC - poderá ser cobrado em execução forçada'.
>
> Diante desse singular aspecto da ação, Rocco considera como seu principal objetivo o de obter a condenação do pagamento da soma que resultar a débito de qualquer das partes no acerto das contas. Procede-se, destarte, à discussão incidental das contas em suas diversas parcelas, mas a ação principal, é mesmo de acertamento e condenação quanto ao resultado final do relacionamento jurídico patrimonial existente entre as partes.

Ademais, a norma em comento dispõe que a apresentação das contas deve operar-se sob a forma mercantil, visando conferir maior tecnicidade e uniformidade ao procedimento. Caso contrário, cada um poderia fazê-la como bem entendesse, comprometendo o fim do instituto. Isso, contudo, não quer dizer que se deve interpretar a norma com rigor, pois o que se pretende é o esclarecimento de quem pede as contas; obtido isso, mesmo que a forma mercantil seja olvidada, as contas serão válidas.

Por fim, é de ressaltar que a obrigação imposta no acórdão recorrido refere-se à obrigação de prestar contas. A forma como elas serão apresentadas, o que nelas deve-se incluir ou não, fica relegado à segunda fase da ação, quando as contas serão efetivamente elaboradas.

Por certo que, tendo o recorrente boa-fé no trato de seus negócios, é de se esperar que ofertará as contas sem impor empecilho de nenhum tipo. Esclarecerão os autores acerca de tudo o que envolveu a execução do contrato.

Quanto ao artigo 915 do CPC, que disciplina o procedimento a ser observado, nada a respeito dele foi debatido, não tendo sido travadas quaisquer discussões sobre as normas que nele estão encerradas. Assim, ante a falta de prequestionamento, o recurso especial não pode ser conhecido.

c) Da qualificação jurídica do contrato

Sustenta o recorrente que o acórdão descaracterizou a relação jurídica havida entre as partes, que era mero contrato de compra e venda, para enquadrá-la como mandato, gestão de negócios ou administração de bens de terceiros.

Em razão disso, sustenta que houve vulneração das disposições dos artigos 1.119, 1.122, 1.301 e 1.331 do Código Civil de 1916.

Na verdade, a qualificação jurídica desimporta para o deslinde da presente lide, que visa unicamente à prestação de contas. Inclusive, não é objeto da presente ação nenhuma controvérsia acerca do contrato celebrado, até porque os autores não sabem se foi ele cumprido a contento ou não. Esse é o motivo da presente demanda, que visa a prestação de informações.

Das palavras contidas no voto condutor do acórdão recorrido, não há como concluir que tenha havido desqualificação da natureza jurídica do negócio avençado. Observe-se:

> Com efeito, depreende-se que se trata de relação processual complexa objetivando a compra de ações da *Copesul,* por seus funcionários, mediante financiamento concedido pela ré, tendo-lhe sido prestada garantia das próprias ações adquiridas.
>
> Na lição do eminente colega Desembargador Mário José Gomes Pereira, Relator da Apelação n. 70004989448, 'Seja na qualidade de mandatário (CCB, 1.301) ou de gestor (CCB, 1.331), ou, ainda, por administrado contas/valores em nome dos autores, tem o Banco o dever *ex lege* de prestar contas (fl. 1.493).

Portanto, indubitável que a conclusão acima foi de que: não importa se o contrato ajustado entre as partes inclua cláusulas de mandato, ou gestão ou mera administração, ainda assim tem o banco o dever de prestar contas.

Ante tal fato, não há por que falar em violação dos dispositivos do Código Civil, na medida em que eles não foram sequer aplicados à espécie nem mesmo deveriam sê-lo, porque não são objeto da presente demanda.

Extrai-se da lição de Carlos Maximiliano o que significa contrariar a lei federal. Nada obstante os comentários referirem-se à Constituição Federal de 1946, continuam atuais, porque aplicam-se à hipótese de cabimento de recurso especial fundado na alínea **a** do inciso III do art. 105 da atual Constituição. *Verbis*:

> Julgar-se contra a *letra da lei* quando se deixa de aplicar um texto positivo (1); quando a sentença abandona a regra evidentemente apta a reger a hipótese em aprêço e invoca outra que não a disciplina; ou comete êrro flagrante, manifesto, de interpretação (2); quando contraria a tese, o princípio, que a norma vigente exprime; ou faz invocação desapropriada ou insincera de postulado peremptório (3); enfim, quando se orienta por um preceito inaplicável à espécie vertente em vez do claramente adequado (4).
>
> Não se enquadra na letra **a** do artigo 101, n. III, o *veredictum*, quando entre duas correntes de idéias ou de soluções comumente usadas adote uma; quando haja argumentos pro e contra a aplicação feita, ou quando se apoie em um ramo de Direito adequado, embora a parte invocasse outro (por exemplo, Direito Comercial vez de Civil; êste em lugar do Criminal (5); nem quando não tenha contrariado, de modo direto ou indireto, um dispositivo legal (6) (*in* Comentários à Constituição Brasileira 1946, vol. III, p. 364-365).

Portanto, não conheço do recurso neste ponto.

d) Da inaplicabilidade das disposições do art. 421 do Código Civil

Por fim, o recorrente afirma que as disposições do artigo 421 do Código Civil não poderia ser aplicada à presente hipótese, pois se trata de contrato firmado sob a égide do Código revogado.

Sem razão o recorrente.

O ordenamento jurídico constitui um sistema, que pressupõe ordem e unidade, devendo portanto suas partes conviver em harmonia.

Com efeito, na moderna dogmática jurídica, as normas se subdividem em duas categorias, a saber: a) – regras e b) – princípios. Entre essas categorias não há hierarquia em vista da unidade do ordenamento jurídico.

As regras correspondem à normas, que, diante da ocorrência de suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem.

De sua vez, os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Têm maior teor de abstração e finalidade mais destacada dentro do sistema.

Traduzem comandos de otimização na medida em que pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível e funcionam como fio condutor do sistema jurídico dando-lhe unidade.

A propósito observa *Roque Antonio Carrazza* que:

> Princípio é um enunciado lógico, *implícito ou explícito,* que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se concectam.
>
> Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumento teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um esta melhor ou pior desvendado no texto jurídico. Aliás, as norma jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, as identifica e as hierarquiza (Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 39, 21ª edição/2005 – Malheiros Editores).

Pois bem, os princípios da "boa fé objetiva" e da "função social do contrato", conquanto só tenham sido acolhidos, de forma explícita no texto dos artigos 113 e 421, respectivamente, do novel Código Civil, que entrou em vigor em 2003, desde há muito encontravam-se ínsitos, de forma implícita, no sistema. De sorte que sua incidência nas relações contratuais estabelecidas anteriormente a entrada em vigor do mencionado diploma não caracteriza, evidentemente, violação do princípio da irretroatividade da leis e muito menos do princípio do ato jurídico perfeito.

No caso presente, a referência no acórdão recorrido aos "princípio da função social do contrato" e da "boa-fé objetiva" importou apenas no manejo da "função interpretativa" daqueles princípios, no sentido de estabelecer o alcance das cláusulas contratuais.

Ademais, o argumento, aqui suficientemente rebatido por si só não teria o condão de alterar a conclusão da decisão recorrida.

e) Conclusão

Ante o exposto, e verificando que inexiste violação de lei federal, *não conheço do recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.097.759-BA (2008/0224645-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: União
Recorrido: Soane Nazare de Andrade e outro
Advogados: Ivan Luiz Bastos e outro(s)
José Cândido de Carvalho Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito Processual Civil. Intervenção anódina da União. Art. 5º da Lei n. 9.469/1997. Interesse meramente econômico. Deslocamento da competência para a Justiça Federal. Impossibilidade. Recurso especial não conhecido.

1. Conquanto seja tolerável a intervenção anódina da União plasmada no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, tal circunstância não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, o que só ocorre no caso de demonstração de legítimo interesse jurídico na causa, nos termos dos arts. 50 e 54 do CPC/1973.

2. A interpretação é consentânea com toda a sistemática processual, uma vez que, além de não haver previsão legislativa de deslocamento de competência mediante a simples intervenção "anômala" da União, tal providência privilegia a fixação do processo no seu foro natural, preservando-se a especial motivação da intervenção, qual seja, "esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria".

3. A melhor exegese do art. 5º da Lei n. 9.469/1997 deve ser aquela conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 70 da Lei n. 5.010/1966 e art. 7º da Lei n. 6.825/1980, porquanto aquele dispositivo disciplina a matéria, em essência, do mesmo modo que os diplomas que o antecederam.

4. No caso em exame, o acórdão recorrido firmou premissa, à luz dos fatos observados nas instâncias ordinárias, que os requisitos da intervenção anódina da União não foram revelados, circunstância que faz incidir o Verbete Sumular n. 7-STJ.

5. 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, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Afirmou impedimento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento tirado de decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus-BA, que, nos autos de embargos à execução ajuizados pelo Banco do Brasil S/A, indeferiu o ingresso da União como assistente, nos termos do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997.

A lide pode ser assim historiada:

> Em 09.11.1995, o Banco do Brasil ajuizou a ação de execução de título extrajudicial em face dos requeridos. Estes, por sua vez, opuseram embargos à execução que foram julgados procedentes, culminando com uma condenação em honorários advocatícios de 20% do valor da causa.
>
> Irresignado o Banco do Brasil apelou da decisão (n. 587 – 5/2002), o recurso foi improvido. Posteriormente, ingressou com embargos de declaração, Recurso Especial e Extraordinário (os dois últimos não reconhecidos por intempestividade). Estas decisões foram agravados perante o STJ e STF, sendo mantido o reconhecimento da intempestividade.
>
> Em fase de execução o Banco do Brasil ingressou com exceção de pré-executividade, embargos à execução, Ação rescisória, esta teve seu seguimento negado, e exceção de suspeição (rejeitada por unanimidade pelo TJ-BA), dentre outras medidas judiciais.
>
> Em 11.04.2006, a *União* peticionou nos autos de embargos à Execução tombado sob o n. 954.336-1, requerendo a sua inclusão como assistente simples do Banco do Brasil, sociedade de economia mista integrante da administração indireta.

> Os embargados foram contra o ingresso da União como assistente nessa fase processual e o Banco do Brasil, opinou favoravelmente. (fl. 437)

O acórdão proferido no agravo de instrumento, que manteve o indeferimento do ingresso da União na fase de execução, ficou assim ementado:

> Processual Civil. Agravo de instrumento. Tempestividade. Embargos à execução promovida contra o Banco do Brasil S/A. Pedido de assistência formulado pela União Federal. Indeferimento. Interesse na lide não demonstrado.
>
> I - Salvo quando não conhecidos por intempestividade, os embargos de declaração interrompem o prazo para oposição de recurso, motivo pelo qual se afigura tempestivo o presente agravo de instrumento.
>
> II - A simples condição de acionista majoritária do Banco do Brasil S/A, ostentada pela União Federal, não tem o condão, por si só, de caracterizar o seu eventual interesse na lide instaurada contra a aludida Sociedade de Economia Mista, com o conseqüente deslocamento da competência, para processar e julgar o feito, para a Justiça Federal, mormente quando já inteiramente resolvido o processo de conhecimento, sem a pretendida assistência, como no caso dos autos, restringindo-se a execução, tão-somente, à verba honorária a que fora condenado o Banco do Brasil S/A, a caracterizar a sua inteira responsabilidade pelo pagamento da aludida verba, na espécie dos autos.
>
> III - Agravo desprovido. Decisão mantida. (fl. 481)

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 493-501).

Irresignada, a União interpôs recurso especial com supedâneo nas alíneas **a** e **c** do autorizador constitucional, alegando ofensa ao art. 535 do CPC, art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997.

Argumenta ser descabida a exigência de demonstração de interesse jurídico para a União intervir no presente feito, porquanto o interesse econômico estaria demonstrado, nos termos do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997.

Aduz, de outra parte, que o interesse econômico da União reside no fato de que o valor exeqüendo a título de honorários, cerca de R$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), corresponderia a quase 1% do lucro do Banco do Brasil no 3º trimestre de 2007. Ou seja, "bastaria de um pouco mais de cem decisões judiciais (...) para que tal instituição financeira passasse a operar no prejuízo". (fl. 511)

Sinaliza, por derradeiro, dissídio jurisprudencial em relação ao acórdão proferido no EREsp n. 589.560-SP, de relatoria do e. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 10.08.2005.

Contra-arrazoado (fls. 524-532), o especial foi admitido (fls. 535-536).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 1. Por primeiro, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, aptos a ensejar a oposição dos embargos declaratórios.

Em realidade, o acórdão proferido em sede de embargos de declaração enfrentou diretamente o ponto suscitado, relativo à incidência do art. 5º da Lei n. 9.469/1997, apenas não acolhendo a tese defendida pelo embargante, circunstância que afasta a pretensa vulneração ao art. 535 do CPC.

Confira-se, dentre muitos, o seguinte precedente:

> Processo Civil. Honorários advocatícios. Execução fiscal e embargos à execução. Cumulação. Possibilidade. Jurisprudência do STJ. Acórdão. Omissão: inexistência.
>
> 1. Inexiste omissão em acórdão que enfrenta a questão controversa, dando solução à demanda, mas no sentido contrário à pretensão da parte embargante.
>
> (...)
>
> (REsp n. 1.019.720-PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.09.2008, DJe 02.10.2008).

2. Quanto ao mérito, pretende a União intervir no feito, em fase de embargos à execução relativa a cobrança de honorários advocatícios, apontando que "teria interesse no deslinde da controvérsia instaurada nos autos de origem, na condição de assistente simples, pelo fato de ser acionista majoritária" da sociedade embargante (fl. 504).

Como noticiam os autos, o Banco do Brasil S/A foi sucumbente em ação de embargos à execução, condenado, assim, a arcar com custas e honorários advocatícios, estes, segundo relata, atinge o patamar de cerca de R$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais). Manejou-se recurso de apelação e, posteriormente, recursos especial e extraordinário, todos infecundos.

Em fase de execução dos honorários, o Banco do Brasil S/A peticionou exceção de pré-executividade, ajuizou embargos à execução, ação rescisória e exceção de suspeição, medidas estas que lograram a mesma sorte das anteriores.

Finalmente, nos autos dos embargos à execução, que tramita no Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ilhéus-BA, requereu a União intervenção no feito na forma de assistência simples, com supedâneo no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, deslocando a competência para a Justiça Federal, que, por sua vez, não vislumbrou motivo razoável para a participação da União.

2.1. A celeuma relativa à intervenção da União em hipóteses que extravasam àquelas previstas no Código de Processo Civil - nas quais a demonstração de interesse jurídico é antecedente necessário -, bem como às conseqüências dessa intervenção, de fato, não é nova.

Remontam à Lei n. 5.010/1966 as primeiras previsões legislativas desse tipo de intervenção, tida pela doutrina como "intervenção anômala":

> Art. 70. A União intervirá, obrigatoriamente, nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal.

O Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos e, agora, o Superior Tribunal de Justiça, sempre foram instados a se manifestar acerca do tema.

A exegese dada pelo Supremo Tribunal Federal ao mencionado artigo foi a de que, a despeito da omissão legislativa, o deslocamento do feito para a Justiça Federal dependeria de legítimo interesse jurídico, nos termos do art. 93 do Código de Processo Civil de 1939, que assim dispunha:

> Art. 93. Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte.

Nesse sentido, foi o voto proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal no Conflito de Jurisdição n. 4.021-Guanabara:

> O Supremo Tribunal tem entendido, para efeito de competência, que esse interesse tem de ser manifestado formalmente, com a assunção de posição específica no processo, como assistente ou opoente.

> (...)
>
> O interesse da União deve traduzir-se numa posição processual definida, e não apenas na simples alegação de interesse. Certo ou errado, este é o entendimento do Tribunal, que vinha predominando.

Elucidativo também foi o voto condutor do Ministro Thompson Flores, a quem coube a lavratura do acórdão:

> (...) não é bastante que a União se pronuncie. Aceito a tese, agora propugnada pelo eminente Ministro Victor Nunes, entendendo que o dispositivo constante do § 2º do art. 119, quando estabelece que as causas propostas perante outros juízes, se a União nelas intervier *(sic)* como assistente ou opoente, passarão a ser da competência da Justiça Federal, merece a devida interpretação.
>
> Tenho que esse dispositivo carece de exegese, porque não é bastante uma mera interferência, uma interferência simplesmente formal, sem exigências outras da União. Porque, então, daríamos ao Procurador Geral o poder de fixar a competência, arrebatando-a, quando o entendesse. Isso seria, evidentemente inaceitável.

Finalmente, o Ministro Evandro Lins descortinou o que seria o verdadeiro escopo da intervenção da União no feito, o que era, deveras, esperado:

> O que resta saber é se o simples requerimento da assistência da União desloca o julgamento do processo para o Juízo Federal.
>
> Devemos considerar, na hipótese, as diversas implicações que esse puro e formal requerimento de assistência vem acarretando, com graves prejuízos para as partes e sérios entraves à Justiça.
>
> Sabemos que há uma Portaria ou Ordem de Serviço da Procuradoria-Geral da República - eu mesmo a assinei quando tive a honra de desempenhar esse elevado cargo - recomendando aos Procuradores da República que requeiram, sempre, a intervenção da União em todos os casos da Rede Ferroviária. Essa recomendação tinha e tem o objetivo exclusivo de deslocar do foro comum para a Justiça Federal os feitos do interesse dessa sociedade de economia mista. Em virtude dessa Portaria, passou a ocorrer uma constante disparidade quanto à competência para o julgamento pela Justiça Federal, quando houvesse requerimento da União, e pela Justiça Comum, quando a União, por omissa ou porque não foi alertada para a existência do processo, deixou de fazer qualquer requerimento de assistência.
>
> Se houver assistência da União, essa assistência há de ser requerida até ser proferida decisão de 1ª instância, assumindo a assistente o papel de litisconsorte.
>
> O simples requerimento de assistência não tem a virtualidade de mudar a competência de foro. Na realidade, como temos testemunhado através de

> inúmeros casos, a intervenção da União só tem servido para tumultuar os feitos, retardando o seu desfecho.

Posteriormente, em diversas oportunidades, o Pretório Excelso referendou o mesmo entendimento.

Confiram-se:

> Competência. Deslocamento. Para que, em ação de desapropriação movida por município contra particular, ocorra o deslocamento de competência para a Justiça Federal, não basta que a União intervenha no processo com petição em que simplesmente alegue ser seu o domínio do imóvel, mas é necessário que o faça por meio de oposição devidamente formalizada. Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 94.142, Relator(a): Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 05.05.1981, DJ 05.06.1981 p. 05398, Ement vol-01215-02 p. 00524);

> *Tarifas de energia elétrica. Competência. Concessionária de serviço de eletricidade. Interesse da União não demonstrado. Aplicação da Portaria Ministerial n. 140 (MME).*
>
> *1. A simples intervenção da União, sem demonstrar interesse jurídico, não desloca a competência para a Justiça Federal.*
>
> (RE n. 96.590, Relator(a): Min. Rafael Mayer, Primeira Turma, julgado em 04.02.1983, DJ 11.03.1983 p. 02.475, Ement vol. 01.286-02 p. 00.413);

> *- Competência. Ação de desapropriação. A simples manifestação de interesse na causa, feita pela União, sem a assunção precisa da posição de autora, ou ré, ou assistente, ou opoente, não desloca a competência para a Justiça Federal. Dissídio jurisprudencial não comprovado nos moldes regimentais. Recurso extraordinário não conhecido.*
>
> (RE n. 91.698, Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque, Primeira Turma, julgado em 05.02.1980, DJ 29.02.1980 p. 00975, Ement vol-01161-02 p. 00505, RTJ vol-00092-02 p. 00931).

Com efeito, a jurisprudência pátria permaneceu incólume na tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Conflito de Jurisdição n. 4.021-Guanabara, no já distante ano de 1969. Vale dizer, conquanto fosse tolerável a intervenção da União em causas quando presente apenas o seu interesse remoto, indireto ou econômico, tal circunstância não teria o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, o que só ocorre no caso de demonstração de legítimo interesse jurídico na causa, nos termos do art. 93 do CPC/1939 e art. 50 do CPC/1973.

Tal tese foi outrora materializada na Súmula n. 61-TFR, *verbis*:

> Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.

2.2. A legislação posterior contemplou solução jurídica semelhante à do art. 70 da Lei n. 5.010/1966. Nesse sentido, são os arts. 7º da Lei n. 6.825/1980 - que revogou o art. 70 da Lei n. 5.010 - e 2º da Lei n. 8.197/1991.

O art. 7º da Lei n. 6.825/1980 estava assim redigido:

> Art 7º A União Federal poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou réus, os partidos políticos, excetuadas as de competência da Justiça Eleitoral, e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim os órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal.

Por sua vez, a redação do art. 2º da Lei n. 8.197/1991:

> Art. 2° A União poderá intervir nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais.

A legislação atual regente do tema é a Lei n. 9.469/1997, introduzida no ordenamento jurídico pala Medida Provisória n. 1.561/1996, que, dentre outras providências, "dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta".

O art. 5º deste Diploma, dispositivo que interessa ao desate da controvérsia, está assim redigido:

> Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.
>
> Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

2.3. A bem da verdade, o artigo em análise consubstancia exceção a toda a sistemática processual vigente, a qual exige, para a assunção da posição de

"parte" (art. 3º do CPC) ou "terceiros intervenientes" (art. 50 do CPC), a demonstração de legítimo interesse jurídico, materializado pela doutrina clássica como a possibilidade da causa pendente de julgamento afetar diretamente a esfera jurídica do pretenso interveniente.

Diante dessa manifesta incongruência, doutrinadores de peso vêem nesse dispositivo um "abandono de princípios processuais básicos" e uma violação "grosseira e rasa" do direito processual (respectivamente, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 227).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, na obra acima citada, prelecionam que:

> De todo modo, insta deixar registrado, com tristeza, que o direito processual (...) não pode ser violado de maneira tão grosseira e rasa, com intuitos como este, feitos sem a menor preocupação com a técnica processual ou as conseqüências que podem causar aos processos, apenas para que possam ser atendidos casos determinados e circunstâncias específicas. É importante sublinhar, apesar de óbvio, que os princípios e garantias processuais objetivam estabelecer um processo democrático, capaz de conferir aos cidadãos uma justiça imparcial. Ora, o art. 5º da Lei n. 9.467/1997, exatamente por desconsiderar os princípios processuais, atenta contra o direito que todo cidadão possui de ir ao Poder Judiciário em busca de uma solução imparcial, justa e estável para o seu conflito de interesses.

Porém, por disposição literal, o art. 5º da Lei n. 9.469/1997 prevê essa intervenção "atípica" da União sem demonstração de interesse jurídico, e, no âmbito do recurso especial, cabe a esta Corte Superior conferir a melhor e mais adequada interpretação a lei.

Nesse passo, a melhor exegese do dispositivo, segundo penso, deve ser aquela mesmo elaborada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 70 da Lei n. 5.010/1966 e art. 7º da Lei n. 6.825/1980, porquanto o art. 5º da Lei n. 9.469/1997 dispõe, em essência, do mesmo modo que os diplomas que o antecederam.

O mencionado dispositivo pode ser, para melhor compreensão, fracionado em três partes:

a) o *caput* - que reflete, essencialmente, a legislação pretérita -, juntamente com o parágrafo único, explicitam a possibilidade de entes da Administração

Pública Federal - não excluindo, por óbvio, a própria União - intervirem em processos "em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais", sem a demonstração de interesse jurídico, bastando a demonstração do interesse econômico, ainda que indireto;

b) a especial motivação dessa intervenção - "para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria"; e

c) a possibilidade de, se for o caso, os intervenientes recorrerem, "hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes".

Dessume-se claramente da leitura do dispositivo (item a) que o só fato de a União intervir no feito, valendo-se do benefício dado pelo art. 5º da Lei n. 9.469/1997, não acarreta automaticamente o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Esta sempre foi a jurisprudência da Suprema Corte, acompanhada, por sua vez, pelo Tribunal Federal de Recursos, o qual, inclusive, editou a já mencionada Súmula n. 61:

> Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.

Não havendo alteração legislativa substancial acerca do tema, não justifica a inobservância da jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tratando de questão análoga.

Vale dizer, conquanto seja tolerável a intervenção anódina da União plasmada no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, que poderá "esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria", tal circunstância não tem o condão de deslocar a competência para a Justiça Federal, o que só ocorre no caso de demonstração de legítimo interesse jurídico na causa, nos termos dos art. 50 e 54 do CPC/1973.

Não é ocioso desde logo ressaltar que tal solução não esvazia o Verbete Sumular n. 150-STJ, assim redigido:

> Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

Por óbvio, a Justiça Federal somente decidirá acerca da presença do interesse jurídico quando a intervenção da União for requerida com base na presença desse interesse qualificado.

Porém, tal não ocorre com a ingerência processual da União por mero interesse econômico.

Somente no caso de haver recurso interposto pelo ente federal, o deslocamento da competência poderá ocorrer.

Athos Gusmão Carneiro, com a clareza costumeira, dá a mesma solução à controvérsia:

> Essa intervenção "atípica" da entidade de direito público federal poderá ser melhor enquadrada como caso de intervenção de *amicus curiae*
>
> (...).
>
> Novidade maior está no parágrafo, segundo o qual a pessoa jurídica de direito público (portanto, a Administração centralizada, as autarquias, as fundações de direito público) poderá intervir em qualquer demanda se a sentença, a ser proferida na causa, puder influir, ainda que de forma indireta e reflexa, no âmbito patrimonial da aludida pessoa jurídica. Mais ainda: nos casos em que ocorra esta intervenção atípica, a competência não se desloca para o foro privativo, salvo se a entidade de direito público interpuser recurso; apenas nesta hipótese, segundo está na lei, será considerada como parte (...) e, pois, haverá o deslocamento de competência para a Justiça Federal (...).
>
> (...)
>
> Sustentamos alhures (em parecer forense) que a única exegese possível, capaz de livrar o parágrafo único, parte final, da eiva de inconstitucionalidade (preservando o texto), será a de limitar sua incidência aos casos em que a entidade de direito público, ao recorrer, venha simultaneamente a sustentar a existência (ou a superveniência) de interesse jurídico, destarte requerendo e obtendo seu reenquadramento processual como "assistente" ou como "litisconsorte" da entidade para cuja tutela postulou sua intervenção. O deslocamento de competência será, então, consectário desse novo enquadramento. (Idem, p. 202-203)

No mesmo sentido, tem-se inclinado a Primeira Seção do STJ:

> Direito Processual Civil. Competência. Juízo Federal. Declinação da competência para a Justiça Estadual. Interesse da União não caracterizado. Acórdão que, em agravo de instrumento, reconhece o interesse reflexo da União na ação ajuizada em face de concessionária de serviço de telefonia, dada a competência fiscalizadora da Anatel. Agência que não manifesta interesse e não integra o feito.

> I – Não justificado o interesse jurídico da União no feito, é de se reconhecer a incompetência da Justiça Federal para seu processamento e julgamento. A Lei n. 9.469/1997, que alberga hipóteses de intervenção da União independentemente de interesse jurídico, impõe o deslocamento da competência apenas no caso de interposição de recurso, fato não ocorrente no caso, no qual sequer houve manifestação do ente público nem de suas autarquias. Precedentes: REsp n. 633.028-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 29.11.2004, p. 251; CC n. 1.755-BA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 17.06.1991, p. 8.183.
>
> II – Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 574.697-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 06.03.2006 p. 167);

> Recurso especial. Autuação multa. Violação dos artigos 5º e 9º, da Lei n. 9.469/1997 e 398 do Código de Processo Civil. Não-ocorrência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
>
> (...)
>
> 3. Não configura vulneração ao artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997 o julgamento, pela justiça estadual, de demanda em que não existe justificado interesse jurídico de autarquia federal – DNER – no feito nos moldes do artigo 109, I, da Constituição Federal vigente. Afora isso, cumpre registrar que nos termos do parágrafo único do artigo 5º da Lei n. 9.469/1997, acusado de violado pelo recorrente, o deslocamento da competência apenas aconteceria no caso de interposição de recurso, o que, incontestavelmente, não é o caso dos autos.
>
> 4. Recurso especial conhecido pelas aludidas violações dos artigos 398 do Código de Processo Civil e 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997 e desprovido.
>
> (REsp n. 633.028-PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05.10.2004, DJ 29.11.2004 p. 251).

Essa interpretação, de fato, mostra-se consentânea com toda a sistemática processual, uma vez que, além de não haver previsão legislativa de deslocamento de competência mediante a simples intervenção "anômala" da União, tal providência privilegia a fixação do processo no seu foro natural.

Apenas a título exemplificativo, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, contido no art. 87, do CPC, segundo o qual a competência é fixada tão-logo seja proposta a ação, reflete, em verdade, uma vontade legislativa adotada pelo Código de Processo Civil, qual seja, a de estabilização do processo.

Porém, não é o único. A mesma opção principiológica permeia todo o Diploma Processual, por exemplo, no art. 264, que proclama a fixação do pedido e da causa de pedir - *perpetuatio libelli* - e no art. 42, a fixação das partes - *perpetuatio legitimationis*.

Vê-se, portanto, que o sistema busca evitar sobressaltos ao bom andamento do processo, sobretudo em razão de indesejável deslocamento de foro.

À luz do princípio do juiz natural, não se admite que a parte escolha o Juízo perante o qual quer litigar. O foro competente não é definido ao nuto do julgador, tampouco das partes ou interessados, mas em conformidade com as regras de fixação e prorrogação de competência entabuladas nas leis processuais.

Por isso que a intervenção excêntrica da União não pode gerar, desde logo, o deslocamento do feito para a Justiça Federal, pois, em realidade, estar-se-ia entregando a sua Advocacia Geral o poder de eleição do foro das sociedades de economia mista, para obstruir a marcha de processos de terceiros quando melhor lhe conviesse.

2.4. Por outro lado, ao contrário do que possa aparentar, o art. 5º da Lei n. 9.469/1997 é mais restritivo que os diplomas que o precederam.

Se, por um lado, ainda há a previsão de intervenção da União independentemente de demonstração de interesse jurídico - o que já era contemplado pela jurisprudência do STF -, há de ser observada a especial motivação da intervenção, qual seja, "para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria".

A melhor hermenêutica aplicável a todo e qualquer texto legal, como se sabe, não deve reduzir a norma jurídica a palavras vazias.

Com efeito, não basta a União, ou outro ente legitimado, atravessar singela petição requerendo sua intervenção à luz do art. 5º da Lei n. 9.469/1997, por suposto interesse econômico. Deve, desde logo, demonstrar como exatamente pretende "esclarecer questões de fato e de direito" ou qual a utilidade de se "juntar documentos e memoriais", sem o que não será possível o seu ingresso na lide.

Por essas razões, parte da doutrina já tem sinalizado que a intervenção da União nessas hipóteses é apenas circunstancial e transitória, exaurindo-se tão-logo sejam apresentados os esclarecimentos aos quais alude o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.469/1997.

Confira-se nesse sentido:

> Mas o que está escrito no dispositivo, embora de forma tortuosa, é que (redijamos de forma direta, mais clara): "As pessoas jurídicas de direito público poderão intervir nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de

> natureza econômica, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria".
>
> *Ad litteram*, portanto, as pessoas jurídicas de direito público podem intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, apenas para prestar esclarecimentos.
>
> (...)
>
> Acreditamos que, aprofundando a idéia, o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 9.469/1997 deva ser interpretado no sentido de que a participação processual das pessoas jurídicas de direito público, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo, para tanto, juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria, não caracterizam intervenção de terceiros permanente, na medida em que a pessoa jurídica de direito público não ingressa no processo como sujeito do contraditório instituído pelo juiz, não passa a ser parte nem mesmo acessória. Ela simplesmente leva ao conhecimento do juiz, em seu próprio interesse, os esclarecimentos que reputa úteis, sem - repita-se - tornar-se parte efetiva do processo. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Assistência e intervenção da União. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 196-198)

2.5. No caso em exame, a União requereu a intervenção no feito, como assistente do Banco do Brasil S/A, nos moldes do art. 5º, da Lei n. 9.469/1997, razão pela qual o processo foi enviado à Justiça Federal.

O Juízo Federal, entendendo pela necessidade de demonstração do interesse jurídico, indeferiu a intervenção pleiteada.

À luz do que foi exposto ao longo do voto, sequer a remessa à Justiça Federal se fazia necessária, o que é em si bastante para não conhecer do recurso especial.

Ademais, ainda que se por isso não fosse, o acórdão recorrido firmou premissa, à luz dos fatos observados nas instâncias ordinárias, de que os requisitos da intervenção especial da União não foram revelados, conforme se observa do seguinte trecho:

> Quanto a intervenção prevista no art. 5º da Lei n. 9.469/1997, introduzida no direito pátrio a partir da Lei n. 6.825/1980, denominada pela doutrina como assistência especial da União, os requisitos diferem daqueles exigidos para assistência simples prevista no CPC, posto que prescinde da demonstração de reflexo, mesmo que indireto, de ordem *econômica* (interesse fático) e a necessidade de esclarecimento sobre questão de fato ou de direito reputadas úteis.

> Os institutos da assistência simples e da assistência especial, embora mantenham características comuns, não se confundem.
>
> A assistência especial, com efeito, se subordina aos limites impostos pela própria lei, ou seja, pressupõe a existência de interesse econômico e a necessidade de esclarecimentos de questões de fatos ou de direito reputadas úteis (art. 5º, parágrafo único da Lei n. 9.469/1997). Tais requisitos, contudo, *não foram revelados pelo Requerente,* conforme se verifica do petitório de fls. (fl. 474)

Com efeito, no ponto, o recurso encontra óbice na Súmula n. 7-STJ.

3. Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ORDINÁRIO N. 74-RJ (2008/0076862-4)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrente: Josélia da Silva Marques
Advogado: Luiz Roberto Leven Siano e outro(s)
Recorrido: República Federal da Alemanha

EMENTA

Direito Internacional. Ação de indenização. Vítima de ato de guerra. Estado estrangeiro. Imunidade.

1 - O Estado estrangeiro, ainda que se trate de ato de império, tem a prerrogativa de renunciar à imunidade, motivo pelo qual há de ser realizada a sua citação.

2 - Recurso ordinário conhecido e provido para determinar a volta dos autos ao juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso ordinário e dando-lhe provimento, em maior extensão que o voto do Relator, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e lhe dar provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: *Josélia da Silva Marques* ajuiza ação de indenização por danos morais e materiais contra a *República Federal da Alemanha* pela morte de Zacarias da Costa Marques, tio da autora, ocorrida em julho de 1943.

Segundo se colhe da inicial, o barco de pesca em que estava a vítima teria sido afundado por um submarino de guerra alemão (U-199) que patrulhava a costa brasileira, mais precisamente no litoral de Cabo Frio - RJ. À época, segundo consta, mais de 20 navios teriam sido torpedeados pelos alemães, sendo certo que nunca foram encontrados corpos ou restos mortais da vítima ou das demais pessoas que estavam no barco, mas apenas destroços que chegaram à praia, com sinais de explosão, levando à conclusão que teria sido mesmo abatido por um dos vasos de guerra alemães.

Aduz que o submarino foi abatido pela Marinha de Guerra brasileira e os sobreviventes (prisioneiros) resgatados e encaminhados aos Estados Unidos, onde teriam confessado o afundamento do barco de pesca (Changri-lá) em que se encontrava a vítima.

No ano seguinte, em fevereiro de 1944, pelo Tribunal Marítimo houve o arquivamento do caso, concluindo pela ausência de provas de que o Changri-lá fora abatido por submarino de guerra alemão.

Em 31 de julho de 2001, quase seis décadas depois, pelo Tribunal Marítimo, por provocação da Procuradoria da Marinha, foi reaberto o processo, após tomar conhecimento de documentos que demonstrariam os fatos, concluindo, afinal, que o naufrágio do Changri-lá teria mesmo sido provocado pelo submarino de guerra alemão.

Em primeiro grau de jurisdição, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, endossando o magistrado entendimento fixado em outra causa idêntica, no sentido de incidir a prescrição e não ser possível submeter um país soberano a pagar indenização por atos de guerra (fls. 230-232).

Contra esse édito maneja a autora apelação sustentando ser nula a sentença por falta de fundamentação, por ser *extra petita*.

No mais, aduz que não houve, na espécie, declaração expressa da ré acerca de sua imunidade, que não pode ser tácita; além do mais, ainda que se aplique a imunidade de jurisdição, não é ela incidente no caso, pois que os fatos ocorridos no território do Estado do foro violam direitos humanos e são os autores pobres, não podendo exercer o direito de ação no estrangeiro.

Os autos foram encaminhados ao TRF da 2ª Região e, em seguida, remetidos a esta Corte sob a forma de recurso ordinário, em face da regra expressa do art. 105, II, letra **c**, da Constituição Federal (fls. 335-338).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso:

> Processo Civil e Internacional. Ação ordinária visando ressarcimento de danos. Naufrágio de embarcação por submarino alemão, durante a II Guerra Mundial. Ato de império praticado por estado estrangeiro em território nacional. Prerrogativa de gozo de imunidade de jurisdição. Parecer pelo conhecimento e improvimento do presente recurso. (fls. 351)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Consoante se colhe da exposição realizada no relatório, a autora, na qualidade de descendente de vítima de um submarino da Alemanha nazista durante a Segunda Guerra Mundial, pretende o pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Sem embargo de se tratar de ato de império que, em tese, não se submete à jurisdição de outro país soberano, o fato é que o estado estrangeiro tem, ainda, nessas hipóteses, a prerrogativa de renunciar à sua imunidade e submeter-se ao processo.

Nesse sentido, deve haver a sua citação formal para se manifestar, providência não efetivada no caso concreto, dada a existência de sentença

extintiva do feito sem julgamento do mérito, mesmo antes de qualquer manifestação da pretensa ré, República Federal da Alemanha.

A propósito, confira-se os seguintes precedentes:

> Direito Processual e Direito Internacional. Propositura, por francês naturalizado brasileiro, de ação em face da República Federal da Alemanha visando a receber indenização pelos danos sofridos por ele e por sua família, de etnia judaica, durante a ocupação do território francês na Segunda Guerra Mundial. Sentença do Juízo de Primeiro Grau que extinguira o processo por ser, a autoridade judiciária brasileira, internacionalmente incompetente para o julgamento da causa. Reforma da sentença recorrida.
>
> - A competência (jurisdição) internacional da autoridade brasileira não se esgota pela mera análise dos arts. 88 e 89 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Assim, pode haver processos que não se encontram na relação contida nessas normas, e que, não obstante, são passíveis de julgamento no Brasil. Deve-se analisar a existência de interesse da autoridade judiciária brasileira no julgamento da causa, na possibilidade de execução da respectiva sentença (princípio da efetividade) e na concordância, em algumas hipóteses, pelas partes envolvidas, em submeter o litígio à jurisdição nacional (princípio da submissão).
>
> - Há interesse da jurisdição brasileira em atuar na repressão dos ilícitos descritos na petição inicial. Em primeiro lugar, a existência de representações diplomáticas do Estado Estrangeiro no Brasil autoriza a aplicação, à hipótese, da regra do art. 88, I, do CPC. Em segundo lugar, é princípio constitucional basilar da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana. Esse princípio se espalha por todo o texto constitucional.
>
> No plano internacional, especificamente, há expresso compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. Disso decorre que a repressão de atos de racismo e de eugenia tão graves como os praticados pela Alemanha durante o regime nazista, nas hipóteses em que dirigidos contra brasileiros, mesmo naturalizados, interessam à República Federativa do Brasil e podem, portanto, ser aqui julgados.
>
> - A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse de não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando se tratar, a hipótese, de pratica de atos de império que autorizariam a invocação desse princípio.
>
> Recurso ordinário conhecido e provido. (RO n. 64-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.05.2008, DJ 23.06.2008 p. 1)

> Direito Processual e Direito Internacional. Propositura, por brasileiro, de ação em face do Estado da Nova Zelândia visando a receber indenização por danos morais e materiais, decorrentes da proibição de entrada naquele país, apesar da anterior concessão de visto de turismo. Sentença que extinguiu o processo, por inépcia da inicial. Possibilidade de citação do Estado estrangeiro.
>
> - A imunidade de jurisdição não representa uma regra que automaticamente deva ser aplicada aos processos judiciais movidos contra um Estado Estrangeiro. Trata-se de um direito que pode, ou não, ser exercido por esse Estado. Assim, não há motivos para que, de plano, seja extinta a presente ação. Justifica-se a citação do Estado Estrangeiro para que, querendo, alegue seu interesse em não se submeter à jurisdição brasileira, demonstrando que a hipótese reproduz prática de ato de império que autoriza a invocação desse princípio.
>
> Recurso ordinário conhecido e provido. (RO n. 70-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.05.2008, DJ 23.06.2008 p. 1)

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento apenas e tão somente para determinar a volta dos autos à origem para a intimação da República Federal da Alemanha.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, louvo a excelente sustentação oral da ilustre advogada. Realmente é uma questão tormentosa, mas que vem se definindo, tanto na Quarta Turma como na Terceira Turma, nesse sentido. Inclusive, fiquei relator para o acórdão de um processo, na quinta-feira, pelo voto médio que prevaleceu. O Sr. Ministro Ari Pargendler me acompanhou. O Sr. Ministro Sidnei Beneti extinguiu o processo sem intimação alguma. A Sra. Ministra Nancy Andrighi e o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros - o processo iniciou-se há vários meses - entendiam de se fazer a citação e aí sim o Estado estrangeiro poderia ou não renunciar, mas já com efeito de citação.

Fui contra em função da nossa jurisprudência, porque a citação dá efeito de revelia e, evidentemente, se não acatada a preliminar, o Estado estrangeiro ficaria revel e estar-se-ia submetendo-o à jurisdição brasileira, sem que ele anuísse, antes, a tanto.

É assim que é, ou seja, se reconhece que o ato é de império, e não ato de gestão, e, no caso, teria que haver a intimação prévia do Estado estrangeiro para se manifestar sobre se abre mão, ou não, da sua prerrogativa, submetendo-se

à jurisdição brasileira. Há, também, o entendimento assente no sentido de que pode ser feito por intimação ao embaixador, ao representante do Estado estrangeiro no nosso País. Não precisa haver carta rogatória ao exterior.

Como no precedente julgado nesta Turma em relação ao mesmo naufrágio, V. Exa. havia assinalado que já houvera manifestação da embaixada em sentido contrário, de não aceitar a jurisdição e no presente processo isso não ocorreu, evidentemente que a solução preconizada, aqui, é a proposta por V. Exa., ou seja, afastar a extinção do processo e determinar o retorno à vara de origem para que se proceda à intimação da embaixada da República Federal Alemã.

O nosso primeiro precedente, que é do Sr. Ministro Jorge Scartezzini, fala em citação com efeitos limitados ou notificação. Discutiu-se sobre isso na Terceira Turma e acabou-se chegando à conclusão de que o ideal seria uma intimação ou uma citação com efeitos limitados a isso, que não seria, de qualquer forma, notificação e acabamos por utilizar o termo intimação.

Estou de acordo com o voto de V. Exa. Conheço do recurso ordinário e dou-lhe provimento apenas e tão-somente para determinar o retorno dos autos à origem para a intimação da República Federal da Alemanha, ou a sua citação, porém com efeitos limitados apenas à solicitação de manifestação sobre se aceita ou não submeter-se à jurisdição brasileira.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se, na origem, de ação de reparação de danos proposta por Josélia da Silva Marques em face da República Federal da Alemanha, em decorrência da morte de seu tio, Zacarias da Costa Marques, por ato ilícito praticado por agentes do Estado réu.

Narra que, em julho de 1943, o falecido saiu com seus colegas, a bordo do barco "Changri-la", para pescar no litoral de Cabo Frio, Rio de Janeiro. A embarcação cruzou a rota de um submarino alemão U-199, que navegava na costa brasileira, sendo então destruída a tiros de canhão, causando a morte de todos os tripulantes, dentre os quais o tio e o avô da autora.

Posteriormente, o mesmo submarino foi abatido pela Força Aérea Brasileira, permitindo a captura de seus tripulantes com vida. Conduzidos a interrogatório, em Washington, os agentes alemães confessaram o afundamento do Changri-la, em conformidade com descrição contida no "diário de bordo" do submarino.

O fato, contudo, só chegou ao conhecimento dos familiares das vítimas em 2001, quando um historiador brasileiro, ao pesquisar arquivos militares americanos, encontrou transcrição do depoimento prestado pelo comandante do submarino alemão, que confirmava o afundamento do barco brasileiro, próximo à praia de Arraial do Cabo.

Em setembro de 2001, o Tribunal Marítimo julgou procedente recurso inominado interposto pela Procuradoria Especial da Marinha, corrigindo decisão anterior e reconhecendo o torpedeamento pelo U-199 como causa determinante para o afundamento do navio pesqueiro.

Com base nos referidos fatos, veio a juízo requerer:

a) a condenação da ré ao pagamento de pensão, a título de danos materiais, conforme seu quinhão hereditário, em montante não inferior a três salários mínimos;

b) a condenação em danos morais, no valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em face da "dor, frustração, privações e miséria enfrentada pelo mesmo durante toda sua vida, em decorrência da atitude da Ré" (fl. 67).

c) a condenação da ré no pagamento de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) aos ascendentes da autora, a título de danos morais, respeitado seu quinhão hereditário.

Pleiteou ainda o benefício da assistência judiciária gratuita, por não possuir condições de arcar com os custos do processo.

Distribuído o feito, a autora promoveu o aditamento da petição inicial, afastando pedido relativo aos danos morais pleiteados em seu nome para requerer "a condenação da Ré ao pagamento à Autora dos danos morais que requer sejam reconhecidos em favor de seu tio, em montante não inferior a R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) a ser rateado para cada Autor, conforme sua posição sucessória na cadeia hereditária, devendo o quinhão proporcional de cada um ser apurado em liquidação de sentença" (fls. 227-228).

A sentença, proferida liminarmente (art. 285-A, CPC), deferiu o pedido de gratuidade da justiça, mas julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, I, do CPC, por inépcia da petição inicial (fls. 230-232).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, alegando em síntese (fls. 238-305):

- a ausência de fundamentação da sentença quanto à extinção do processo por inépcia da inicial, com negativa de vigência do art. 458 do CPC e art. 93, IX, da Constituição Federal;

- a legitimidade ativa da autora para postular direito do falecido, que é transmitido com a herança, além de guardar pertinência subjetiva com fatos narrados na exordial, em conformidade com a teoria da asserção;

- a impossibilidade de se reconhecer de ofício a imunidade de jurisdição, visto que o Estado estrangeiro pode decliná-la;

- que a imunidade de jurisdição, decorrente de costume internacional, tem sido relativizado nos casos de dano patrimonial ou pessoal ocorrido no Estado foro;

- que a imunidade de jurisdição não se aplica nos casos de violação aos direitos humanos;

- ausência de imunidade nos casos em que a parte demandante é pobre, sem condições financeiras de ingressar com ação indenizatória no Estado réu;

- a imprescritibilidade da demanda, seja por tratar de direitos humanos, seja porque o termo inicial deve ser contado da inscrição dos tripulantes pelas Forças Armadas como heróis de guerra.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo desprovimento do apelo, asseverando tratar-se de ato de império, sujeito, por conseguinte, à imunidade de jurisdição (fls. 310-316).

O Desembargador Federal Antônio Cruz Netto, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, declinou de sua competência, determinando a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que cabe ao STJ julgar, em recurso ordinário, causas envolvendo Estado estrangeiro e pessoa residente ou domiciliada no país, nos termos do art. 105, II, **c**, da Constituição Federal (fls. 335-338).

Recebidos por esta egrégia Corte, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral da República, que opinou igualmente pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 351-353).

O relator, Ministro Fernando Gonçalves, recebeu a apelação como recurso ordinário e deu-lhe provimento apenas para determinar o retorno dos autos à origem e a citação da República Federal da Alemanha, com efeitos limitados, a fim de que se manifeste acerca de sua imunidade de jurisdição. Seguiram os votos dos Ministros João Otávio Noronha e Aldir Passarinho Junior, acompanhando o relator.

Pedi vista dos autos, para melhor análise da controvérsia.

É o relatório.

2. A causa envolve ação proposta por particular em face de Estado estrangeiro, buscando reparação por ato ilícito praticado por agentes do requerido em território brasileiro.

Contudo, o processo esbarrou em exame prévio de sua admissibilidade, com a decretação liminar, pela sentença, da inépcia da petição inicial. A decisão foi fundamentada na impossibilidade de compelir-se o réu, Estado soberano, a se sujeitar ao Judiciário de um de seus pares.

O cerne da controvérsia, portanto, é concernente à existência ou não de imunidade de jurisdição quando o ato é praticado dentro do território brasileiro e refere-se a direitos humanos, gerando responsabilidade civil.

Essa é a tese em julgamento.

2.1. A imunidade de jurisdição configura-se em prerrogativa da pessoa jurídica do direito público externo, decorrência direta do princípio da soberania e da igualdade dos Estados no sistema internacional.

Encontra amparo no direito consuetudinário, nos termos do axioma *par in parem non habet judicium*, ou seja, "nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado" (REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 175).

2.2. No ordenamento jurídico brasileiro, não existe óbice legal ao exercício da jurisdição em face de soberania externa, conforme se depreende da redação do art. 109, II, da Constituição Federal. Todavia, o instituto da imunidade de jurisdição é reconhecido e aplicado pela jurisprudência pátria, que recepciona o costume internacional no direito interno.

De fato, "a matéria não foi regulamentada de forma expressa, dependendo de algumas normas gerais, presentes na Constituição e na prática dos tribunais" (ARAUJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 255).

Dessa forma, o Judiciário brasileiro, por intermédio da Suprema Corte, adotou por décadas posição tradicional, que rejeitava qualquer exceção à regra da imunidade, preservada incólume e absoluta (Confira-se: RE n. 94.084, Relator Min. Aldir Passarinho, julgado em 12.03.1986).

Contudo, a evolução do direito das gentes, no sentido de se limitar a imunidade gozada pelos Estados, aplacando situações injustas que ficam ao desabrigo de reparação, fez-se perceber no Brasil, no julgamento da Apelação

Cível n. 9.696 – caso Genny de Oliveira – quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se processar ente soberano externo em causas envolvendo crédito de natureza trabalhista.

O referido acórdão restou assim ementado:

> Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista.
>
> Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista.
>
> Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114).
>
> Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do A.D.C.T da Constituição Federal de 1988, c.c. art. 125, II, da EC n. 1/1969.
>
> Recurso ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade de jurisdição reconhecida pelo Juízo Federal de 1º Grau, que deve prosseguir no julgamento da causa, como de direito.
>
> (AC n. 9.696-3-SP, relator Ministro Sydney Sanches, Plenário, julgado em 31.05.1989).

Na ocasião, o e. Ministro Francisco Rezek prolatou voto, acompanhado pelos demais Ministros, no qual registrou, com a proficiência de costume, que a imunidade de jurisdição no Brasil encontra respaldo apenas na aplicação do costume externo e, por conseguinte, deve evoluir com este, acompanhando as novas tendências do direito internacional. Nas suas palavras:

> Quanto a esta imunidade – a do Estado estrangeiro, não mais a dos seus representantes cobertos pelas Convenções de Viena -, o que dizia esta Casa outrora, e se tornou cristalino no começo da década de setenta? Essa imunidade não está prevista nos textos de Viena, não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público. Ela resulta, entretanto, de uma antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes. Tal foi, nas derradeiras análises da matéria, a tese que norteou as deliberações do Supremo.
>
> (...)
>
> Independentemente da questão de saber se há hoje maioria numérica de países adotantes da regra de imunidade absoluta, ou daquela da imunidade limitada – que prevalece na Europa ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras -, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único

> fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo.

Com o *leading case*, a Suprema Corte abandonou vetusta orientação, de modo a acompanhar tendência que emergia nos principais centros de estudo do direito internacional e que já encontrava ressonância na jurisprudência de outros países, a saber: que a abrangência da imunidade de jurisdição deve ser restringida.

A partir de então, passou-se a adotar tese que se baseia na natureza do ato estatal, preservando a imunidade de jurisdição apenas nos casos de ato de império, que são expressão direta da soberania; porém afastando-a nas hipóteses de ato de mera gestão, em que o Estado atua como particular, em atividades tipicamente negociais.

3. Conquanto consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, a dicotomia entre atos de gestão e atos de império não constitui a única forma de se enfrentar o problema representado pela imunidade de jurisdição para os Tribunais nacionais.

3.1. Inúmeros indícios parecem apontar para a perda de relevância de tal distinção, com a relativização da imunidade soberana em hipóteses que não guardam qualquer relação com a atividade negocial dos Estados.

De fato, convenções internacionais e legislações internas de diversos países já apresentam exceções à imunidade de jurisdição em circunstâncias fáticas semelhantes à do caso em apreço, envolvendo reparação pecuniária por lesões ocorridas no Estado foro.

Os países da então Comunidade Econômica Européia, dentre os quais o Estado-réu, celebraram, em 1972, convenção internacional (*European Convention on State Immunity*), pela qual declinam de sua imunidade soberana em litígios envolvendo responsabilidade civil, conforme se extrai de seu artigo 11:

> *Article 11: A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.*

> Artigo 11: Um Estado signatário não poderá invocar imunidade de jurisdição perante a Corte de outro Estado signatário em procedimentos relacionados à indenização por lesão à pessoa ou dano à propriedade tangível, se os fatos que ocasionaram a lesão ou o dano ocorreram no território do Estado foro, e se o autor do ferimento ou dano estava presente neste território no momento em que os fatos ocorreram.

Inspirados na convenção européia, os Estados Unidos promulgaram o *Foreign Sovereign Immunities Act* (1988), impondo diversas limitações à imunidade de jurisdição dos demais Estados perante o Judiciário daquele país, dentre as quais merece destaque:

> *1605. General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state*
>
> *(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case.*
>
> *(...)*
>
> *(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment...*
>
> 1605. Exceções gerais à imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro
>
> Um Estado estrangeiro não estará imune à jurisdição das Cortes dos Estados Unidos ou de seus estados em qualquer caso:
>
> (...)
>
> (5) não abrangido pelo parágrafo (2) acima, em que reparação pecuniária é pretendida contra Estado estrangeiro por lesão pessoal ou morte, ou por dano a ou perda de propriedade, ocorrido nos Estados Unidos e causada por ato ilícito ou omissivo daquele Estado estrangeiro ou por qualquer oficial ou empregado daquele Estado estrangeiro, enquanto atuando dentro do escopo de sua função ou trabalho...

Os Estados Unidos adotaram medida ainda mais ambiciosa, implementando, em 1996, emendas ao *Foreign Sovereign Immunities Act*, com a introdução do § 1.605 (a)(7), pelo qual se afasta a imunidade de jurisdição nos casos de sérias violações aos direitos humanos – como tortura, assassinato e captura de reféns – para países considerados patrocinadores do terrorismo. Tal alteração vem sendo confirmada pela prática judiciária daquele país, com diversas sentenças condenatórias já proferidas.

Por sua vez, o Reino Unido também acompanhou esse novo panorama internacional, editando, em 1978, o *State Immunity Act*, que determina:

> *5. A State is not immune as respects proceedings in respect of*
>
> *(a) death or personal injury; or*
>
> *(b) damage to or loss of tangible property,*
>
> *caused by an act or omission in the United Kingdom.*
>
> 5. Um Estado não é imune com relação a procedimento com relação a:
>
> morte ou lesão pessoal, ou
>
> dano a ou perda de propriedade tangível,
>
> ocasionados por um ação ou omissão no Reino Unido.

Contudo, a principal orientação na área da imunidade de jurisdição partiu da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI), que elaborou projeto de tratado, o *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property.* (1991), consolidando as regras costumeiras acerca do tema.

Extrai-se, do artigo 12 do referido projeto, orientação no mesmo sentido das já mencionadas:

> *Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission.*
>
> Se a ação ou a omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território de outro Estado e se o autor da ação ou da omissão estava presente neste território no momento em que ocorreu, o Estado alegadamente responsável não pode invocar imunidade de jurisdição perante a corte do Estado que seria de outra forma competente para processar casos envolvendo reparação pecuniária por morte ou lesão à pessoa, ou por danos a ou perda de propriedade tangível, salvo acordado de forma distinta pelos Estados envolvidos.

Importante conferir, ainda, os Comentários lançados pelo grupo responsável pelo projeto de tratado, que fez as seguintes anotações acerca do artigo 12:

(3) The exception contained in this article is therefore designed to provide relief or possibility of recourse to justice for individuals who suffer personal injury, death or physical damage to or loss of property caused by an act or omission which might be intentional, accidental or caused by negligence attributable to a foreign State. Since the damaging act or omission has occurred in the territory of the State of the forum, the applicable law is clearly the lex loci delicti commissi and the most convenient court is that of the State where the delict was committed. A court foreign to the scene of the delict might be considered as a forum non conveniens. The injured individual would have been without recourse to justice had the State been entitled to invoke its jurisdictional immunity.

(...)

(8) The basis for the assumption and exercise of jurisdiction in cases covered by this exception is territoriality. The locus delicti commissi offers a substantial territorial connection regardless of the motivation of the act or omission, whether intentional or even malicious, or whether accidental, negligent, inadvertent, reckless or careless, and indeed irrespective of the nature of the activities involved, whether jure imperil ox jure gestionis. This distinction has been maintained in the case law of some States involving motor accidents in the course of official or military duties. While immunity has been maintained for acts jure imperil, it has been rejected for acts jure gestionis. The exception proposed in article 12 makes no such distinction, subject to a qualification in the opening paragraph indicating the reservation which in fact allows different rules to apply to questions specifically regulated by treaties, bilateral agreements or regional arrangements specifying or limiting the extent of liabilities or compensation, or providing for a different procedure for settlement of disputes.

(3) A exceção contida neste artigo foi elaborada para oferecer amparo e possibilidade de recurso à justiça a indivíduos que sofrerem lesão pessoal, morte, dano ou destruição de propriedade ocasionados por ação ou omissão seja intencional, acidental ou causada por negligência atribuível a Estado estrangeiro. Já que a ação ou omissão danosa ocorreu no território do Estado foro, a lei aplicável é claramente a *lex loci delicti commissi* [lei do local em que o delito foi cometido] e a Corte mais conveniente é aquela do Estado onde o delito foi cometido. Uma Corte que não a do local do delito deve ser considerada *forum non conveniens* [foro não conveniente]. O indivíduo lesado ficaria sem acesso à justiça caso o Estado fosse autorizado a invocar sua imunidade de jurisdição.

(8) A base para o reconhecimento e exercício da jurisdição nos casos abrangidos por essa exceção é a territorialidade. O *locus delicti commissi* oferece conexão territorial substancial, não obstante a motivação da ação ou da omissão, seja intencional ou mesmo maliciosa, seja acidental, por negligência, imprudência ou descuidado, e, ainda, independentemente da natureza das atividades envolvidas, sejam elas *jure imperil ox jure gestionis*. Essa distinção tem sido mantida pela legislação de alguns Estados, envolvendo acidentes motorizados no transcurso de missões oficiais ou militares. A imunidade tem

sido mantida nos casos de *jure imperil,* enquanto tem sido rejeitada nos casos de *jure gestionis*. A exceção proposta pelo artigo 12 não faz tal distinção, ficando sujeita à qualificação estabelecida no parágrafo inaugural, com relação à reserva que permite a aplicação de diferentes normas para questões especificamente reguladas por tratados, acordos bilaterais ou arranjos regionais, especificando ou limitando a extensão da responsabilidade ou compensação, ou providenciando procedimento diverso para solução de disputas.

Colhe-se da doutrina elucidativa lição acerca do referido dispositivo:

Three features of this provision are noteworthy. To begin with, there is a strict territorial nexus requirement. The tort itself must have taken place within the forum state and the author of the tort must have been present in that territory. This language intends to exclude transboundary torts from the immunity exception; it is not sufficient that the tortious conduct has an effect in the forum state. That is in effect what is meant by requirement that "the author of the tortious act" must have been "present in that territory at the time of the act or omission". Secondly, the provision abandons the distinction between acta jure imperii and acta jure gestionis. Is is not required that the tortious conduct be private or commercial by nature so that jurisdiction can also be assumed in regard to sovereign conduct. Thirdly, there is no distinction between negligent and deliberate actions, in fact there is no reference to fault at all, so that art. 12 also covers strict liability as long as the act or omission is attributable to the state.

(BRÖHMER, Jürgen. State Immunity and the Violation of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 127-128)

Três aspectos desse dispositivo devem ser destacados. De início, há um rigoroso requisito de nexo territorial. Exige-se que o dano em si tenha ocorrido dentro do Estado foro e que o autor do dano estivesse presente naquele território. Essa redação objetiva excluir danos transfronteiriços da exceção à imunidade; não basta que a conduta danosa provoque resultados no Estado foro. Isso é o que, de fato, se quer dizer com o requisito de que "o autor do ato lesivo" estivesse "presente naquele território no momento da ação ou omissão". Em segundo lugar, o dispositivo abandona a distinção entre *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*. Não é necessário que a conduta delitiva tenha natureza privada ou comercial, de modo que também é possível considerar a existência de jurisdição em relação a condutas soberanas. Em terceiro lugar, não há distinção entre a postura negligente ou dolosa do Estado. De fato, não há qualquer referência a culpa, cobrindo o artigo 12 igualmente casos de estrita responsabilidade, desde que a ação ou omissão seja atribuível ao Estado.

Essa mudança de paradigmas. Relativa à renúncia da imunidade nas hipóteses de responsabilidade civil. Não escapou à análise do Ministro Francisco Rezek, que alertou em seus estudos:

> O que impressiona, tanto na Convenção européia quanto nos diplomas domésticos promulgados nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, é que esses textos fulminam a imunidade do Estado estrangeiro em hipóteses completamente distintas daquela atividade comercial heterodoxa a que se entregavam alguns países em lugares como Londres, Nova York ou Zurique – prática inimaginável em Brasília, em Moscou ou em Damasco -, e que havia produzido os primeiros arranhões na regra da imunidade absoluta. Com efeito, recrutar servidores subalternos no Estado local e contratar a construção do prédio representativo são atos inscritos na rotina diplomática; comuns, portanto, em todas as capitais do mundo. É também na casualidade do dia-a-dia que pode ocorrer um acidente imputável ao Estado estrangeiro, acarretando dano a pessoas da terra. O caminho tomado por esses diplomas, vindo à luz em áreas de grande prestígio na cena internacional, solapou de modo irremediável as bases da velha regra costumeira – a se entender derrogada na medida em que os demais países, abstendo-se de protestar, assumem, um após outro, igual diretriz.
>
> (REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.177)

Observa-se, assim, que a relação tradicional entre imunidade de jurisdição e a natureza jurídica dos atos estatais, conquanto ainda constitua método válido de análise, não representa o melhor direito aplicável à espécie.

3.2. Portanto, percebe-se claramente que o direito internacional apresenta tendência de restringir a imunidade de jurisdição nas hipóteses de ação indenizatória envolvendo ato lesivo praticado no Estado foro, o que, na hipótese dos autos, representa óbice a aplicação imediata do costume internacional pelo Judiciário brasileiro, sobretudo a singela dicotomia entre ato de gestão e ato de império.

Nesse sentido, os fatos narrados na petição inicial, enquadram-se na exceção estabelecida para ilícitos praticados no território do Estado foro e que resultem em ferimento ou morte de um nacional.

4. Outros argumentos apontam, igualmente, para a necessidade de se relativizar a imunidade soberana na hipótese.

Intensa discussão vem sendo travada nos principais centros de estudo do direito internacional, acerca da abrangência da imunidade de jurisdição quando em confronto com outros princípios e valores fundamentais à comunidade internacional.

A controvérsia emerge, sobretudo, nos casos de graves violações aos direitos humanos, em que os Estados responsáveis pelos atos ilícitos invocam

a imunidade de jurisdição para não responderem perante as vítimas e a comunidade internacional.

4.1. Nesse contexto, nova orientação foi formulada no sentido de se restringir essa imunidade, mesmo em casos até então considerados atos de império, o que vem provocando transformações no direito consuetudinário acerca do tema.

Esse debate jurisprudencial e doutrinário foi habilmente captado pelo prof. Andrea Bianchi, nos seguintes termos:

> *In fact, the ever widening divide between the jurisprudence of courts directly applying customary international law and those deciding on the basis of national law clearly attests to the difficulty of providing solid foundations, on the basis of state practice and opinio juris, for the existence of a customary law rule of either immunity or non-immunity for foreign states that have allegedly commited serious violations of human rights. For this reason, it seems that the preferred approach to this issue would be an interpretive one involving a determination of which outcome is more consistent with the general principles of the contemporary international legal order.*
>
> *(BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany in The American Journal of International Law, v. 99, n. 1. ASIL-The American Society of International Law, janeiro/2005. p. 242-248).*
>
> De fato, a crescente diferença entre a jurisprudência das cortes que aplica diretamente o costume internacional e aquelas que decidem com amparo no direito nacional claramente atesta a dificuldade de providenciar bases sólidas, fundamentadas na prática estatal e na *opinio juris*, para a existência de norma de direito costumeiro com relação à imunidade ou à não-imunidade de Estados estrangeiros que alegadamente cometeram graves violações aos direitos humanos. Por essa razão, parece que a abordagem preferencial a essa questão é a interpretativa, determinando-se qual resultado é o mais consistente com os princípios gerais do sistema jurídico internacional contemporâneo.

A imunidade de jurisdição, conquanto seja instrumento de manutenção das boas relações entre os Estados, acaba, por vezes, obstando a consecução de um dos objetivos primordiais da comunidade das nações, qual seja, a promoção e proteção dos direitos humanos.

4.2. Com efeito, até mesmo o consagrado princípio da soberania vem recebendo novo enfoque, frente à crescente importância atribuída nas últimas décadas ao sistema de proteção à pessoa humana.

Essa transformação do cenário internacional foi captada por Valério Mazzuoli:

> A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se esta nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim, seria sobretudo um ato de soberania por excelência.
>
> A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara: 'Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional'.
>
> (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 338)

O Estado brasileiro participou ativamente dessa mudança de paradigmas, conforme se depreende da prevalência conferida aos direitos humanos na nova ordem constitucional.

A professora Flávia Piovesan assim interpretou o atual momento:

> A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direito humanos.
>
> Esse processo é condizente com as exigências dos Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.
>
> (PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro *in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45, ano 11, outubro-dezembro de 2003, p. 227)

4.3. De fato, se o princípio da soberania é analisado atualmente de forma restrita, deve-se igualmente estender essa relativização a um de seus consectários lógicos, a imunidade de jurisdição.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência de diversos países oferecem nova abordagem a esse problema, afastando-se da tradicional dicotomia atos de gestão/atos de império, de modo a conciliar imunidade soberana com a necessidade de proteção dos direitos humanos.

Tal análise parte da idéia de hierarquia no Direito das Gentes, com o reconhecimento da existência de normas imperativas, ou *ius cogens*, que têm primazia sobre as demais fontes de direito internacional e capacidade de derrogar disposições em contrário.

Esse entendimento encontra respaldo na doutrina:

> O certo é que o *ius cogens*, por se tratar de normas imperativas de direito internacional geral, foi consagrado no ápice da pirâmide das fontes do direito internacional, o que é, justamente, uma das características mais marcantes da evolução do direito das gentes.
>
> (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 90)

A prevalência das normas *ius cogens* veio expressamente consignada na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, conforme inteligência de seu artigo 53:

> Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)
>
> É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Essas normas imperativas refletem os valores essenciais da comunidade internacional, constituindo-se em obrigações *erga omnes*, como a proibição da tortura, da pirataria e da escravidão.

A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso *Barcelona Traction*, manifestou-se acerca dessas regras peremptórias de direito internacional geral, ao afirmar:

> *33. (...) In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.*
>
> *34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination (...)*
>
> 33 (...) Em particular, uma distinção essencial deve ser estabelecida entre as obrigações de um Estado perante a comunidade internacional como um todo e aquelas que surgem em face de outro Estado, no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Por força da importância dos direitos envolvidos, todos os Estado podem ser considerados como tendo interesse jurídico na proteção desses direitos; consistem em obrigações *erga omnes*.
>
> 34. Tais obrigações decorrem, por exemplo, no direito internacional contemporâneo, do reconhecimento da ilegalidade de atos de agressão e de genocídio, bem como dos princípios e regras concernentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial (...)

Objetivam, portanto, impor aos Estados óbice à prática de atos ilícitos, que, pela natureza do direito violado, venham a ofender não apenas a vítima, mas todos os demais integrantes da comunidade internacional.

Esse também é o entendimento da doutrina especializada:

> No Séc. XX, duas tendências emergiram no Direito Internacional Público, relativas a uma reformulação do entendimento tradicional sobre suas fontes e o papel de uma gradação da força vinculante, para os Estados, das normas jurídicas por eles produzidas ou destinadas a eles. De um lado, o reconhecimento de existir um núcleo duro e relativamente inflexível de normas jurídicas, que, como as cláusulas pétreas das Constituições dos Estados, condicionam a legitimidade e a validade de todas as outras normas por eles elaboradas. Trata-se da afirmação de haver no Direito Internacional, normas que constituem um *jus cogens*, que se sobrepõe à vontade dos Estados, e que não podem ser modificadas por outros dispositivos oriundos, seja nos tratados e nas convenções internacionais, seja nas normas consuetudinárias internacionais, seja, ainda, por estarem definidas como princípios gerais de direito;
>
> (SOARES, Guido F. S. Curso de Direito Internacional Público. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002. p. 127)

Ademais, segundo fragmento extraído dos Comentários da Comissão de Direito Internacional da ONU acerca do projeto de tratado sobre a responsabilidade internacional dos Estados (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), as normas peremptórias de direito internacional, devem ser compreendidas "como aquelas regras substantivas de conduta que proíbem aquilo que é considerado intolerável pelo risco que representa à sobrevivência dos Estados e de seus povos e dos mais básicos valores humanos" (*those substantive rules of conduct that prohibit what has come to be seen as intolerable because of the threat it presents to the survival of States and their peoples and the most basic human values* - article 40, para. 3).

Infere-se, portanto, que a imunidade de jurisdição, construção do direito costumeiro, deve ser afastada quando conflitar com normas *ius cogens*, de hierarquia superior.

5. Nesse contexto, cumpre classificar os fatos indicados na peça inicial à luz do direito internacional, de modo a apurar se o ato pode ser percebido como violação à norma *ius cogens*.

Conforme narrado pela autora, o evento danoso consiste em ataque, com disparos efetuados por submarino alemão, realizado pelos agentes do Estado-réu em território brasileiro, a barco de pesca que navegava na região de Cabo Frio, resultando na morte de todos os seus tripulantes, inclusive o tio e o avô da requerente.

Observa-se que os fatos ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, em 1943. Logo, submetem-se, igualmente, às regras e aos costumes internacionais que regem os conflitos armados, vale dizer, direito internacional humanitário.

Naquele período, já se encontrava vigente o regime instituído pela Convenção da Haia, de 1907, que confere especial importância à proteção dos não-combatentes, conforme lição de Francisco Rezek:

> Do direito da Haia, contudo, sobrevivem normas limitativas da liberdade de ação dos beligerantes, ainda hoje úteis no quadro dos conflitos armados que desafiam o ideal pacifista das Nações Unidas. Essas normas se poderiam agrupar em torno de três princípios básicos: *(a) o dos limites ratione personae (os não-combatentes serão poupados de qualquer ataque ou dano intencional);* (b) o dos limites *ratione loci* (os lugares atacáveis são somente aqueles que configuram objetivos militares, cuja destruição total ou parcial representa para o autor do ataque uma clara vantagem militar); e (c) o dos limites *ratione conditionis*

> (proíbem-se as armas e os métodos de guerra capazes de ocasionar sofrimento excessivo aos combatentes inimigos).
>
> (REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 371)

No mesmo sentido, colhe-se da obra de Hildebrando Accioly:

> A existência e a liberdade dos habitantes pacíficos do território inimigo devem ser respeitadas. Assim, os habitantes que não tomam parte na luta e se mostram inofensivos não devem sofrer qualquer arbitrariedade. O artigo 46 dos regulamentos de Haia, de 1899 e 1907, reproduzindo disposição idêntica da Declaração de Bruxelas de 1874, vai além, ao declarar que: 'A honra e os direitos da família, a vida dos indivíduos e a propriedade privada, bem como as convenções religiosas e o exercício dos cultos, devem ser respeitados. A propriedade privada não pode ser confiscada.
>
> (ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, G. E. do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 457).

Assim, o assassinato dos cidadãos brasileiros não-combatentes pelos tripulantes do submarino alemão constituiu, já naquele momento, violação aos princípios gerais do direito internacional humanitário.

Ademais, observa-se ainda a violação de normas específicas de direito humanitário que visam à proteção dos barcos de pesca em conflitos marítimos, conforme leciona Celso de Albuquerque Mello:

> Há navios que não são objeto do direito de presa: navios de pesca, navios postais, navios encarregados de missões científicas, religiosas e filantrópicas, navios-hospitais, navios que façam 'serviços de pequena navegação' e 'navios munidos de salvo-conduto'.
>
> A imunidade dos navios de pesca remonta ao século XVI. A Convenção de Haia relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura (1907) só dá esta imunidade aos navios de 'pesca costeira', desde que eles não participem das hostilidades. Esta restrição se prende à falta de uniformidade da jurisprudência.
>
> (...)
>
> Sobre a destruição de presa inimiga tem-se assentado que os navios 'não podem ser atacados e afundados ou destruídos sem aviso prévio e que as pessoas que estão a bordo devem ser em segurança colocadas' e 'os papéis de bordo devem ser resguardados' (Accioly)
>
> (MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. v. II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.574)

Ressalta-se, ainda, que a afronta às regras de direito humanitário implica, no mais das vezes, ofensa a princípios de direitos humanos, porquanto essas duas vertentes da proteção da pessoa humana apresentam complementariedade, no direito internacional contemporâneo. Acerca de sua inter-relação, colhe-se manifestação de nosso ilustre internacionalista Cançado Trindade:

> Cristalizaram-se princípios comuns ao Direito Internacional Humanitário (mais precisamente, ao chamado direito de Genebra) e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; na análise de Picet, tais princípios são: o princípio da inviolabilidade da pessoa (englobando o respeito à vida, à integridade física e mental, e aos atributos da personalidade), o princípio da não-discriminação (de qualquer tipo), e o princípio da segurança da pessoa) abarcando a proibição de represálias e de penas coletivas e a tomada de reféns, as garantias judiciais, a inalienabilidade dos direitos e a responsabilidade individual). Há uma identidade entre o princípio básico da garantia dos direitos humanos fundamentais em quaisquer circunstâncias e o princípio fundamental do direito de Genebra segundo o qual serão tratadas humanamente e protegidas as pessoas fora de combate e as que não tomem parte direta nas hostilidades.
>
> (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 276-277)

Nesses termos, o fato narrado na petição inicial, se confirmado, poderá configurar um ilícito internacional, seja por ofender as normas que regulamentam os conflitos armados, seja por ignorar os princípios que regem os direitos humanos, não podendo o Estado-réu encontrar abrigo na imunidade de jurisdição para escapar da conseqüência de seus atos.

6. Observa-se ainda que as regras e os princípios de direito internacional humanitário são considerados por grande parte da doutrina como normas peremptórias de direito internacional, porquanto constituem valores essenciais à manutenção da ordem na comunidade internacional e à preservação dos direito humanos.

Essa importância foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça, em consulta formulada pela Assembléia Geral das Nações Unidas acerca da legalidade do uso das armas nucleares.

Colhe-se da manifestação da Corte da Haia *(Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 258, p. 83):*

> *79. It is undoubtedly because a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and*

> *"elementary considerations of humanity" as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel case (I.C.J. Reports 1949, p. 22), that the Hague and Geneva Conventions have enjoyed a broad accession. Further these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law.*
>
> 79. Não há dúvida de que, em razão de muitas regras de direito humanitário aplicadas a conflitos armados serem tão fundamentais quanto ao respeito à pessoa humana e às "considerações elementares da humanidade", como a Corte assentou em seu julgamento de 09 de abril de 1949 no caso do Canal de Corfu (I.C.J. Reports 1949, p. 22), as Convenções da Haia e de Geneva receberam ampla adesão. Além disso, essas normas fundamentais devem ser observadas por todos os Estados, tenham eles ratificado ou não as convenções que as contêm, porquanto constituem princípios do direito internacional costumeiro não passíveis de transgressão.

A doutrina também reconhece as disposições de direito humanitário como normas *ius cogens:*

> A teoria do *jus cogens* veio, então, limitar a autonomia da vontade dos entes soberanos (*jus dispositivum*) na esfera internacional, assim o fazendo com vistas a assegurar, de certa forma, a ordem pública no âmbito externo. Integram-no, grosso modo: a) o costume internacional geral ou comum, a exemplo das normas protetoras dos próprios fundamentos da ordem internacional, como a proibição do uso da força fora do quadro da legítima defesa; as normas sobre cooperação pacífica na proteção de interesses comuns, como a liberdade dos mares; as normas que proíbem a escravatura, a pirataria, o genocídio, e a discriminação racial; *as normas de direito humanitário, que protegem os civis em tempo de guerra* etc;
>
> (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 88)

Verifica-se, portanto, que o ato praticado pelo Estado-réu, ao malferir o direito humanitário vigente à época e ignorar os direitos básicos da pessoa humana, atacou diretamente valores e princípios considerados fundamentais pela comunidade internacional, tanto que protegidos por normas de categoria hierárquica superior *(ius cogens)*.

Assim, a imunidade soberana não pode subsistir frente a violações do direito internacional de tamanha gravidade, devendo ser relativizada ante a prevalência das normas peremptórias que protegem o direito humanitário e direitos humanos.

7. Por fim, cumpre estabelecer análise comparada frente às experiências das Cortes Superiores de outros países, que, recentemente, vêm apreciando as dificuldades impostas pela imunidade de jurisdição em casos envolvendo a violação de normas de direito humanitários e direitos humanos.

Nesse norte, percebe-se que o presente litígio acompanha tendência mundial de indivíduos que vêm a juízo buscar reparação pelo sofrimento enfrentado, durante à Segunda Guerra Mundial, pelas sucessivas violações do direito internacional perpetradas pelas Forças Armadas Alemãs.

Merecem destaque os julgamentos de dois casos pelos Tribunais Superiores da Grécia e Itália, que afastaram a imunidade de jurisdição em hipóteses semelhantes.

Cumpre ressaltar que os dois países, assim como o Brasil, não possuem norma interna relativa à imunidade de jurisdição, aplicando diretamente o costume internacional em litígios propostos por particular em face de Estado estrangeiro. Também convém assinalar que os dois julgamentos não consideraram qualquer tratado ou norma aplicável somente a blocos de países comuns.

Em março de 2004, a Corte de Cassação Italiana julgou o caso Ferrini v. República Federal da Alemanha, referente a cidadão italiano que, durante a Segunda Guerra Mundial, foi deportado para Alemanha e obrigado a trabalhar na indústria de armamentos. Na ocasião, o Judiciário italiano entendeu que a imunidade de jurisdição deve ser restringida em casos de grave ofensa a valores essenciais da comunidade internacional, como os direitos humanos, que guardam posição hierárquica superior frente às demais regras e costumes internacionais. Ressaltou que a imunidade não pode ser invocada quando os crimes internacionais alegados ocorreram no território do Estado foro. Afirmou ainda que não subsiste mais a imunidade funcional de órgãos do Estado por crimes internacionais, não devendo, igualmente, ser preservada a imunidade do próprio Estado, visto que ambos decorrem da soberania. Por fim, ponderou que, em se tratando de crimes internacionais, o princípio da jurisdição universal garante a competência da Justiça italiana para processar o caso, ainda que os fatos tivessem ocorrido fora do país. Dessa forma, a Corte de Cassação, em decisão plenária, afastou a imunidade soberana da Alemanha, determinando o retorno dos autos à origem para que seja apreciado o mérito da demanda (BIANCHI, Andrea. Ferrini v. Federal Republic of Germany *in The American Journal of International Law*, v. 99, n. 1. ASIL-The American Society of International Law, janeiro/2005. p. 242-248).

O outro caso, Prefeitura de Voiotia v. República Federal da Alemanha, julgado em 2001, pela Suprema Corte da Grécia, envolve um massacre ocorrido em 1944, na aldeia de Distomo, quando da retirada das tropas nazistas da região. A Corte entendeu que o direito costumeiro internacional consolidou exceção à imunidade de jurisdição nos casos relacionados à responsabilidade civil por dano ocorrido no Estado foro. Além disso, afirmou que a violação de normas peremptórias de direito internacional envolvendo direito humanos resulta em renúncia implícita aos benefícios garantidos pelo direito internacional, dentre os quais a imunidade soberana. Assim, a Suprema Corte da Grécia afastou a imunidade de jurisdição na hipótese (DE SENA, Pasquale e DE VITTOR, Francesca. State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case *in The European Journal of International Law*. v. 16, n. 1. EJIL, 2005. p. 89-112)

Merece destaque também o caso *Al-Adsani*, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, em que, por uma mínima diferença de 9 votos a 8, foi rejeitada proposição que pretendia reverter decisão do Reino Unido que rejeitou pedido de relativização da imunidade de jurisdição do Kuwait, em caso envolvendo a tortura de cidadão britânico neste país. Contudo, a minoria vencida proferiu voto em separado, no qual confirmaram a natureza *ius cogens* da norma internacional que proíbe a tortura, alegando que, seja em procedimento criminal ou civil, um Estado não pode invocar norma de estatura hierárquica inferior – os costumes relativos à imunidade de jurisdição – para se recusar a julgar um caso de tortura.

Acerca do referido julgamento, vale transcrever lição da doutrina:

> *Despite the fact that Al-Adsani failed to win his case in the European Court of Human Rights, the closeness of the decision together with the sense of recognition, even by the majority, that the argument for denial of immunity in cases involving violation of jus cogens norms is increasingly being heard, gives cause for optimism to the proponents of the argument.*
>
> *(McKAY, Fiona. Civil Reparation in National Courts for Victims of Human Rights Abuse in Justice for Crimes Against Humanity. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 296)*
>
> Apesar de *Al-Adsani* não ter conseguido vencer seu caso na Corte Européia de Direitos Humanos, a pequena margem de diferença da decisão ao lado de um sentido de reconhecimento, mesmo pela maioria, de que o argumento para se negar imunidade em casos envolvendo violação de normas *jus cogens* vem recebendo crescente destaque, fornece motivos de otimismo para os proponentes dessa tese.

Assim, observa-se movimento mundial no sentido de relativizar a imunidade soberana para além dos casos de atos de gestão, abrangendo hipóteses de graves violações a regras e princípios fundamentais da comunidade internacional, em conformidade com a evolução do direito internacional.

8. No Brasil, a questão da imunidade de jurisdição já foi apreciada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os precedentes desta egrégia Corte analisaram a controvérsia com base na distinção entre atos de gestão e atos de império, preservando a imunidade dos Estados estrangeiros quando a conduta apresentar natureza pública.

Nesse contexto, colhe-se substancioso voto da lavra do Ministro Aldir Passarinho Junior, representativo do entendimento adotado pelo STJ:

> Internacional, Civil e Processual. Ação de indenização movida contra a República de Portugal. Tratamento discriminatório e deportação de cidadãos brasileiros por inspetores da imigração em desembarque aeroportuário. Danos morais. Demanda movida perante a Justiça Federal de Pernambuco. Imunidade de jurisdição. Possibilidade de relativização, por vontade soberana do Estado alienígena. Prematura extinção do processo *ab initio*. Descabimento. Retorno dos autos à Vara de origem para que, previamente, se oportunize ao Estado suplicado a eventual renúncia à imunidade de jurisdição.
>
> I. Enquadrada a situação na hipótese do art. 88, I, e parágrafo único, do CPC, é de se ter como possivelmente competente a Justiça brasileira para a ação de indenização em virtude de danos morais causados a cidadão nacional por Estado estrangeiro em seu território, desde que o réu voluntariamente renuncie à imunidade de jurisdição que lhe é reconhecida.
>
> II. Caso em que se verifica precipitada a extinção do processo de pronto decretada pelo juízo singular, sem que antes se oportunize ao Estado alienígena a manifestação sobre o eventual desejo de abrir mão de tal prerrogativa e ser demandado perante a Justiça Federal brasileira, nos termos do art. 109, II, da Carta Política.
>
> III. Recurso ordinário parcialmente provido, determinado o retorno dos autos à Vara de origem, para os fins acima.
>
> (RO n. 13-PE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 17.09.2007 p. 280)

Na ocasião, enfrentou-se questão relativa aos maus-tratos sofridos por cidadãos brasileiros recebidos dos agentes de imigração no aeroporto de Lisboa, resultando em sua deportação.

O Ministro Relator reconheceu a natureza soberana do ato praticado pelas autoridades portuguesas, mantendo entendimento da sentença de que configurada a imunidade absoluta na hipótese. Contudo, determinou o retorno dos autos à origem, para citação ou notificação da República de Portugal, a fim de que se manifestasse acerca de eventual renúncia à sua garantia.

Todavia, o caso em exame apresenta características próprias, que o diferenciam dos feitos anteriormente apreciados por esta Corte.

Por um lado, cuida-se de lesão cometida por agente do Estado estrangeiro em território nacional, hipótese que não pode receber o mesmo tratamento que aquela relativa ao ato ilícito praticado pelo Estado estrangeiro em seu próprio território.

Com efeito, tratando-se de demanda reparatória por danos morais e materiais relativa a ilícito cometido no Brasil, enquadra-se na já mencionada exceção ao princípio da imunidade de lides envolvendo responsabilidade civil por lesão perpetrada no Estado foro.

Esse entendimento, que é adotado por diversos países, já foi prestigiado em precedentes desta Corte, que reconheceram, incidentalmente, a inexistência de imunidade de jurisdição em casos envolvendo responsabilidade civil.

Nesse sentido, colhe-se precedente da Segunda Turma, com voto condutor do e. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

> *Ação de indenização. Estado estrangeiro. Alegação de imunidade de jurisdição. Não reconhecimento. Recurso cabível da sentença.*
>
> *Responsabilidade pelo fato de terceiro. Falta de comprovação de ter o terceiro agido com culpa.*
>
> *Processual Civil. Recurso interposto pelo réu vencido em preliminar, mas vencedor no mérito. Falta de sucumbência. Inadmissibilidade.*
>
> *I - Vencido na preliminar de imunidade de jurisdição, mas vencedor com a improcedência da ação de indenização, não pode o réu apelar da sentença, que, no mérito, lhe foi favorável, por faltar-lhe o pressuposto sucumbência. Todavia, o não processamento do seu recurso apelatório não impede, no caso, que a matéria, objeto da preliminar, seja apreciada pelo Tribunal, por duas razões: primeira, porque foi expressamente suscitada nas contra-razões de apelação interposta pelas autoras, segunda, porque constitui matéria que diz respeito a pressupostos de constituição válida e regular do processo, podendo ser conhecida de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição (C.P.C., art. 267, p. 3.) E, por isso, não sujeita a preclusão.*
>
> *II - A apelação e o recurso adequado, endereçado diretamente ao STJ, para impugnar sentença proferida em causa, em que forem partes Estado estrangeiro, de*

*um lado, e, de outro, pessoa residente ou domiciliada no país (Constituição Federal, art. 105, II, **c**).*

III - Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa relativa a responsabilidade civil.

IV - Não comprovado que o seu preposto tenha agido com imperícia ou imprudência, como terceiro participante de fato causador de evento danoso, não há como impor-se ao réu o dever de indenizar.

V - Agravo de instrumento e apelação desprovidos.

(Ag n. 36.493-DF, rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 15.08.1994, DJ 19.09.1994 p. 24.677)

Importante destacar ainda o acórdão proferido no RO n. 39-MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, por esta Quarta Turma, que - conquanto analisando hipótese diversa, em que se discutia promessa de recompensa - reconheceu a existência de exceções ao princípio da imunidade de jurisdição, dentre as quais, as "causas relativas a responsabilidade civil, em regra geral, desde que soberano o caráter do ato ilícito praticado".

Por outro lado, não se pode olvidar que os fatos narrados na petição inicial, se confirmados, constituem grave violação aos direitos humanos e ao direito humanitário.

9. Conforme demonstrado, o direito internacional apresenta tendência de maior abertura na área da imunidade de jurisdição, por força das inúmeras dificuldades que estão surgindo na prática dos tribunais, sobretudo em casos envolvendo sérias violações aos direitos humanos.

Com efeito, a hipótese em apreço apresenta diversos fundamentos que autorizam o reconhecimento de nova exceção à regra da imunidade soberana:

a) seja na tendência do direito internacional, observada na legislação de diversos países, de afastar a imunidade de jurisdição em ações civis envolvendo ato lesivo cometido no território do Estado foro, que resulte em dano pessoal ou morte, em conformidade com o art. 12 do projeto de tratado da CDI (*Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*).

b) seja na violação de disposições de direitos humanos e de direito humanitário, relativas a valores e princípios fundamentais da comunidade internacional (normas *ius cogens*), resultando no afastamento das regras costumeiras que garantem a imunidade de jurisdição, ante a prevalência das normas peremptórias de direito internacional, na linha do entendimento sufragado pelos julgados de Suprema Corte da Itália e da Grécia.

É certo que o costume internacional na área não se encontra mais preso à dicotomia entre atos de gestão e atos de império, alcançando novos paradigmas acerca do alcance da imunidade de jurisdição e, em última análise, da função da soberania neste novo contexto internacional.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

> *The two approaches lead to different results. Under the approach based on the gestionis/imperii distinction, immunity can only be denied in commercial tort cases regardless of where the teortious acts were committed, provided the generally applicable jurisdiction requirements are fulfilled. In Germany, for example, it would suffice that the defendant state has assets in Germany which would not be entitled to immunity from execution (commercial assets). Under the territorial nexus approach, the qualification of the act is irrelevant so that even non-commercial tort cases can be brought if only the required relationship to the forum can be established. However, the basic difference and the bottom line is that the first approach is evidently based on the notion that states must not exercise jurisdiction in regard to governmental acts of another state, whereas the second approach denies the existence of such an obligation.*
>
> *The difference is crucial because especially human rights violations are usually committed governmentally. Such violations are thus totally outside the scope of the first approach whereas that is not so under the second approach given the territorial nexus to the forum state. Neither of the two approaches can be qualified as the consistent, prevailing practice, which leaves only the conclusion that the answer of international law to the question of the immunity of foreign states for tortious conduct is still open. The answer must and can only be found by balancing the (protected) legal interests of those primarily involved, the defandant state and the injured individual.*
>
> *(BRÖHMER, Jürgen. State Immunity and the Violation of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 141)*

> As duas abordagens conduzem a resultados diversos. Sob a abordagem baseada na distinção entre atos de império e atos de gestão, a imunidade só pode ser afastada em casos de atos lesivos comerciais, independentemente do local onde a conduta danosa fora cometida, desde que os requisitos gerais de jurisdição sejam cumpridos. Na Alemanha, por exemplo, bastaria que o Estado réu possuísse bens naquele país que não fossem protegidos pela imunidade de execução (bens comerciais). Sob a abordagem do nexo territorial, a qualificação do ato é irrelevante, de modo que mesmo casos de atos lesivos não-comerciais podem ser propostos se o elemento de ligação com o Estado foro for verificado. No entanto, a diferença básica e o ponto fundamental é que a primeira abordagem é claramente baseada na noção de que Estados não devem exercer jurisdição em relação a atos governamentais de outros Estados, ao passo que a segunda abordagem nega a existência de tal obrigação.

> A diferença é crucial, especialmente porque violações a direitos humanos são normalmente cometidas em âmbito governamental. Tais violações estão, assim, totalmente afastadas da esfera abrangida pela primeira abordagem. Contudo, não estão afastadas se considerada a segunda, haja vista o nexo territorial ao Estado foro. *Nenhuma das duas abordagens pode ser considerada como prática prevalente ou consistente, o que leva à conclusão singular de que a resposta do direito internacional à questão da imunidade de Estados estrangeiros por atos lesivos ainda permanece em aberto.* A resposta deve e pode apenas ser encontrada equilibrando-se os interesses legais das principais partes envolvidas: o Estado réu e o indivíduo lesado.

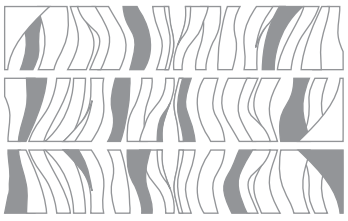
Assim, inexistindo costume internacional firme acerca da controvérsia, não há como aplicá-lo diretamente ao ordenamento jurídico interno, permanecendo incólume a determinação do art. 109, II, da Constituição Federal, que autoriza a análise, pelo Judiciário nacional, de demanda envolvendo Estado estrangeiro e particular.

Esse foi a posição defendida pelo Ministro Francisco Rezek, no já mencionado *leading case* da Suprema Corte (AC n. 9.696-3-SP), encontrando igual aplicação no caso presente, conforme se depreende do referido aresto:

> O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era -, e que assegurava a imunidade em termos absolutos.

Ademais, esse entendimento é o que melhor se coaduna com a prevalência atribuída pelo Estado brasileiro, em sua Constituição Federal, aos direitos humanos, seja na ordem interna, como direitos fundamentais do cidadão (art. 5º), seja na ordem externa, como princípios norteadores das relações internacionais do país (art. 4º, II).

10. Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para afastar a imunidade de jurisdição e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o feito tenha prosseguimento.



Jurisprudência da **Terceira Seção**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.523-DF (2006/0284250-6)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Selma Simionato
Advogado: Soraia Aparecida Escoura
Impetrado: Advogado Geral da União

EMENTA

Mandado de segurança. Servidor público civil. Estabilidade. Art. 41 da CF. EC n. 19/1998. Prazo. Alteração. Estágio probatório. Observância.

I. Estágio probatório é o período compreendido entre a nomeação e a aquisição de estabilidade no serviço público, no qual são avaliadas a aptidão, a eficiência e a capacidade do servidor para o efetivo exercício do cargo respectivo.

II. Com efeito, o prazo do estágio probatório dos servidores públicos deve observar a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 19/1998 no art. 41 da Constituição Federal, no tocante ao aumento do lapso temporal para a aquisição da estabilidade no serviço público para 3 (três) anos, visto que, apesar de institutos jurídicos distintos, encontram-se pragmaticamente ligados.

III. Destaque para a redação do artigo 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, que vem a confirmar o raciocínio de que a alteração do prazo para a aquisição da estabilidade repercutiu no prazo do estágio probatório, senão seria de todo desnecessária a menção aos atuais servidores em estágio probatório; bastaria, então, que se determinasse a aplicação do prazo de 3 (três) anos aos novos servidores, sem qualquer explicitação, caso não houvesse conexão entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório.

Procurador Federal. Promoção e progressão na carreira. Portaria PGF n. 468/2005. Requisito. Conclusão. Estágio probatório. Direito líquido e certo. Inexistência.

IV. Desatendido o requisito temporal de conclusão do estágio probatório, eis que não verificado o interstício de 3 (três) anos de

efetivo exercício da impetrante no cargo de Procurador Federal, inexiste direito líquido e certo de figurar nas listas de promoção e progressão funcional, regulamentadas pela Portaria PGF n. 468/2005.

Ordem denegada.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator as Sras. Ministras Laurita Vaz e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 22 de abril de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 18.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de mandado de segurança impetrado por *Selma Simionato,* procuradora federal, contra ato do em. Advogado-Geral da União, que, mediante o indeferimento de recurso administrativo, teria violado o direito líquido e certo da impetrante de compor lista de promoção e progressão funcional, sob o fundamento de que ela não teria atendido ao requisito de conclusão do estágio probatório de 3 (três) anos.

Em informações (fls. 153-187), a autoridade coatora defendeu que a evolução histórica da carreira de Procurador Federal, atrelada à EC n. 19/1998, impediria a pretensão da impetrante, já que para esse cargo o período de estágio probatório seria de três anos, e não de vinte e quatro meses como pretende a impetrante.

A d. Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da segurança (fls. 275-282).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Narra a impetrante que, por meio de concurso público, ingressou nos quadros da Advocacia-Geral da União em fevereiro de 2000, no cargo de Procurador do INSS, posteriormente transformado pela Medida Provisória n. 2.048-26/2000, que criou a carreira de Procurador Federal.

Aduz que, em 22 de novembro de 2005, por meio da Portaria PGF n. 468, foi determinada a organização de listas de promoção e progressão retroativas aos exercícios de 2001 e 2002, relativas à carreira de Procurador Federal, nas quais não ficou consignado o seu nome.

Diante dessa constatação, a impetrante formulou pedido de reconsideração à d. Procuradora-Geral Federal, nos moldes do art. 5º da Portaria PGF n. 468/2005, indeferido, sob o fundamento de que, durante o estágio probatório, seria vedada a progressão e promoção daqueles servidores, nos termos do parágrafo único do art. 2º da referida portaria.

Contra essa decisão, a impetrante interpôs recurso administrativo ao em. Advogado-Geral da União, autoridade ora indicada como coatora, que manteve o ato aqui objurgado.

Daí a presente impetração, na qual a impetrante sustenta que estabilidade e estágio probatório são institutos jurídicos distintos, cujos períodos não se vinculam, nem se confundem, razão pela qual teria direito líquido e certo de figurar nas listas de promoção e progressão relativas aos exercícios de 2001 e 2002, reguladas pela Portaria PGF n. 468/2005.

É o que basta narrar dos fatos.

O ponto nodal da discussão cinge-se em saber se deve ser considerado o prazo de *24 (vinte e quatro) meses*, de acordo com o art. 20 da Lei n. 8.112/1990 (reproduzido em essência no art. 22 da Lei Complementar n. 73/1993 - Lei Orgânica da AGU e outros estatutos de servidores públicos), ou o prazo de *3 (três) anos*, necessário à aquisição da estabilidade, disposto no art. 41 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, para a inclusão de Procurador Federal em listas de promoção e progressão na carreira, que tenham como requisito a conclusão do estágio probatório.

Com o intuito de renovar o olhar sobre a questão, proponho aos eminentes pares novas reflexões, a partir da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial que passarei a expor a respeito do tema.

A Constituição Federal de 1988, secundando os Textos Constitucionais de 1946, 1967 e 1969, manteve o prazo para aquisição da estabilidade do servidor público em 2 (dois) anos (art. 41, *caput*, em sua redação original).

Posteriormente, veio a lume a Lei n. 8.112/1990, que, inspirada na diretriz constitucional, estabeleceu, em seu artigo 20, idêntico prazo de duração para o estágio probatório, fixado, no entanto, em meses, de modo a facilitar a contagem do interstício avaliatório do servidor.

Eis que sobreveio a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que, no seu artigo 6º, modificou a redação originalmente conferida ao artigo 41 da Carta Constitucional de 1988, para dilatar o prazo de aquisição da estabilidade, fixando-o em 3 (três) anos.

Sobre esse ponto, surgiu intenso debate com vistas a dirimir controvérsia acerca dos efeitos do alargamento do período de aquisição da estabilidade em face do prazo de duração do estágio probatório.

A doutrina pátria, em peso, entendeu que, com o advento da Emenda n. 19/1998, o artigo 20 da Lei n. 8.112/1990 estaria em descompasso com a Constituição, e por isso, não fora recebido ou recepcionado pela nova ordem constitucional reformadora. Por conseguinte, a duração do estágio probatório deveria observar o interstício de 36 (trinta e seis) meses.

Nessa linha de entendimento, destaco as obras de:

- **Alexandre de Moraes.** *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.011;

- **Celso Antônio Bandeira de Mello.** *Curso de Direito Administrativo.* 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 290;

- **Edmir Netto de Araújo.** *Curso de Direito Administrativo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 306;

- **Edimur Ferreira de Faria.** *Curso de Direito Administrativo Positivo.* 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 126;

- **Hely Lopes Meirelles.** atual. por **Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho**. *Direito Administrativo Brasileiro.* 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 451;

- **João Trindade Cavalcante Filho.** *Lei n. 8.112/1990 comentada artigo por artigo.* Brasília: Obcursos, 2008, p. 49;

- **José dos Santos Carvalho Filho.** *Manual de Direito Administrativo.* 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 574;

- **Lúcia Valle Figueiredo.** *Curso de Direito Administrativo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 604;

- **Maria Sylvia Zanella Di Pietro.** *Direito Administrativo.* 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 563;

- **Odete Medauar.** *Direito Administrativo Moderno.* 10. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 276;

- **Paulo de Matos Ferreira Diniz.** *Lei n. 8.112/1990 Comentada.* 9. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 135;

- **Paulo Modesto.** Estágio probatório: questões controversas. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP.* ano 1. n. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 211;

- **Uadi Lammêgo Bulos.** *Constituição Federal Anotada.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 714;

Em 14 de maio de 2008, quase dez anos após a Emenda Constitucional n. 19/1998, parecia, enfim, que a questão estaria resolvida, mediante a alteração do período de estágio probatório do servidor público federal para 36 (trinta e seis) meses, promovida com a edição da Medida Provisória n. 431.

Tanto é verdade que, em meados de agosto de 2008, o em. Ministro *Gilmar Mendes*, na condição de Presidente do c. *Supremo Tribunal Federal*, deferiu dois pedidos de suspensão de tutela antecipada requeridos pela União, para sustar decisões judiciais que haviam permitido que Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional fossem promovidos logo após completarem dois anos de carreira, (STA's n. 263 e 264) - casos análogos ao da presente impetração.

Na ocasião, entendeu Sua Excelência que a manutenção das decisões judiciais recorridas acarretaria grave lesão à economia pública, porque a promoção desses servidores implicaria majoração indevida de vencimentos, em franca contrariedade ao disposto no art. 41 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, vez que não haveria como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade.

Sucedeu que a Medida Provisória n. 431/2008 foi convertida na Lei n. 11.784, de 22 de setembro de 2008, sem, contudo, encampar a alteração prevista para o *caput* do artigo 20 da Lei n. 8.112/1990, no tocante à ampliação do período de estágio probatório para 36 (trinta e seis) meses.

À vista desse escorço histórico, percebe-se que a celeuma retornou ao *status quo ante*, qual seja, pairavam dúvidas sobre a compatibilidade dos prazos estabelecidos pela Lei n. 8.112/1990 para o estágio probatório (24 meses) e o prazo definido pela Constituição Federal para a aquisição da estabilidade (3 anos), tal como verificado quando da edição da Emenda Constitucional n. 19/1998.

Nada obstante, aos 3 dias de março do corrente ano, o em. Ministro *Gilmar Mendes* concedeu mais duas suspensões de tutela antecipada, em casos análogos aos que aqui relatei e com idêntica fundamentação (STA's 310 e 311).

Feita essa incursão preliminar, passo as minhas ponderações.

Observo, inicialmente, que não remanescem dúvidas no âmbito desta e. *Terceira Seção* de que *estágio probatório* e *estabilidade* são institutos jurídicos distintos.

Esse entendimento remonta ao julgamento do Mandado de Segurança n. 9.373-DF, da relatoria da em. Ministra *Laurita Vaz*, no qual esta e. *Terceira Seção*, na assentada de 25 de agosto de 2004, firmou entendimento de que não haveria necessidade de coincidência entre os prazos de duração do estágio probatório e da aquisição de estabilidade.

Nesse vértice, seguiram-se os seguintes julgados: MS n. 12.406-DF, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ de 17.10.2008; MS n. 12.389-DF, Rel. Des. Convocada *Jane Silva*, DJ de 04.08.2008; MS n. 12.397-DF, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJ de 16.06.2008; MS n. 12.418-DF, Rel. Min. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJ de 08.05.2008.

Constitui, pois, o *estágio probatório* uma *obrigação* a que deve se submeter o servidor público, em homenagem ao princípio da eficiência, para demonstrar, na prática, que tem aptidão para o cargo ao qual foi selecionado em concurso público.

Já a *estabilidade* é um *direito* do servidor público; é uma *garantia* que adquire contra a ingerência de terceiros no seu mister, com vistas ao desenvolvimento dos seus trabalhos de forma independente e permanente, sem perturbações de ordem externa, protegendo-se assim a impessoalidade e a continuidade dos serviços públicos.

Acredito, no entanto, que, apesar de distintos entre si, de fato, não há como dissociar um instituto do outro. Ambos estão pragmaticamente ligados.

Daí, correta a proposição de que *"estabilidade e estágio probatório são duas faces da mesma moeda, tanto assim que só ficam sujeitos ao estágio probatório ou confirmatório os servidores titulares de cargos públicos (admitidos por concurso público), ou seja, aqueles que, na forma do art. 41 da Constituição, podem adquirir estabilidade"* (Cavalcante Filho, ob. cit, p. 48).

Demais disso, o estágio probatório deve se desenvolver no período compreendido entre o início do efetivo exercício do servidor no cargo e a aquisição de estabilidade no serviço público, visto que *"a finalidade do estágio é justamente fornecer subsídios para a estabilização ou não do servidor*". Como já se afirmou: a *"estabilidade é no serviço público, mas refere-se a um cargo"* (Cavalcante Filho, ob. cit, p. 49 e 55).

Na realidade, não faz sentindo nenhum que o servidor seja considerado apto para o cargo num estágio probatório de 24 (vinte e quatro) meses, para, apenas ao cabo do terceiro ano de efetivo exercício, vir a ser estabilizado no mesmo cargo.

Essa preocupação foi objeto de nota na obra de *Hely Lopes Meirelles:*

> *Com efeito, quando a Constituição Federal fala que os servidores são estáveis após três anos, esse prazo só pode ser de estágio probatório – até porque, tendo por finalidade avaliar aptidão, eficiência e capacidade para o cargo, não seria razoável dar essa avaliação como positiva no prazo de dois anos e mais tarde, antes dos três anos, não lhe reconhecer o direito à estabilidade porque não se revelou apto, eficiente ou capaz para o mesmo cargo* (ob. cit., p. 452-453).

Nesse diapasão, em sede de artigo doutrinário, *Inácio Magalhães Filho* também anotou:

> *... desconhecer o vínculo existente entre estágio probatório e estabilidade consiste em retirar a utilidade do primeiro instituto, pois mantendo-se o prazo de 24 meses para o estágio probatório indaga-se o que seria assegurado ao servidor após a sua aprovação? A resposta logicamente é nada, tendo em vista que o servidor continua sem estabilidade.*
>
> Portanto, o estágio probatório é o período compreendido entre o início do exercício do cargo e a aquisição da estabilidade decorridos os três anos estabelecidos pela Constituição Federal. (g.n.)
>
> (*In* Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, n. 29, 2003, p. 36).

Como se vê, admitida a hipótese de prazos diferenciados, teríamos que conceber uma espécie de "limbo funcional" de nenhuma utilidade, pois, após a "aprovação" em estágio probatório de 24 (vinte e quatro) meses, o servidor teria que aguardar, *inerte*, por mais um ano, a confirmação da estabilidade. Uma total incongruência do sistema.

Outra situação esdrúxula decorrente desse raciocínio se verificaria, por exemplo, com relação ao instituto da recondução.

Sob a perspectiva de prazos diferenciados, o servidor aprovado para um outro cargo público teria direito à recondução ao cargo anteriormente ocupado tão somente no período de 24 (vinte e quatro) meses, e não em 3 (três) anos ou 36 (trinta e seis meses), eis que o art. 29, inciso I, da Lei n. 8.112/1990 garante esse direito ao servidor estável inabilitado *em estágio probatório.*

Nessa hipótese, apesar de a avaliação especial para a estabilidade estender-se até os três anos de efetivo exercício, a partir do segundo ano perderia o servidor o direito à recondução, pois não poderia mais retornar ao cargo anteriormente ocupado, já que findo o estágio probatório, nem seria mais detentor de estabilidade no serviço público, seja no novo cargo ou no antigo, em total prejuízo aos seus próprios interesses (que, *concessa maxima venia*, foi o entendimento que prevaleceu no Mandado de Segurança n. 24.543-3-DF, *STF, Pleno*, Rel. Min. *Carlos Velloso*, DJ de 12.09.2003, utilizado como referência paradigmática no precedente desta e. *Terceira Seção*, o MS n. 9.373-DF).

Em reforço ao que estou aqui a defender, adoto como razões de decidir e, por oportuno, transcrevo os bem lançados fundamentos das decisões em Suspensão de Tutela Antecipada (STA) de n. 263, 264, 310 e 311, da relatoria do em. Ministro *Gilmar Mendes, verbis:*

> A nova ordem constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade.
>
> A vinculação lógica entre os dois institutos restou muito bem demonstrada pelo Ministro Maurício Corrêa, ao analisar o Recurso Extraordinário n. 170.665:
>
> > 3.1 A estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso público em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos (art. 100, EC n. 1/1969; art. 41 da CF/1988). O estágio, pois, é o período de exercício

> do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. (RE n. 170.665, Ministro Maurício Corrêa, DJ 29.11.1996)

O art. 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, ao definir o prazo de dois anos para a aquisição da estabilidade pelos servidores que já estavam em estágio probatório quando de sua promulgação reforça esse entendimento:

> Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para a aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o art. 41 da Constituição Federal.

Este, também, foi o entendimento adotado por esta Corte na Resolução n. 200, de 31 de maio de 2000, que, considerando a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998 ao art. 41, *caput,* § 1º, III e § 4º, da Constituição e o disposto no art. 20 da Lei n. 8.112/1990, dispôs que o estágio probatório compreende o período de três anos:

> Art. 1º Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo cumprirá estágio probatório pelo período de trinta e seis meses, durante o qual sua aptidão e sua capacidade para o desempenho das atribuições do cargo serão objeto de avaliação.

Em conformidade com este entendimento, *o Conselho Nacional de Justiça*, por unanimidade, conheceu a Consulta do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e respondeu que o estágio probatório a ser observado para os servidores do Poder Judiciário foi ampliado de dois para três anos, consoante disposto no art. 41 da Constituição:

> Ementa: Pedido de Providências. Consulta sobre a vinculação do estágio probatório (art. 20 da Lei n. 8.112/1990) ao período de três anos exigidos para a aquisição da estabilidade no serviço público (CF, art. 41). Pertinência dos questionamentos e definição do prazo de 03 anos para o estágio probatório, na forma do art. 41 da CF c.c. a Resolução STF n. 200/2000. (Pedido de Providências n. 822/2006, Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues, DJ 12.09.2006)

Assim, decisão liminar que permite a participação de Procuradores da Fazenda Nacional com menos de três anos de efetivo exercício no concurso de promoção na carreira contraria a norma do art. 41 da Constituição, acarretando, inclusive, grave lesão à economia pública, uma vez que a promoção desses servidores implicará majoração indevida de seus vencimentos. (g.n).

Dessa fundamentação, merece destaque a redação do artigo 28 da Emenda Constitucional n. 19/1998, *pois tal dispositivo vem a confirmar o raciocínio de que a alteração do prazo para a aquisição da estabilidade repercutiu no prazo do estágio probatório, senão seria de todo desnecessária a menção aos atuais servidores em estágio probatório; bastaria, então, que se determinasse a aplicação do prazo de 3 (três) anos aos novos servidores, sem qualquer explicitação, caso não houvesse conexão entre os institutos da estabilidade e do estágio probatório.*

Noutro prisma, de se ressaltar que, havendo autorização legal, o servidor público poderá avançar no seu quadro de carreira, independentemente de se encontrar em estágio probatório.

Exemplo disso é a nova lei que regulamenta a carreira dos servidores do Poder Judiciário da União, a qual passou a permitir esse tipo de evolução (art. 9º da Lei n. 11.416/2006), vedada expressamente pela legislação anterior (art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.421/1996 e art. 7º, § 3º, da Lei n. 10.475/2002).

Quero dizer: o fato de o servidor encontrar-se em período de prova, por si só, não o impede de galgar promoção ou progressão funcional, a menos que haja restrição normativa nesse sentido.

Na hipótese dos autos, *a Portaria n. 468/2005, da Procuradoria-Geral Federal (fls. 36-38), restringiu a elaboração e edição de listas de promoção e progressão aos Procuradores Federais que houvessem findado o estágio probatório entre 1º de julho de 2000 e 30 de junho de 2002* (art. 2º, parágrafo único; *fl. 37*).

Quando da edição da aludida Portaria n. 468/2005, já se encontrava em vigor o Parecer AGU/MC n. 01/2004, aprovado pelo Presidente da República em 12 de julho de 2004, em caráter vinculante para a Administração Federal, no âmbito do Poder Executivo, no qual ficou estabelecido que, em razão das alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 19/1998, o prazo do estágio probatório deveria ser de 3 (três) anos.

A ora impetrante tomou posse e entrou em exercício no dia ***04 de fevereiro de 2000*** *(fls. 34-35), de modo que, no momento da elaboração das listas de promoção e progressão funcional,* ***não atendia o requisito do lapso temporal de efetivo exercício para a conclusão do período de estágio probatório, em atenção ao disposto no artigo 41 da Constituição Federal, com a redação que já lhe havia sido conferida pela Emenda Constitucional n. 19/1998.***

Ressalto, por fim, que a questão é de mera incompatibilidade do disposto no artigo 22 da Lei Complementar n. 73/1993 (ou no artigo 20 da Lei n. 8.112/1990) com o novel paradigma de constitucionalidade instituído pela

Emenda Constitucional n. 19/1998. Por conseguinte, desnecessária se mostra a declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, eis que anterior à alteração promovida no texto do artigo 41 da Carta Maior, operando-se, assim, o fenômeno da não recepção.

Com essas considerações, chamando a atenção dos eminentes colegas para a alteração de entendimento que ora proponho, *denego* a ordem.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, reformulando meu entendimento, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, votei no sentido que o Sr. Ministro Felix Fischer mencionou, ou seja, pelos dois anos. Efetivamente, estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator com a mudança, até porque, como disse S. Exa., a Emenda Constitucional n. 19/1998 preservou os dois anos para quem ingressou no serviço público antes da emenda.

Evidentemente, quem ingressou posteriormente no serviço público passou a se submeter aos três anos – isso é mais do que lógico. No caso, o ingresso se deu posteriormente à emenda.

É difícil entendermos a respeito dessa distinção sob certo aspecto, porque se fala que uma coisa seria a estabilidade, enquanto a outra seria a efetividade. Então, cumpridos os dois anos, adquirir-se-ia a estabilidade, sendo que a efetividade só viria depois.

Penso que essa questão é sibilina. Entendo que a orientação mais próxima da Constituição e, sobretudo, com os princípios, é a de três anos para todos os que ingressaram no serviço público já sob a mudança resultante da Emenda Constitucional n. 19/1998 e de dois anos para quem já se encontrava no serviço público, como a própria emenda preservou.

Peço vênia para mudar a minha posição e acompanhar o voto do Sr. Ministro Felix Fischer.

Denego a ordem em mandado de segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.991-DF (2007/0172075-8)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrante: Ricardo Cantaclaro Marques Rosa
Advogado: Adriano Soares Branquinho e outro(s)
Impetrado: Ministro de Estado da Previdência Social

EMENTA

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público federal. Médico perito do INSS. Demissão. Preliminar de impropriedade da via eleita. Rejeição. Ausência de defesa técnica. Súmula Vinculante n. 5-STF. Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União. Ilegalidade. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Aplicação. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. Há longa data foi superada, no âmbito jurisprudencial, a questão relativa à possibilidade da impetração de mandado de segurança contra ato de natureza disciplinar, tendo em vista a regra contida no art. 5º, inc. III, da Lei n. 1.533/1951. Preliminar rejeitada.

2. "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" (Súmula Vinculante n. 5-STF).

3. São ilegais os Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, se torna compulsória a aplicação da pena de demissão, porquanto contrariam o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, de extrato constitucional.

4. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.

5. A conduta do impetrante, que participava de gerência de empresa privada, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com juízo da autoridade impetrada, diversa da demissão.

6. Em se tratando de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data publicação do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei n. 8.112/1990.

7. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.

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 parcialmente a segurança e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves e Felix Fischer.

Impedida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O Dr. Adriano Soares Branquinho sustentou oralmente pelo impetrante.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Ricardo Cantaclaro Marques Rosa* em

desfavor do *Ministro de Estado da Previdência Social,* em que se insurge contra o ato que o demitiu do cargo de Médico Perito do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O impetrante, que sofreu a sanção porque remanesceu apurado que participava de gerência ou administração de empresa privada, sustenta haver nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da penalidade administrativa.

Argumenta que houve cerceamento de defesa, à asserção de que lhe foi negada a nomeação de defensor dativo na fase de instrução, razão pela qual ficou desacompanhado de defesa técnica, em contrariedade à orientação deste Tribunal.

Sustenta que a pena de suspensão por 60 (sessenta) dias, sugerida pela comissão processante, foi agravada pela autoridade impetrada, com base em parecer que contraria o art. 128 da Lei n. 8.112/1990, assim como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Alega que não teriam sido considerados pela Administração os mais de 24 (vinte e quatro) anos de exercício de função pública, a gravidade do ilícito, o dano causado e a circunstância de que se afastou do quadro societário das empresas.

Por decisão proferida em 06.08.2007, deferi a liminar (fls. 590-591). Contra essa decisão a União interpôs agravo regimental.

O Ministro de Estado da Previdência Social prestou informações. Argui preliminar de impropriedade da via eleita por ser impossível o cabimento do *mandamus* contra ato disciplinar. Quanto ao mérito, defende que "a falta de procurador constituído ou de defensor nomeado pela Comissão de Inquérito durante a fase de instrução não configura nulidade, diante da ausência de previsão na Lei n. 8.112/1990, que rege o processo administrativo disciplinar" (fl. 626).

Afirma que a Advocacia-Geral da União, por meio dos Pareceres GQ-177 e GQ-183, de caráter vinculante, firmou entendimento segundo o qual se impõe a aplicação da pena de demissão ou cassação de aposentadoria quando verificadas a autoria e a materialidade de infração disciplinar a que a lei comine uma dessas sanções (fls. 620-635).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *José Eduardo de Santana,* opina concessão da segurança (fls. 637-639).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, ressalto que há longa data foi superada, no âmbito jurisprudencial, a questão relativa à possibilidade da impetração de mandado de segurança contra ato de natureza disciplinar, tendo em vista o disposto no art. 5º, inc. III, da Lei n. 1.533/1951. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 212.427-AM, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ de 15.05.2000; RMS n. 4.293-MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 11.05.1998; RMS n. 2.628-RJ, Rel. Min. Assis Toledo, Quinta Turma, DJ de 18.04.1994.

Desse modo, rejeito a preliminar de impropriedade da via eleita.

O impetrante sustenta que houve cerceamento de defesa, à asserção de que lhe foi negada a nomeação de defensor dativo na fase de instrução, razão pela qual remanesceu desacompanhado de defesa técnica, havendo, assim, ofensa ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão, consolidada no enunciado da Súmula n. 343, segundo a qual: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em sentido diametralmente contrário a esse entendimento, editou a Súmula Vinculante n. 5, que preconiza: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

Do julgamento do RE n. 434.059-DF (Rel. Min. *Gilmar Mendes,* Tribunal Pleno, DJe de 11.09.2008), que deu origem à súmula em referência, apresenta-se oportuno transcrever o seguinte excerto do voto da Ministra *Carmém Lúcia,* que, ao registrar a discussão existente por parte considerável da doutrina do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo a respeito da autotutela e do direito à defesa técnica, assentou:

> Se analisarmos as obras e as monografias, veremos que este é um capítulo muito especificado hoje. A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que simulacro de defesa.

O Ministro *Cezar Peluso*, em seu voto, consignou:

> O que a Constituição, no inciso LV, assegura é o contraditório, que se traduz na garantia da possibilidade de uma intervenção eficaz e tempestiva, sobretudo, hoje, explicada a título de colaboração na formação do ato-total da decisão. Isto é, quem se vê na condição de acusado, na condição de réu ou em condição análoga, é convidado a participar do processo para colaborar com o processo, que é de formação da decisão. Daí, a justificação conseqüente da garantia da coisa julgada, que pode ser oposta exatamente à pessoa instada, ou, pelo menos, chamada a participar de uma decisão que se revestirá dessa imutabilidade e autoridade próprias da *res iudicata*.
>
> Ora, a oportunidade, como tal, é concedida no processo administrativo. E, não apenas no processo administrativo, mas em todos os processos, e é admitida a título de ônus, não a título de obrigação. Portanto, é comportamento único e necessário para a obtenção de certa vantagem. O interessado o exercerá ou não, segundo suas conveniências pessoais. Por isso, nunca, jamais se cogitou da nulidade eventual de processo civil em que o réu seja revel, de revelia absoluta. Ele é citado, não comparece, porque não lhe convém comparecer, porque não quer, mas nem por isso o processo é nulo por suposta ofensa ao princípio do contraditório.
>
> Ora, esta possibilidade ou esta oportunidade de intervenção só não existe em concreto no procedimento administrativo – conforme também revelou a Ministra *Carmém Lúcia* – em duas hipóteses: naquela em que o servidor se encontre em lugar incerto e, portanto, não tenha ciência senão ficta do processo – e, porque se trata de ficção, é preciso que, de algum modo, essa possibilidade se atualize mediante a nomeação de um defensor ou de destinação do processo à Defensoria Pública –, ou no caso em que o servidor não tenha condições de contratar patrono para defendê-lo. Nesta caso, ele pode invocar outra garantia constitucional, que é aquela pela qual o Estado se obriga a prestar assistência jurídica integral e gratuita – integral no sentido de que apanha também a esfera administração.
>
> A única exceção a essa distinção, que pressupõe exatamente a diferença entre oportunidade de defesa como o contraditório e defesa técnica, que é outra coisa, é o processo criminal, porque nele – também o eminente advogado-geral da União já o demonstrou – está em jogo um direito indisponível, que seria objeto de teórica renúncia, se não fosse assegurada ao réu defesa técnica efetiva. (grifos no original)

Por sua vez, observou a Ministra *Ellen Gracie:*

> A Lei n. 8.112 prevê ainda que na hipótese em que haja revelia – portanto, que ele não exercite nem pessoalmente nem indique quem o defenda –, a própria administração encarrega-se de lhe dar um defensor dativo. E o dispositivo é

> expresso e preciso ao exigir que esse defensor dativo seja outro servidor ao menos do mesmo nível do acusado, portanto, garantindo, assim, que essa defesa não seja *pro forma,* mas uma defesa qualificada.

Registro, ainda, que, conforme se colhe das discussões havidas por ocasião do julgamento em referência, o Supremo Tribunal Federal entendeu necessária a edição da súmula vinculante, entre outras razões, especialmente em virtude da existência da Súmula n. 343 do Superior Tribunal de Justiça, formulada em sentido contrário.

Por conseguinte, não cabe mais discussão a respeito dessa matéria. Impõe-se a observância da orientação consolidada na Suprema Corte, tendo em vista que a súmula assim aprovada tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

No entanto, não posso deixar de consignar, fiel à livre convicção motivada, que a Súmula n. 343-STJ, ao condensar sua jurisprudência, dizendo ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, traduziu interpretação, com a devida vênia, consentânea, coerente, com o propósito constitucional de assegurar ampla defesa aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme art. 5º, LV.

Habilitado para atender a tal desiderato, em nosso ordenamento jurídico, é o advogado, cujo trabalho é essencial à administração da justiça, conforme art. 133 da Constituição Federal, devendo a essencialidade ali referida ser alargada para compreender hipóteses em que a própria Carta, em cláusula pétrea, assegura a amplitude defensiva, com os meios e recursos a ela inerentes. A interpretação deve partir do texto magno. Caso contrário, a lei ordinária estaria frustrando o seu objetivo garantista.

Não é demais lembrar que, em decorrência de processos administrativos disciplinares, inúmeros servidores, precariamente defendidos, são penalizados, inclusive com a demissão, penalidade gravíssima, sobretudo em nosso contexto social, onde a dificuldade de se obter um cargo público é, a cada dia, mais restrita e difícil. O mau servidor deve, sim, de acordo com a lei, ser punido, inclusive, sendo o caso, com a perda de seu cargo. Antes que tal se consume, no entanto, é o mesmo Estado que propugna, na sua Lei Maior, que se lhe assegure, tal como dito, defesa, inclusive técnica.

Em síntese, estou convicto que a edição da Súmula n. 343-STJ atendeu ao próprio fim social e ao bem comum, alvos da Constituição Federal, não apenas em decorrência dos específicos dispositivos referidos mas, também, ao albergue do que se contém no seu art. 1º. Há de prevalecer, contudo, a exegese do Supremo Tribunal Federal, compendiada na Súmula Vinculante n. 5, tendo em conta, como dito, o art. 103-A da mesma Lei Fundamental.

O impetrante – demitido do cargo público de Médico do INSS porque participava de gerência de empresa privada e assim violou a regra do art. 117, X, da Lei n. 8.112/1990 – sustenta que não foram observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Alega que a autoridade impetrada, com base em parecer, agravou a sanção sugerida pela comissão processante, ao fundamento único de que a pena de demissão seria obrigatória, tendo em vista que a conduta ilícita estaria prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/1990.

Em suas informações, a autoridade reforça esse entendimento e defende a legalidade do ato impugnado, com base nos Pareceres GQ-177 e GQ-183, da Advocacia-Geral da União, segundo os quais, caracterizada uma das infrações disciplinares previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, torna-se compulsória a aplicação da pena de demissão.

Referidos pareceres, que têm orientado o julgamento dos processos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do Poder Executivo, contrariam frontalmente o art. 128 da Lei n. 8.112/1990, que dispõe:

> Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.
>
> Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Esse dispositivo reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. É o que se pode extrair dos seguintes acórdãos deste Tribunal:

> Embargos de declaração. Mandado de segurança. Contradição. Inexistência. Reexame. Incabimento.
>
> (...)
>
> 2. Não há contradição a ser dirimida na decisão que, de modo claro e inequívoco e na esteira da jurisprudência da 3ª Seção desta Corte de Justiça, afirma a nulidade de ato demissional à falta de individualização da sanção

> administrativa por inobservância do artigo 128 da Lei n. 8.112/1990 e, mais, de todo o processo disciplinar, por obrigatória a presença de advogado constituído ou do defensor dativo desde o momento da instrução do inquérito administrativo, que é quando deverá ser produzida toda a prova contra o acusado.
>
> (...)
>
> 4. Embargos rejeitados. (EDcl no MS n. 7.074-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, DJ de 21.08.2006).
>
> Mandado de segurança. Servidora pública federal. Agente administrativo do INSS. Processo administrativo disciplinar. Regularidade formal. Impossibilidade de análise de fato novo em sede mandamental. Comissão processante que opina pela pena de suspensão. Agravamento para a penalidade de demissão pela autoridade coatora. Ausência de adequada fundamentação (art. 168, parágrafo único da Lei n. 8.112/1990). Sanção disciplinar que, no caso concreto, revela-se desproporcional à conduta apurada. Segurança concedida.
>
> (...)
>
> 6. Ademais, no exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão da impetrante, verifica-se que a autoridade coatora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades da hipótese em apreço, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada, em desobediência ao comando do art. 128 do Regime Jurídico dos Servidores Federais.
>
> 7. Segurança concedida. (MS n. 8.693-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 08.05.2008)

A noção de compulsoriedade veiculada nos pareceres em tela não se coaduna com o disposto no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, segundo o qual na aplicação da sanção devem ser observados a gravidade do ilícito disciplinar, a culpabilidade do servidor, o dano causado ao erário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Com efeito, na medida em que determinam obrigatoriamente a imposição da pena de demissão nessas circunstâncias, os pareceres impedem que a autoridade julgadora observe o contido em tal norma e formule um juízo adequado à conduta individual de cada servidor público envolvido na prática do ilícito administrativo apurado.

Isso porque, para efeito de cumprimento de tal orientação, pouco importará o ilícito, o dano ao erário, a culpabilidade do servidor público, seus antecedentes funcionais, as agravantes e atenuantes, tendo em vista que a demissão se apresentará obrigatória.

"A imposição de sanção a servidor público requer, para sua devida dosimetria, um juízo de proporcionalidade da pena (princípio da individualização da pena). A culpabilidade, o dano causado e os antecedentes devem ser considerado para tanto" (RMS n. 25.950-PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 08.09.2008).

O Superior Tribunal de Justiça já assentou também que devem ser considerados pela Administração os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade, que são de extrato constitucional, ainda que se trate de demissão, consoante se verifica abaixo:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Militar. Exclusão. Oitiva de testemunhas de defesa e acusação. Inversão. Ausência de prejuízo. Juntada posterior de documentos pela comissão processante. Irrelevância para o resultado do processo administrativo. Nulidade afastada. Comandante-Geral da Polícia Militar. Competência. *Bis in idem*. Inocorrência. Ato demissional. Ausência de motivação. Inovação recursal. Penalidade. Exclusão. Desproporcionalidade.
>
> (...)
>
> VI. Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e individualização da pena (Precedentes: MS n. 13.716-DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 13.02.2009; MS n. 8.693-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08.05.2008; MS n. 7.260-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 26.08.2002 e MS n. 7.077-DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11.06.2001).
>
> VII. Na espécie, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de exclusão imposta ao recorrente, tendo em vista os antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao serviço público, bem como a comprovada boa-fé. Além do mais, quando da aquisição, as irregularidades de que padecia o veículo "clonado" se mostravam de difícil percepção.
>
> Recurso ordinário provido. (RMS n. 28.487-GO, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 30.03.2009).

No tocante ao princípio da proporcionalidade, cabe transcrever os ensinamentos de Suzana de Toledo Barros (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 31), que, ao citar Canotilho, assevera:

> Como anota *Canotilho*, o princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a

> direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de *adequação* da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; *necessidade* da restrição para garantir a efetividade do direito e a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado (grifos no original).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, busca-se eleger a solução necessária, mais coerente, mais adequada, mais prudente, mais apropriada para o caso concreto. Desse modo, pretende-se evitar resultados injustos, baseados em critérios norteados por parâmetros incongruentes ou desmedidos. A proporcionalidade refere-se à quantidade, ou seja, à mensuração quantitativa da relação de correspondência entre falta e pena.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, traz consigo a idéia de anseio por uma decisão que se apresente a mais ponderada para solucionar a questão jurídica. Que obedeça a critérios racionais, sensatos, evitando-se a adoção de soluções rígidas, que não guardem relação de pertinência com a finalidade da lei.

Sobre o princípio da razoabilidade, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108):

> Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normas de prudência, sensatez e disposição de acatamento ás finalidades da lei atributiva da discrição manejada.

A fiel observância dos pareceres em discussão não permite que a autoridade julgadora atue de forma racional, justa, no exercício do poder disciplinar. Impede que a Administração observe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O ordenamento jurídico pátrio não se alinha com atos administrativos desproporcionais, desprovidos de razoabilidade, que prestigiam soluções incompatíveis com os valores consagrados em nossa legislação e mesmo na Constituição Federal.

Se, conforme estabelecido no âmbito do Poder Executivo, a demissão é compulsória quando caracterizada infração prevista no art. 132 da Lei n. 8.112/1990, parâmetros de valoração equitativa dos atos praticados pelos servidores são desprezados, dando margem ao cometimento de excessos pela Administração.

É oportuno registrar que o princípio da legalidade não se mostra prestigiado quando se busca solução que se harmonize com interpretações isoladas, no caso, do disposto no art. 132 da Lei n. 8.112/1990. A fiel observância da lei reside na busca de soluções coerentes com o sistema normativo como um todo e, no presente caso, há flagrante contrariedade à regra contida no art. 128 da Lei n. 8.112/1990, conforme exposto.

O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.

Não se pode esquecer, por seu relevo em nosso arcabouço jurídico, da lapidar regra que se contém no art. 5º LICC, que preconiza a aplicação finalística da lei, buscando sempre atender a seus fins sociais e às exigências do bem comum. A Lei n. 9.784/1999, reproduz, *mutatis mutandis*, igual normatividade, por exemplo, nos incisos II e III do seu art. 2º.

Tais objetivos, todavia, só poderão, tanto quanto possível, serem alcançados, permitindo-se à autoridade competente, ao decidir, que o faça motivadamente, sopesando o contexto fático-jurídico e aplicando ou não, a reprimenda legal adequada, em suma, individualizando-a.

Os pareceres da AGU, no entanto, se opõem a tal desiderato, afrontando, assim, o art. 128 do Estatuto e mesmo a própria Constituição Federal, que abriga, dentre as garantias fundamentais, os princípios já referidos da individualização, proporcionalidade e razoabilidade da pena, inclusive a administrativa, devendo os mesmos permear a decisão sempre em hipóteses como a em julgamento.

Outrossim, no presente caso, os bons antecedentes funcionais – o impetrante exerce o relevante cargo público de Médico Perito do INSS há mais de 24 (vinte e quatro) anos e não há notícia de que fora punido –, aliados à natureza do ilícito administrativo apurado, conforme acima narrado, demonstram que a Administração, de fato, excedeu-se ao aplicar-lhe a pena máxima de demissão.

Sua conduta, embora reprovável, não afasta a possibilidade de aplicação da pena mais branda, diante da natureza e gravidade da infração cometida, dos

bons antecedentes funcionais e da lesividade ao erário. Com efeito, do cotejo entre seu histórico funcional e o ilícito administrativo praticado, impõe-se seja anulada a pena de demissão, sem prejuízo da aplicação de outra, de acordo com o juízo da autoridade impetrada.

Registro que o julgamento do processo disciplinar compete à autoridade administrativa, conforme as regras da Lei n. 8.112/1990. Assim, não há como acolher o pedido no sentido de que seja aplicada, pelo Poder Judiciário, a pena sugerida no relatório final da comissão processante. Tão-somente afasta-se a possibilidade de nova demissão.

No tocante aos efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1963, editou as seguintes súmulas:

> Súmula n. 269: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.
>
> Súmula n. 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 5.021/1966, que dispõe:

> Art. 1º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.
>
> § 1º. (*Vetado*).
>
> § 2º. Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor.
>
> § 3º. A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (artigos 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se, em seguida, de acordo com o artigo 204 da Constituição Federal.
>
> § 4º. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Ocorre que os enunciados das Súmulas n. 269-STF e 271-STF devem ser interpretados com temperamentos. Não se pode, efetivamente, deixar de consignar que tal jurisprudência sumulada formou-se há mais de 45 anos.

Houve, em tal interstício de tempo, mudanças jurídicas, sociais e econômicas a recomendar não simplesmente o seu abandono, mas, sim, a sua aplicação de forma consentânea com a nova realidade superveniente.

Outrossim, também deve ser interpretado restritivamente o disposto no art. 1º da Lei n. 5.021, de 09.06.1966, de modo a não albergar a hipótese em que servidores públicos deixaram de auferir legalmente seus vencimentos por ato da Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça já afastou a incidência das Súmulas n. 269-STF e 271-STF quando o mandado de segurança foi impetrado contra ato que suprimiu verbas remuneratórias, inclusive em virtude de demissão. A propósito:

> REsp. Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança. Ação de cobrança. Pagamento. O mandado de segurança não se confunde com a ação de cobrança. Toda ação repousa na – causa de pedir. Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento. A Lei n. 5.021/1966 veda, no ***mandamus*** pedir "vencimentos e vantagens pecuniárias". Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da sanção administrativa aplicada. No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em conseqüência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido. (REsp n. 29.950-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ de 1º.03.1993).
>
> Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Dissídio não caracterizado. Art. 255 do RISTJ. Mandado de segurança. Efeitos pretéritos. Súmulas n. 269 e 271-STF.
>
> – Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato considerado ilegal por ter suprimido reajuste dos vencimentos dos servidores, que consideram-nos devidos, não há que se falar em aplicação da Súmula n. 269 e 271 do STF. *In casu*, o *mandamus* não foi impetrado como substitutivo de ação de cobrança, tampouco produziu efeitos patrimoniais pretéritos.
>
> (...)
>
> – Recurso especial conhecido pela alínea **a** e desprovido. (REsp n. 206.413-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 02.08.1999)

De fato, na hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo. Inaplicabilidade das Súmulas n. 269-STF e 271-STF.

Refoge à lógica do razoável e contraria o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, em seu alcance, obrigar o servidor a ingressar novamente em juízo para cobrar diferenças relativas a período aquém da data do ajuizamento do *mandamus*, se tal pode e deve – *sem menosprezo aos direitos e garantias do devedor*, que deve pagar exatamente o que deve, nem mais, nem menos, como é óbvio, tal como se apurar –, inclusive, se necessário for, nos mesmos autos do *writ*, conforme, por exemplo, preconizado na Lei n. 11.232/2005, que alterou o CPC, arts. 475-A e seguintes. Em geral, administrativamente, o próprio órgão ao qual vinculado funcionalmente o servidor tem como fazer e disponibilizar os cálculos dos valores atrasados, efetuando o seu pagamento, independentemente de precatório.

Como sabemos, é uma constante a busca de soluções, as mais prontas e efetivas, nas resoluções dos conflitos judiciais. É a permanente luta contra a morosidade, mal maior, talvez, da prestação jurisdicional, de difícil superação. Assim, sempre que possível – sem violar as normas de regência e muito menos os princípios jurídicos –, mas, ao contrário, atribuindo-lhes racional inteligência, devemos buscar soluções que se harmonizem com tal propósito, em favor do próprio interesse público, da cidadania, destinatária final e única, a rigor, dos serviços públicos, inclusive daqueles, como cediço, prestados pelo Judiciário.

Ademais, em se tratando especificamente de reintegração de servidor público, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei n. 8.112/1990, segundo o qual a reinvestidura se dará com ressarcimento de todas as vantagens. Hipótese em que não se aplica a regra geral consolidada no enunciado da Súmula n. 271-STF.

Com efeito, a própria Lei n. 8.112/1990, ao definir reintegração do servidor, em seu art. 28, *in fine*, determina que isso se dará "com ressarcimento de todas as vantagens". Tal pressupõe, logicamente, que se restaure, materialmente, pecuniariamente, tudo o que se perdeu em razão da demissão que veio a ser invalidada judicial ou administrativamente. Para se alcançar esse objetivo legalmente expresso, a decisão deve retrotrair-se à data a partir da qual ocorreu a lesão ao direito, resultando no dano cuja reparação veio a ser determinada, por uma de tais instâncias, não se coadunando com o propósito expresso da norma de que, caso tal decorra de decisão judicial em mandado de segurança, os efeitos patrimoniais o sejam só a partir da data em que o *mandamus* tenha sido impetrado, restando os atrasados para cobrança em lide diversa.

Necessariamente, o "ressarcimento de todas as vantagens" presume, logicamente, a retroatividade material da decisão à data em que ocorreu a lesão

ao direito, judicialmente corrigida. É mais uma razão que milita a fazer do abrandamento das referidas Súmulas do STF e mesmo da Lei n. 5.021/1966, pois o contexto jurídico é bastante diverso daquele sob o qual tais precedentes sumulares e referido diploma normativo vieram a lume.

Além disso, diante da circunstância de que o art. 18 da Lei n. 1.533/1951 confere o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência do ato impugnado, para a impetração do *mandamus*, e a parte interessada dele se utiliza, a repercussão financeira retroativa na hipótese é mera conseqüência do reconhecimento da prática do ato ilegal ou abusivo violador do direito líquido e certo do impetrante.

No atual estágio em que se encontra o Direito Processual Civil, seria um evidente retrocesso, que violaria os princípios da celeridade e da economia processual, remeter às vias ordinárias o servidor público ao qual foi concedida a segurança tão-somente para executar parcelas, em regra, de valor não muito expressivo, relativas a um curto período de tempo, de no máximo 120 (cento e vinte) dias, e decorrentes do próprio vínculo funcional.

Nesse contexto, cabe registrar que a alteração no texto da Constituição Federal que excluiu do regime de precatório o pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor aponta para a necessidade de revisão do alcance das Súmulas n. 269-STF e 271-STF e, por conseguinte, do art. 1º da Lei n. 5.021/1966, principalmente em se tratando de débitos de natureza alimentar, tal como no caso em exame, que envolve verbas remuneratórias de servidor público.

Com inteira pertinência, ao votar, como relator, no Mandado de Segurança n. 2003.010937-4, o Desembargador *Newton Trisotto,* do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em pronunciamento que nos chegou às mãos pelo Ministro *Paulo Gallotti,* dentre outras ponderáveis razões, consignou:

> Parece-me evidente a razão do veto contido na Lei n. 5.021: preservar as finanças públicas, submetidas a orçamentos. Reforçam essa conclusão as regras do § 2º do seu art. 1º ("Na falta de crédito, a autoridade coatora ou a repartição responsável pelo cumprimento da decisão, encaminhará, de imediato, a quem de direito, o pedido de suprimento de recursos, de acordo com as normas em vigor") e do art. 100 da Constituição Federal ("A exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos

adicionais abertos para este fim"). Se não houvesse a vedação do *caput* do art. 100, a Fazenda Pública poderia ser compelida a pagar vultosas quantias sem previsão orçamentária. Porém, não deixaram os legisladores de se preocupar com os credores de alimentos, dispensados da observância da ordem cronológica dos precatórios (CF, art. 100, *caput*), e, depois, com os titulares dos créditos de valor inexpressivo, cuja liquidação imediata não abalaria as finanças públicas. Com a promulgação da Emenda n. 20, em 1998, introduziram o § 3º ao art. 100, que assim prescreve: "O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado".

A Emenda n. 37, de 2002, inseriu o art. 87 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, definindo, provisoriamente, as obrigações de "pequeno valor":

> Art 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:
>
> I. quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal.
>
> II. trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.
>
> Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

E, com proficiência, conclui:

> Se o pagamento das dívidas da Fazenda Pública de natureza alimentar – como o são também aquelas de que trata a Lei n. 5.021 – e as de "pequeno valor" não mais se submetem ao procedimento do precatório, é forçoso concluir que a regra do art. 1º da referida Lei não incidirá quando o efeito patrimonial da sentença deferitória da segurança não exceder os limites estabelecidos no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Acrescenta-se que, no âmbito federal, pela Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º, c.c. art. 3º, o valor para pagamento das obrigações definidas em lei como de pequeno valor, independentemente de precatório, corresponde a 60 (sessenta) salários mínimos.

Em casos como o presente, a concessão da segurança com efeitos pecuniários pretéritos harmoniza-se inteiramente com a obstinada luta do Poder Judiciário em atender, da forma mais expedita, mais efetiva possível, os pleitos que lhes são trazidos, sem se descurar, em absoluto, das garantias constitucionais e legais das partes.

O mandado de segurança constitui direito fundamental – art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. É doutrina bastante sedimentada, antiga e constante, aquela segundo a qual, por sua supremacia, na aplicação dos preceitos constitucionais, deve-se extrair o máximo de sua eficácia normativa, o que se alcança adotando-se, com a devida vênia, o posicionamento aqui sustentado, o qual se robustece ainda mais com a garantia inscrita no inciso LXXVIII do mesmo artigo, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que preconiza: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

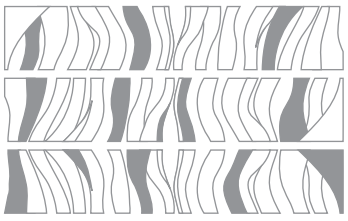
Ante o exposto, *concedo em parte a segurança* para anular o ato de demissão do impetrante e determinar sua reintegração, sem prejuízo da aplicação de outra penalidade disciplinar, diversa da demissão. Efeitos patrimoniais contados da data da publicação do ato impugnado. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários (Súmula n. 105-STJ). *Julgo prejudicado* o agravo regimental.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Sr. Presidente, o voto do eminente Relator, na minha percepção, foi antológico e pedagógico. Antológico porque põe no cenário devido a cautela que a Administração tem de ter ao exercer esse terrível poder de punir. Pedagógico porque ensinou como deve ser aplicada a sanção pela autoridade administrativa. Gostaria de ter escrito este voto.

2. Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, concedendo parcialmente a ordem em mandado de segurança e julgou prejudicado o agravo regimental.



Jurisprudência da **Quinta Turma**

HABEAS CORPUS N. 77.228-RS (2007/0034711-6)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrantes: Amir José Finocchiaro Sarti e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Paciente: Ricardo Russowski

EMENTA

Habeas corpus. Gestão temerária. Ação penal intentada exclusivamente com base em representação do Banco Central do Brasil. Posterior descaracterização da ilicitude dos fatos pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Atipicidade da conduta. Trancamento da ação penal. Precedentes do STF e STJ. Ordem concedida.

1. A lesão que se pretende evitar com o presente *mandamus* diz respeito ao conceito de probidade indispensável ao exercício da atividade profissional ligada ao Sistema Financeiro Nacional. Não se deve restringir o meio de defesa daquele que se vê injustamente processado por crime considerado grave, com implicações severas na vida profissional, postergando a análise de questão que pode conduzir ao completo esvaziamento da persecução criminal, sobre o singelo argumento de que a matéria será apreciada no recurso de Apelação ou de que não houve pena privativa de liberdade.

2. Desnecessário o exame aprofundado de provas, no caso concreto, bastando cotejar os fatos que deram suporte à denúncia (fundada exclusivamente em representação do Banco Central) com aqueles mencionados no acórdão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que inocentou o paciente da acusação de gestão temerária, determinando o arquivamento da representação, restando evidente a correspondência entre eles.

3. Tendo o órgão estatal responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, após regular e amplo procedimento administrativo, concluído que as práticas que motivaram a representação administrativa e, posteriormente, a investigação criminal, não caracterizaram gestão temerária, evidente a atipicidade

da conduta, a conduzir ao trancamento da Ação Penal por falta de justa causa. Precedentes do STF e do STF (RHC n. 12.192-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2003 e HC n. 83.674-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 16.04.2004).

4. No Estado Democrático de Direito, o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal, vedando-se ao julgador a faculdade discricionária de, abstraindo as conclusões dos órgãos fiscalizadores estatais sobre a inexistência de fato definido como ilícito, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, alcançar penalmente o cidadão com a aplicação de sanção limitadora de sua liberdade de ir e vir.

5. É certo que esta independência também funciona como uma garantia de que as infrações às normas serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a indispensável liberdade; entretanto, tal autonomia não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador da lei, afastando-o da verdade real almejada, porquanto não são poucas as situações em que os fatos permeiam todos os ramos do direito.

6. Ordem concedida, para trancar a Ação Penal a que responde o paciente por infração ao art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986, anulando-se a sentença condenatória, nesse ponto, em consonância com o parecer ministerial.

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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Amir José Finocchiaro Sarti (p/ pacte).

Brasília (DF), 13 de novembro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJ 07.02.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Ricardo Russowski,* contra o acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, em sede de Agravo Regimental, confirmou a decisão do Relator que indeferira *in limine* o *writ* anteriormente ali impetrado.

2. Aduz o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal em virtude de ter sido condenado por gestão temerária (art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986), quando, pelos mesmos fatos descritos na denúncia, lastreada unicamente em representação do Banco Central do Brasil, foi *descaracterizada a irregularidade e arquivado o processo* pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (fl. 03). Argumenta, por fim, que *constitui afronta à liberdade ser réu em qualquer ação penal sem a necessária justa causa*, requerendo o trancamento da Ação Penal e a anulação da sentença.

3. Indeferido o pedido de liminar pelo então relator, Ministro *Paulo Medina* (fls. 248-249), foram prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 252-274).

4 Atendendo ao pedido do MPF, determinou-se a conversão do julgamento em diligência, para que o Tribunal de origem informasse sobre eventual julgamento do recurso de Apelação do paciente (fls. 286-287). Por meio do ofício de fls. 291-292, o TRF da 4ª Região comunicou que o processo encontrava-se com vistas à Procuradoria Regional da República para parecer sobre o referido Apelo.

5. Os autos retornaram ao MPF, que, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Samir Haddad, manifestou-se pela concessão do *writ*, pelos fundamentos assim sumariados:

> *Ementa:* Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa. Alegação de que o próprio Banco Central, autor da representação que deu início à ação penal, inocentou o paciente o delito a ele imputado, nos autos do processo administrativo instaurado anteriormente. *Habeas corpus* impetrado perante o egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região não admitido, sob o fundamento de que a tese alvitrada deveria ser melhor examinada quando do julgamento da apelação. Possibilidade, no entanto, de tal exame, porquanto não demanda análise aprofundada do material cognitivo. Conhecimento neste grau de jurisdição. Viabilidade. Matéria devidamente submetida ao crivo da Corte *a*

> *quo*. Precedente do e. STF. Mérito: Carece de justa causa a ação penal fundada em representação de Autarquia Federal, quando ela própria vem a considerar como lícita a conduta do agente (Precedente do STF) (...). (STJ – 6ª Turma, RHC n. 12.192-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2006, p. 311).
>
> Parecer pela concessão do *writ* (fl. 294).

6. Era o que havia de relevante para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Depreende-se dos autos que o ora paciente, juntamente a outros diretores e administradores do *Banco do Estado do Rio Grande do Sul-Banrisul,* foi denunciado por gestão temerária e, especificamente no seu caso e de outros três diretores, também, por omissão de dados em demonstrativos contábeis de instituição financeira (arts. 4º, parágrafo único e 10 da Lei n. 7.492/1986). A denúncia teve por base representação do *Banco Central do Brasil,* que detectara irregularidades perpetradas pelos denunciados, no período de abril/1995 a dezembro/1997, consistentes *na celebração de diversas operações de crédito para pessoas físicas e jurídicas sem observância dos princípios gerais de garantia, seletividade, diversificação de risco e liquidez* (fl. 16). As operações de crédito mencionadas na referida representação e que deram suporte à denúncia pelo crime de gestão temerária relacionavam-se às empresas *AEB Estruturas Metálicas Ltda, Agropecuária Primavera Ltda, Brochier Calçados Ltda, Cia. Industrial de Indústrias, D.B. Multi Construção Incoporações Ltda, Imap S.A., MK Joalheiros,* e às pessoas físicas de *Ricardo Pappa e Vítor José Dumoncel* (fls. 17-27).

2. O ora paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão pelo crime de gestão temerária e de 1 ano e 9 meses de reclusão pelo delito do art. 10 da Lei n. 7.492/1986 (fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação em demonstrativos contábeis de instituição financeira), todas substituídas por restritivas de direito (fls. 103-104).

3. Posteriormente ao ato sentencial, regularmente impugnado por recurso de Apelação, foi impetrado *Habeas Corpus* perante a Corte *a quo,* objetivando o trancamento da Ação Penal ou a anulação da sentença, unicamente quanto ao delito do art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986 (gestão temerária), ao fundamento de que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, relativamente aos mesmos fatos objeto da denúncia, *descaracterizou a irregularidade*, determinando o arquivamento do feito.

4. Alegou-se, na oportunidade, ser inviável a condenação pelo mencionado crime, se o próprio Banco Central, órgão fiscalizador das instituições financeiras, inocentou o paciente das acusações. Citou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em abono de sua tese. O *mandamus* foi indeferido liminarmente, o que ensejou a interposição de Agravo Regimental, improvido pela 8ª Câmara do TRF da 4ª Região, nos termos da ementa abaixo transcrita:

> Agravo regimental. *Habeas corpus*. Exame de provas. Inviável. *Periculum in mora*. Ausência. Recurso de apelo pendente.
>
> 1. Mostra-se inviável a análise aprofundada de acervo probatório por meio da cognição sumária do *habeas corpus*.
>
> 2. Não obstante o arquivamento de processo instaurado pelo Banco Central, revela-se necessário exame mais percuciente dos autos da ação penal, principalmente verificar se a decisão proferida na esfera administrativa abarcou todos os fatos imputados na peça acusatória.
>
> 3. Pendente apelo contra a sentença condenatória impugnada na via mandamental, e recorrendo os pacientes em liberdade, não se verifica o *periculum in mora* necessário à análise do *writ* (fl. 273).

5. Eis, no que interessa, os principais argumentos do Tribunal *a quo:*

> Aduzem os agravantes consubstanciar-se o *fumus boni juris* no arquivamento do processo instaurado pelo Banco Central para apurar as irregularidades ensejadoras da denúncia. Porém, não obstante tais argumentos, mostra-se necessário exame mais acurado dos autos, principalmente verificar se a decisão proferida na esfera administrativa abarcou todos os fatos imputados na peça acusatória, a qual descreve irregularidades praticadas, em tese, em diversas operações de crédito (efetivadas com as empresas AEB Estruturas Metálicas Ltda., Agropecuária Primavera Ltda., Brochier Calçados Ltda., e outras) sendo que tal cotejo, como é cediço, deve ser efetuado na via de maior abrangência, que é exatamente o recurso de apelação.
>
> Ademais, ao menos no que pertine a *Ricardo,* os próprios impetrantes noticiam que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional aplicou-lhe sanção de advertência, 'pela falta de provisão de duas operações referentes ao ilícito e pelos balanços de dezembro de 1995 e junho de 1996' (fl. 03). Tal circunstância exige melhor análise, visando ser apurados os fatos que resultaram nessa reprimenda. Aliás, esse paciente foi condenado também pela prática do delito tipificado no artigo 10 da Lei n. 7.492/1986. Assim, mesmo que afastado o artigo 4º da referida norma legal, o processamento do apelo será igualmente efetivado no que pertine ao outro delito.
>
> Não bastasse, registre-se que os precedentes do STF mencionados na inicial dizem respeito aos crimes tipificados nos artigos 16 e 6º da Lei n. 7.492/1986,

> sendo que, *in casu,* a imputação versa sobre o delito previsto no artigo 4º do referido diploma legal, o que, por certo, merece maiores reflexões.
>
> Por fim, ainda que fosse o caso de realizar exame mais percuciente das teses defensivas na via estreita do *habeas corpus* - o que, como já dito, não se mostra prudente - não há *periculum in mora* na presente hipótese. Não se pode olvidar, conforme aduz a peça recursal, que a liberdade não tem preço nem sucedâneo. Contudo, *in casu,* a sentença não aplicou qualquer privativa de liberdade, sendo certo, consoante entendimento jurisprudencial, que as penas restritivas de direitos não podem ser executadas provisoriamente. Frise-se: caso houvesse ameaça iminente de coação em desfavor dos acusados, poder-se-ia cogitar do exame da matéria no presente *mandamus,* não sendo, todavia, a hipótese em tela (fls. 270-271).

6. Inicialmente, como bem salientado pelo ilustre representante do *Parquet* Federal, não obstante o Tribunal *a quo* não tenha apreciado a tese de mérito do *HC,* revela-se possível o enfrentamento da questão por esta Corte, sempre que flagrante a ilegalidade, dada, inclusive, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício.

7. Na hipótese, a lesão que se pretende evitar com o presente *mandamus* diz respeito *ao conceito de probidade* indispensável ao exercício da atividade profissional ligada ao Sistema Financeiro Nacional. Assim, não se deve restringir o meio de defesa daquele que se vê injustamente processado por crime considerado grave, com implicações severas na vida profissional, postergando a análise de questão que pode conduzir ao completo esvaziamento da persecução criminal, sobre o singelo argumento de que a matéria será apreciada no recurso de Apelação ou de que não houve pena privativa de liberdade. É de conhecimento geral que um executivo do ramo financeiro sofre incontáveis restrições ao exercício da profissão tão-só pelo fato de ser citado em um processo dessa natureza.

8. No concernente à necessidade de dilação probatória, merece acolhimento a argumentação do Ministério Público Federal, *verbis:*

> Quanto a este primeiro fundamento, *respecta maxima venia*, entende o Ministério Público Federal que na via do *writ* não podem ser examinadas alegações que demandem dilação probatória ou se apresentem, em sua essência, naturalmente controvertidas; não, porém, aquelas que exijam, apenas e tão-somente, exame mais acurado das peças de informação constantes do caderno processual. Desta forma, exigindo as alegações postas no *writ* originário e reagitadas neste grau de jurisdição apenas exame mais acurado dos elementos de prova já constantes dos autos, sem necessidade de confronto ou valoração

destes com outros, produzidos pela Acusação, não está - *data venia* - obstada a via do remédio heróico, como entendeu a douta Corte *a quo*. Exame acurado pode inviabilizar a concessão de uma liminar, por exemplo; não, porém, o processamento do *writ* com exame do *meritum causae*. Sua Excelência, o Eminente Ministro Flaquer Scartezzini, quando de seu voto exarado nos autos do Habeas Corpus n. 667-MG (Quinta Turma, DJ 24.06.1991, JSTJ e TRF - Volume 29 – p. 250), averbou, *verbis*:

> Não ponho dúvidas que a regra consagrada pela doutrina e pelos Tribunais é no sentido de não se admitir exame aprofundado de provas no âmbito restrito do *habeas corpus*, como visto. No entanto, o absolutismo desta regra deve ser visto numa ótica mais ampla, permitindo, desde que as provas sejam incontestes, que se possa delas tomar conhecimento, sopesá-las e decidir pela ocorrência ou não da alegação de falta de justa causa.

Nestes mesmos autos, o Eminente Relator trouxe à baila o escólio do ilustre Ministro Pedro Chaves, que, a respeito, assim se pronunciou, quando honrava com sua presença a e. Suprema Corte:

> Acho indispensável o exame das provas quando se trata de *habeas corpus* fundado na alegação de falta de justa causa. Não conheço outro processo lógico de apreendimento da verdade perante uma alegação, sem o exame de provas.
>
> (...).
>
> O que a lei não permite, e o que a doutrina desaconselha, é a reabertura de um contraditório de provas, no processo sumaríssimo de *habeas corpus*. Mas aqueles que vêm através de certidões, aquelas que são incontestáveis perante o direito, têm de ser examinadas pelo Juiz, porque, senão este não chegará a saber se há ou não justa causa (RHC n. 43.413-SP, RTJ, 40/270).

Sintetizando o entendimento: necessidade de análise acurada não obsta o conhecimento do *writ*; matéria controvertida de prova, sim. Porém, o v. Aresto vergastado não afirma que se está diante desta, mas daquela, de forma que, rogando vênias de estilo, poderia a Corte *a quo* ter conhecido da matéria submetida à sua apreciação e expungir, se o caso, de imediato, eventual constrangimento ilegal que, *in casu,* parece se verificar.

Noutro dizer, se o exame dos autos permitir a constatação de que em relação ao artigo 4º. da Lei n. 7.492/1986 não há justa causa para a persecução penal, seu reconhecimento deverá se dar de plano. Entendimento diverso implicaria em manter-se constrangimento ilegal imposto a determinado paciente, pautado, apenas, pela conveniência de um julgamento conjunto dos recursos do paciente e de seus co-réus, o que, *data venia*, não parece correto. (fls. 299-300).

9. Corroborando esse entendimento, pode ser citado o seguinte julgado desta Corte:

> Processual Penal. *Habeas corpus.* Trancamento da ação penal. Descrição de atividades legítimas da advocacia na denúncia. Atipicidade. Exame da prova dos autos. Possibilidade. Ordem concedida.
>
> 1. É possível o exame mais aprofundado das provas em sede de *habeas corpus* se necessário para constatar se existia ou não justa causa para o recebimento da denúncia.
>
> 2. A descrição de atividades legítimas da advocacia, e portanto, atípicas, leva ao reconhecimento da inépcia material da denúncia.
>
> 3. Ordem concedida para trancar a ação penal com relação à paciente. (HC n. 59.071-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU 18.06.2007).

10. No caso presente, não há necessidade de ampla investigação probatória, bastando verificar se os fatos que ensejaram a condenação por gestão temerária são os mesmos abarcados pela decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

11. O real sentido da expressão *justa causa*, nesse caso, torna-se deveras estratégico, porquanto, em certa e determinada situação processual, sua falta pode conduzir à paralisação da persecução penal.

12. Sobre a questão da *justa causa no processo penal*, já tive a oportunidade de assim me manifestar:

> A ambigüidade e a aparente imprecisão que parecem cercar o significado dessa expressão devem, em cada caso, ser superadas pelo exame judicial do contexto objeto do processo, em busca da identificação do seu exato conteúdo.
>
> Essa dificuldade tem permitido afirmar que a justa causa para a ação penal seria uma espécie de evidência processual ou mesmo uma quase-obviedade, relativamente à existência de uma conduta penalmente reprovável, ao seu resultado e à definição fortemente indiciária da sua autoria.
>
> A *contrario sensu*, ter-se-ia a ausência de justa causa para a ação penal, quando não houvesse, logo à primeira vista, a induvidosa conclusão da existência de crime a punir, quer pela evidente atipicidade do fato, quer pela impossibilidade da ação delitiva, quer pela manifesta ilegitimidade da parte, quer pela extinção da punibilidade, quer por qualquer outro motivo (art. 43 do CPP).
>
> (...).
>
> A orientação adotada nesses venerandos julgados permite concluir que a justa causa para a denúncia permeia todos os incisos do art. 41 do CPP , sob a sanção

do art. 43 do mesmo Código (rejeição), e que a falta de qualquer deles inviabiliza o trâmite da peça denunciatória, dando ensejo ao seu trancamento, por meio da ação de *habeas corpus* (art. 648, I do CPP).

(...).

O significado da justa causa, no Direito Penal, assume relevância altíssima, porque se trata de um elemento normativo do tipo penal (avaliável pelo Juiz caso a caso, mediante a formulação de juízo de valor) que serve essencialmente à denominada tipificação da conduta.

(...).

De logo deve ser anotado que o vigente Código de Processo Penal não lista a exigência da justa causa como elemento integrante do exercício da ação penal, tanto que o art. 43 do CPP a ela não alude expressamente; entretanto, o art. 648, I do CPP faz menção explícita à ausência de justa causa como indicador da coação ilegal para o fim da concessão de ordem de *habeas corpus*, para remediar qualquer situação em que esteja ausente o *fumus boni juris,* seja prisão, seja IPL, seja ação penal, como observa o acatado Professor *Júlio Fabrini Mirabete* (CPP Interpretado, Atlas, 1994, p. 758).

Aliás, registre-se que a expressão falta de justa causa, no contexto do art. 648 do CPP, é tão ampla que chega a abranger todas as hipóteses ali elencadas (e não apenas a do seu inciso I), como advertem o Professor *Fernando da Costa Tourinho Filho* (CPP Interpretado, vol. 2, Saraiva, 1999, p. 444) e o sempre lembrado mestre *José Frederico Marques* (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, Bookseller, 1997, p. 366); poder-se-á mesmo dizer que essa locução é tão vasta quanto a misericórdia de Deus, ou seja, os seus limites se confundem com o infinito.

No magistério de *Pontes de Miranda,* a justa causa, nos domínios do Direito Penal, é o mesmo que causa de direito ou causa jurídica para a persecução, ou seja: é a causa que, pelo direito, bastaria, se ocorresse, para a coação (História e Prática do *Habeas Corpus*, tomo II, Bookseller, 1999, p. 170), não se confundindo com causa legal; o último conceito (causa legal) exclui a legitimidade da coação, se contentando apenas com o seu aspecto formal.

A exigência da legitimidade da acusação importa em dizer que não bastará que se descreva, na denúncia, o fato típico em abstrato, ou o fato típico real e concretamente ocorrido, exigindo-se que se evidencie, no nível das coisas prováveis ou plausíveis (e não somente das coisas possíveis), a conexão entre o fato descrito (materialidade) e o indivíduo denunciado como sendo o seu autor.

Se faltar, na denúncia, a demonstração, pelo menos indiciária, mas consistente, entre a materialidade do delito e a sua provável (ou plausível) autoria, ocorrerá o fenômeno processual da ilegitimidade subjetiva passiva, como ensina a Professora *Ada Pellegrini Grinover,* por não ser o réu o titular da relação jurídica litigiosa de direito material (As Nulidades no Processo Penal, RT, 1997, p. 64).

> A lição da mais encomiada processualista do País é de ser seguida sem hesitação, mas também se há de anotar que a não demonstração de conexão entre os fatos e a sua autoria (falta de justa causa) importa, igualmente, em ausência de interesse de agir na ação penal cominatória, como a mesma registra, realçando que se trata de orientação seguida majoritariamente pela doutrina processual penal brasileira (Dois Estudos de Processos: A Garantia do Sigilo Bancário em face da instrução processual penal e da Justa Causa para a Ação Pena nos crimes contra a ordem tributária, UFC, Casa de José de Alencar, Fortaleza, 2002, p. 69-92).

13. A concepção de justa causa nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, não escapa à definição de outra importante questão no âmbito do Direito Pátrio, que já suscitou inúmeras polêmicas e os mais variados posicionamentos: a possibilidade, ou não, de comunicação das decisões tomadas nas esferas administrativas e penais.

14. Muito se propagou sobre a independência absoluta entre esses dois ramos do Direito Público, o Administrativo e o Penal; entretanto, com a *constitucionalização do Estado Democrático de Direito e do seu consectário lógico, o devido (justo) processo legal*, que abarca o contraditório e a ampla defesa, *ao julgador não se pode conferir a faculdade discricionária de – abstraindo as conclusões dos órgãos administrativos fiscalizadores (estatais) sobre a inexistência do fato definido como ilícito administrativo e penal, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade – alcançar a esfera penal do indivíduo com a aplicação de sanção limitadora da liberdade de ir e vir.*

15. Essa orientação é a que tem sido abraçada pela jurisprudência desta Corte e do colendo STF, com o trancamento de Ações Penais por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional sempre que o órgão responsável pela fiscalização da respectiva atividade termina por descaracterizar o caráter ilícito das condutas praticadas por seus dirigentes ou administradores.

16. Nesse sentido, confira-se, desta Corte:

> Recurso em *habeas corpus*. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Gestão de instituição financeira sem a devida autorização legal. Gestão fraudulenta. Atipicidade. Trancamento da ação penal.
>
> 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente cabe quando a atipicidade e a inexistência dos indícios de autoria se mostram na luz da evidência, *primus ictus oculi*.
>
> 2. Em resultando manifesta a atipicidade da conduta atribuída ao agente, como nas hipóteses em que, descomprometido com o auferimento de lucro, quanto

> mais ilícito, tomou medidas urgentes e necessárias ao bom funcionamento do órgão que geria, o trancamento da ação penal é medida que se impõe.
>
> 3. Carece de justa causa a ação penal fundada em representação de Autarquia Federal, quando ela própria vem a considerar como lícita a conduta do agente (Precedente do STF).
>
> 4. Recurso provido. (RHC n. 12.192-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2003).

17. E do colendo STF:

> Ementa: Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime contra o sistema financeiro nacional. Representação. Denúncia. Processo administrativo. Arquivamento. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa.
>
> I. No caso, tendo a denúncia se fundado exclusivamente em representação do Banco Central, não há como dar curso à persecução criminal que acusa o paciente de realizar atividade privativa de instituição financeira, se a decisão proferida na esfera administrativa afirma que ele não pratica tal atividade. Inocorrência, portanto, de justa causa para o prosseguimento da ação penal contra o paciente.
>
> II. HC deferido. (HC n. 83.674-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 16.04.2004).

18. Com efeito, o pronunciamento do Poder Público a favor do cidadão se incorpora imediatamente ao seu patrimônio jurídico. Assim se deve entender, como forma de blindar a pessoa contra o abuso da Administração, vedando-se, conseqüentemente, a possibilidade de o Estado, por meio de outro órgão de poder, no caso presente, o Ministério Público, demandar na Justiça Criminal contra seu próprio ato - o que ocorreria caso fosse desprezada a conclusão do órgão legalmente competente para a fiscalização de determinada atividade de interesse nacional.

19. Somente se pode admitir o contrário, ou seja, que o cidadão eventualmente prejudicado por uma decisão administrativa ilegal recorra ao Judiciário para afastar o ato praticado em seu desfavor.

20. Não se defende o fim da independência entre as esferas administrativa, penal e civil, pois esta também funciona como uma garantia de que as infrações serão apuradas e julgadas pelo poder competente, com a devida e necessária liberdade; mas, tal autonomia, não deve erigir-se em dogma, sob pena de engessar o intérprete e aplicador das leis, afastando-o da verdade real, pois não são poucas as situações em que os fatos se interligam entre uma e outra instância. É preciso, portanto, dar temperamento a essa regra (da independência entre a atividade punitiva da Administração e do Direito Penal).

21. Não é toda conclusão em processo administrativo que vincula a atividade persecutora estatal; entretanto, se o conteúdo dessa manifestação efetivamente afirmar a inexistência de *conduta típica no âmbito penal, excluir a ilicitude do agir ou o dolo do agente* (conforme doutrina majoritária sobre a concepção analítica do crime); isto é, se retirar algum dos pilares para a configuração do delito - *tipicidade, ilicitude ou culpabilidade*, deve ser trancada a ação penal eventualmente instaurada, por falta de justa causa. Ao contrário, o simples encerramento do processo por falta de provas para a punição no âmbito administrativo, por exemplo, não arreda, por si só, eventual responsabilização do agente na esfera penal.

22. Não se pode olvidar que o Banco Central do Brasil é a entidade pública competente para exercer o controle das atividades ligadas ao Sistema Financeiro Nacional. Para isso, pode realizar desde intervenções em instituições financeiras, até inquéritos e processos administrativos com o objetivo de apurar eventuais ilícitos administrativos, com a aplicação da sanção correspondente; tudo, em nome da confiabilidade e da credibilidade do sistema financeiro, indispensável nesses dias de globalizada interação entre os mercados.

23. No caso concreto, as operações mencionadas no relatório do Banco Central que deram suporte à denúncia, como dito acima, relacionavam-se às renegociações de dívidas das empresas *AEB Estruturas Metálicas Ltda, Agropecuária Primavera Ltda, Brochier Calçados Ltda, CIA. Industrial de Indústrias, D.B. Multi Construção Incoporações Ltda, IMAP S.A., MK Joalheiros,* e às pessoas físicas de *Ricardo Pappa e Vítor José Dumoncel.* Consta do referido relatório:

> Assim, foram identificadas várias irregularidades perpetradas pelos denunciados *Fernando Guerreiro de Lemos, José Fernando Martello, Júlio Osório Brum de Oliveira, José Evangelista de Souza e Ricardo Russowaky,* na condição de diretores os quatro primeiros, os demais respectivamente Vice-Presidente e presidente do *Banrisul,* consubstanciadas, em síntese, (a) na celebração de diversas operações de crédito para pessoas físicas e jurídicas sem observância dos princípios gerais de garantia, seletividade, diversificação de risco e liquidez; e, por *José Fernando Martello, Júlio Osório Brum de Olibeira, José Evangelista de Souza e Ricardo Russowaky,* consistindo (b) na inserção de elementos falsos e na omissão de elementos exigidos pela legislação em demonstrações contábeis, condutas estas que caracterizam violação do disposto nos arts. 4º, parágrafo único (gestão temerária de instituição financeira) e 10 da Lei n. 7.492/1986 (inserção de elementos falsos em demonstrativos contábeis de instituição financeira). (fl. 16).

24. Quanto às renegociações de dívidas de *Vítor José Dumoncel e MK Joalheiros* a própria sentença inocentou o paciente da acusação de gestão temerária. No mais, asseverou o Julgador singular:

> Do acima exposto, conclui-se que configuram atos temerários: uma operação relativa à empresa AEB Estruturas Estruturas Metálicas Ltda aprovada pela Diretoria do Banrisul em 23.12.1997; quatro operações da Agropecurária Primavera Ltda., aprovadas pela Diretoria do Banrisul em 04.06.1996 e em 08.01.1997; duas operações em favor da empresa Brochier Calçados Ltda., aprovadas pela Diretoria em 23.07.1997 e em 05.11.1997; uma operação beneficiando a Companhia Geral de Indústrias, aprovada pela Diretoria do Banrisul em 20.11.1997; três operações envolvendo a empresa D B Multi Construções Incorporadora Ltda., aprovadas pela Diretoria em 08.03.1996, 13.06.1996 e em 22.04.1997; uma operação em favor da IMAP S/A - Indústria e Comércio, aprovada pela Diretoria do Banrisul em 02.04.1997; e duas operações em benefício de Ricardo Pappa, aprovadas pela Diretoria do Banrisul em 19.03.1996 e em 27.02.1997.
>
> Em tais operações, como acima narrado, não houve benefício à instituição financeira, apenas a rolagem de dívidas vencidas, retardando o ajuizamento das execuções (fls. 63-64).

25. A sentença, a todo momento, transcreve trechos e faz referências à representação do Bacen que originou o Processo Administrativo n. 1.028.902, que, por sua vez, embasou a denúncia do Ministério Público (CFR. fls. 66 e 90). Não há dúvida de que o acórdão proferido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional diz respeito ao mesmo processo administrativo, se não por outro motivo, pelo simples fato de o número constar expressamente do cabeçalho, assim:

> 247ª Sessão
>
> Recurso n. 4.878
>
> Processo BCB 0001028902. (fl. 107)

26. A ementa do referido julgado restou assim redigida:

> *Ementa:* Recursos voluntários. Realização de operações de crédito sem observância dos princípios gerais de garantia, seletividade, liquidez e diversificação de riscos. Falta de provisão para perdas em operações de crédito de retorno duvidoso objeto de renovação ou renegociação. Publicação de demonstrações financeiras elaboradas em desacordo com as normas consubstanciadas no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional - Cosif. Prestação de informação inexata ao Banco Central do Brasil. Razões de defesa acolhidas em parte. Irregularidades de natureza grave não configuradas.

> *Penalidades:* Advertência e Multa pecuniária.
>
> *Base Legal:* Lei n. 4.595/1964, art. 44, §§ 1º e 2º (fl. 107)

27. Não se justifica, portanto, a assertiva do acórdão impugnado de necessidade de *exame mais acurado dos fatos*. Basta a comparação daqueles que deram ensejo à condenação com os termos da decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, mostrando-se evidente a correspondência entre eles.

28. Sobre o ponto, escorreita a manifestação do digno Subprocurador-Geral da República *Samir Haddad, verbis*:

> Pelo exposto, é de fácil conclusão que as operações tidas como indicadoras da prática do crime de gestão temerária e que supedanearam, a respeito, a condenação em primeiro grau, estavam devidamente registradas entre as 248 ocorrências constantes da intimação e do processo administrativo iniciado através da ação fiscalizatória do *Banco Central do Brasil,* como assentou, aliás, expressamente, a denúncia. Não são provenientes de outras fontes, mas, sim, do mesmo caderno administrativo de que tratam, tanto a denúncia como o Recurso processado e julgado pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.
>
> Aliás, a sentença, em momento algum, faz referência a operações outras, obtidas de outras fontes, fazendo, sempre, remissão ao processo administrativo iniciado pelo Bacen. Portanto, ao concluir pela inexistência de infração contida no item (i) do processo administrativo, não há dúvida de que, em seu bojo, a decisão proferida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional abarcou as operações indicadas na sentença que supedanearam o decreto de condenação, do paciente, nas iras do art. 4º. da Lei n. 7.492/1986. Ei-la, a propósito:
>
> 8) Ricardo Russowski: descaracterizada a irregularidade (i), dou provimento parcial ao recurso (...) (fl. 141) (fl. 303).

29. Assim sendo, na esteira dos precedentes supra citados, se o órgão estatal responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, após regular e amplo procedimento administrativo, concluiu que as práticas que motivaram a investigação não caracterizaram gestão temerária, evidente a atipicidade da conduta a justificar o trancamento da Ação Penal por falta de justa causa. Admitir a condenação criminal, *pelos mesmos fatos*, seria atentar contra o equilíbrio das atividades estatais.

30. Ante o exposto, concede-se a ordem, para trancar a Ação Penal a que responde o paciente o paciente por infração ao art. 4º, parágrafo único da Lei n. 7.492/1986, anulando-se a sentença condenatória, tão somente nesse ponto, consoante o parecer ministerial.

HABEAS CORPUS N. 96.500-SP (2007/0295326-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Eloísa Maximiano Goto - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Antônio Adriano Martins de Almeida (Preso)

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Escalada. Incidência de qualificadora necessidade de laudo pericial. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis. Réu reincidente. Regime semi-aberto. Súmula n. 269-STJ.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência *(Precedentes)*.

II - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, *ex vi* dos artigos 33 e 59 do Código Penal *(Precedentes e Súmula n. 269-STJ)*.

Writ concedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de maio de 2008 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 18.08.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Antônio Adriano Martins de Almeida,* apontando como autoridade coatora a c. 14ª Câmara do 7º Grupo da Seção Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 1.091.621.3/8-00.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Irresignado, apelou o *Parquet*. O e. Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ministerial, para aplicar a qualificadora relativa à escalada, redimensionando a reprimenda imposta ao paciente pela r. sentença de primeiro grau e mantendo íntegro o regime inicial fechado para cumprimento da pena.

Nas razões do presente *writ*, sustenta a impetrante: *a)* a ilegalidade do reconhecimento da qualificadora de escalada, *in casu*, ante a não realização do exame pericial; b) a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto, segundo as disposições constantes no art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal e Súmula n. 269-STJ. Requer, assim, a concessão da ordem, para afastar a qualificadora relativa à escalada e fixar o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena.

Liminar concedida, apenas para que fosse observado, em relação ao paciente, o regime semi-aberto (fl. 23).

Informações prestadas às fls. 28-29.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 86-89, manifestou-se pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado:

> Penal. *Habeas corpus.* Furto qualificado pela escalada (art. 155, § 4º, IV do CP). Desnecessidade de perícia para comprovação da qualificadora. Conjunto fático-probatório que permite concluir ter o agente, com o escopo de praticar o crime contra o patrimônio alheio, escalado muro de altura superior à sua própria, empreendendo, assim, esforço incomum. Pena-base fixada em 2 (dois) anos de reclusão. Réu reincidente. Direito ao regime inicial semi-aberto. Circunstâncias judiciais favoráveis. Súmula n. 269-STJ. Parecer pela concessão parcial. (fl. 86)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, a *quaestio* diz respeito à incidência da qualificadora da escalada no crime de furto.

Por necessário, permito-me fazer uma *breve introdução* acerca da prova pericial no direito processual penal pátrio.

O Código de Processo Penal ao tratar das provas em espécie, após as disposições gerais sobre a matéria, reserva o Capítulo II do Título *Da Prova* ao exame do corpo de delito e das perícias em geral o que demonstra que o legislador deu um tratamento diferenciado a este meio de prova (Marcellus Polastri Lima *in* A Prova Penal, Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, p. 81). Com efeito, conforme observa *Fernando da Costa Tourinho Filho,* no processo penal os exames periciais tem natureza diversificada *(v.g.:* insanidade mental, dos instrumentos do crime, cadavérico, etc.), mas de todas as perícias, a mais destacada é a do *exame do corpo de delito*, a que o legislador deu especial realce (*in* Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 246).

Na clássica afirmativa de *João Mendes Júnior "corpo de delito* é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda a substância formada por elementos sensíveis, ou melhor de partes elementares dispostas e conjuntas. *Elementos sensíveis* são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos pela vista ou pelo ouvido ou pelo ato ou pelo gosto ou pelo olfato. São também chamados elementos físicos ou materiais não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física. Ora, não há delito sem que um movimento da força física que o causa e sem um resultado desse movimento. Quer esse movimento, quer esse resultado, se resolvem em elementos que podem ser percebidos pelos sentidos, elementos que, dispostos e conjuntos, constituem o fato criminoso e o dano causado. A observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, *eis o que se chama formar o corpo de delito."* (*in* Processo Criminal Brasileiro, Volume 2, p. 7).

Segundo *Tubenchlak* (*in* "Teoria do Crime", Forense, 1978, p. 90), vale dizer, o *corpo de delito* é integrado por todos os elementos do *corpus criminis* (inclusive o objeto da ação, *como no homicídio, no atentado ao pudor*, etc, *o sujeito passivo*) e do *corpus instrumentorum* (*v.g.:* a gazua, a porta arrombada). O exame incide sobre o *corpus delicti*. Pode incidir sobre outros dados (indireto) e, *não sendo possível*, a prova testemunhal supre.

Sobre o *exame do corpo de delito* assim dispõe o *art. 158* do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, *será indispensável* o exame de corpo de delito, direto ou indireto, *não podendo* supri-lo a *confissão do acusado.*

Assim, há infrações que deixam vestígios (*delicta facti permanentis*) e outras que não os deixam (*delicta facti transeuntis*). Desta maneira, pelo dispositivo em destaque, quando a infração deixar vestígios é necessário o exame de corpo de delito, tanto que alguns autores se referem ao exame do corpo de delito como a perícia obrigatória *(Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha in* "Da Prova no Processo Penal", Ed. Saraiva, 3ª edição, 1994, p. 148) e outros destacam a forma imperativa usado pelo legislador - *"será indispensável o exame do corpo de delito"* - *(Fernando da Costa Tourinho Filho in* "Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 247).

De qualquer forma, tal previsão legal não restou imune a críticas.

Com efeito, parte da doutrina ressalta que tal previsão constitui um resquício do sistema já superado da prova legal ou da prova tarifada *(Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in* "As Nulidades do Processo Penal", Ed. RT, 7ª edição, 2001, p. 149). No mesmo sentido: *Sérgio Demoro Hamilton in* "Exame de Corpo de Delito. Realidade e mito" Temas de Processo Penal", Ed. Lumen Juris, p. 163 e *Marcellus Polastri Lima in* "A Prova Penal", Coleção Direito Processual Penal, Ed. Lumen Juris, 2ª edição, 2003, p. 85. Para *José Frederico Marques,* "fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo." (*in* Elementos de Direito Processual Penal - Volume II, Ed. Millennium, 2ª edição, 2000, p. 438). No mesmo sentido *Fernando Capez in* "Curso de Processo Penal", Ed. Saraiva, 11ª edição, 2004, p. 294-295, senão vejamos: "A regra do art. 158 do CPP, tornando obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, excepciona o *princípio da livre apreciação da prova pelo juiz (CPP, art. 157*), bem como *o da verdade real.* Trata-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, não podendo o julgador buscar a verdade por nenhum outro meio de prova, seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou depoimentos testemunhais idôneos, pois a lei se apega ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva. *Assim, quando possível a realização*

*da perícia, a sua falta implica a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (CPP, art. 564, III, **b**) e, por conseguinte, a absolvição do imputado com fundamento no art. 386, VI, do CPP."*

Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser verdade real, *não é aceita* pela *dogmática moderna. Jorge Figueiredo Dias* (*in* "Processo Penal", ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que "...a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro..." (p. 204). Ensina que a assim denominada *verdade material* há de ser tomada em *duplo sentido: "no sentido* de uma *verdade subtraída à influência* que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; *mas também no sentido* de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma *verdade judicial,* prática e, sobretudo, *não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida*" (p. 193-194).

Sobre a mitificação da *verdade real* em sua concepção ortodoxa - hoje tida como própria da metafísica - *Francisco das Neves Baptista* diz: "... o mundo da prova é o mundo das *presunções* e construções ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por *realidade***.** E o sistema jurídico processual assim o quer*: a Constituição subordina* rigidamente a prova processual à *licitude* de sua obtenção e restringe o acesso oficial à *intimidade* das pessoas; o Código de Processo Penal impõe formas específicas para a *prova técnico-pericial* e, contrariando a corrente afirmação da "inexistência de hierarquia dos meios probatórios", põe a confissão em nível de manifesta inferioridade, relativamente às demais fontes de evidência. Adicionalmente, condiciona a admissibilidade de qualquer elemento informativo como convincente à observância do contraditório: evocando a proibição de fazer uso da ciência privada, poder-se-ia dizer também, que à luz do contraditório, se configura como de ciência privada tudo o que for utilizado sem prévia participação das partes" (citando *Marinoni)* - tudo isto em: "O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal", Renovar, p. 209-210).

E, mais adiante:

> A presunção de inocência, *nemo tenetur se detegere* e o *in dubio pro reo* tem, intuitivamente, o propósito de exigir do Estado a reunião de elementos que justifiquem, cabalmente, o exercício do poder de punir - *sem o que, tal exercício configurará abuso* (*op.cit*., p. 210).

O princípio da verdade real, para além da terminologia, não poderia ter - *na concepção ortodoxa* - limitações. *No entanto, Tourinho Filho, em verdadeira contestação à concepção clássica, apresenta inúmeras restrições probatórias: a) a questão do estado das pessoas* (art. 155 do CPP); *b)* as provas obtidas por *meio ilícito (art. 5º, LVI da CF); c)* provas que afetam a autodeterminação, a liberdade e possam caracterizar um constrangimento ilegal *(ferindo a dignidade da pessoa humana, v.g.* art. 5º, incisos III, X, XLXIX da Carta Magna), tais como o detector de mentiras e a narcoanálise, obrigando o acusado a depor contra si mesmo; *d)* art. 207 do CPP, proibição de depor em razão de função, ofício ou profissão (sobre os desobrigados); *e)* art. 233 do CPP, cartas particulares interceptadas por meios criminosos; *f)* art. 243 § 2º, do CPP, proibição de apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando o elemento do corpo de delito; *g)* limitação temporal, *v.g.* , mormente para arrolar testemunhas e leitura de documentos em plenário do júri, etc.; *h)* prova da reincidência; *i) prova pericial (exame de corpo de delito); j)* exame de insanidade mental do acusado (prova da culpabilidade, ou não, do réu por via da inimputabilidade). E, *Vicente Greco Filho,* ainda lembra, o que é basilar, *quod non est in actis non est in hoc mundus* (como parâmetro, de regra, intransponível para análise do julgador). Qualquer inobservância das limitações implica, em *princípio,* em atentar contra o *devido processo legal* exigido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição e contra o indispensável *contraditório* (inc. LV da Carta Magna).

Ainda no *punctum saliens*, diz Aury Lopes Jr. (*in* "Introdução Crítica ao Processo Penal", Lumen Juris Editora, 4ª ed., p. 273): "Dessarte, há que se descobrir a origem e a finalidade do *mito da verdade real: nasce na inquisição* e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que *"os fins justificam os meios"*.

Por outra, a conjugação do *princípio do livre convencimento fundamentado* (ou da persuasão racional *ex vi* art. 157 do CPP) com a denominada busca da *verdade real* em sede processual, com as limitações estabelecidas pelo sistema, mereceu observação de *Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha* (*in* "Da Prova no Processo Penal", 7ª ed., Saraiva, p. 82) de que "o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, *às admitidas,* às sujeitas a um juízo de credibilidade *e de acordo com o valor legal, ser for o caso"*. A denominada *livre convicção,* a toda evidência, *não é absoluta*, ela é condicionada (em maior ou menor grau, dependendo do caso em si). Daí porque se diz que se trata de *persuasão racional* ou *livre convencimento fundamentado (Leia-se: fundamentado ex vi legis*). Caso contrário, posta a situação na forma

vetusta, teríamos o seguinte quadro problemático citado por *Francisco das Neves Baptista, in verbis*: "*Se a decisão criminal está presa à verdade real, o jugador não tem liberdade alguma: incumbe-lhe decidir segundo essa verdade, se o julgador se pode convencer livremente, não está sujeito à verdade real, mas àquela de que se convencer*" (*op. cit*, p. 212).

Não há, pois, incompatibilidade entre o disposto no *art. 157* e o contido no *art. 158* do CPP.

Fernando da Costa Tourinho, afirma, aí, a prudência do legislador em termos do *art. 158 do CPP* (*in* "Processo Penal, volume 3, Ed. Saraiva, 27ª edição, 2005, p. 248). Assim, também, *Ronaldo Batista Pinto in* "Prova Penal Segundo a Jurisprudência", Ed. Saraiva, 2000, p. 63, para quem "pretendeu o legislador cercar-se de certas garantias contra acusações injustas".

De fato, *v.g.,* o CPP, *em outros dispositivos,* ressalta mais ainda a importância dispensada ao *exame de corpo do delito.* Como exemplo podemos citar o *art. 525* que, ao tratar do processo e julgamento *dos crimes contra a propriedade imaterial,* dispõe que no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia *não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito (Ronaldo Tanus Madeira in* "Da Prova e do Processo Penal", Ed. Lumen Juris, 2003, p. 55).

Acerca do tema cito o seguinte julgado:

> Penal e Processual Penal. Crime contra a propriedade industrial. Prazo decadencial. Art. 529, CPP. Queixa-crime. Condição de procedibilidade.
>
> A persecução penal dos denominados crimes contra a propriedade imaterial, que deixam vestígios, *exige,* como condição para o recebimento da queixa-crime, a demonstração prévia da existência da materialidade do delito atestada por meio de perícia técnica.
>
> A norma do art. 529, do Código Processual Penal, de caráter especial, prevalece sobre a geral do art. 38, desse mesmo diploma legal. Em conseqüência, o direito de queixa é de 30 (trinta) dias, contados da sentença *homologatória do laudo pericial.*
>
> Recurso conhecido e provido.
>
> (REsp n. 336.553-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 24.03.2003) (g.n.).

Outro exemplo é o art. 184 que autoriza o juiz ou a autoridade policial, *ressalvado o caso de exame de corpo de delito,* a negar a realização de perícia

requerida pelas partes quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Sobre o referido dispositivo tem-se as palavras de Ronaldo Tanus Madeira (*op. cit*., p. 55):

> A importância do *exame de corpo de delito* é tão evidente em nosso Processo Penal que o juiz ou a autoridade policial poderá negar a perícia requerida pela parte, *salvo o caso de exame de corpo de delito*, art. 184 do Código de Processo Penal.

Destarte, *mesmo que a materialidade esteja evidenciada diretamente por elemento constante dos autos (v.g.: o próprio documento falsificado)* não é possível prescindir-se do exame de corpo de delito *(Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho in* "As Nulidades do Processo Penal", Ed. RT, 7ª edição, 2001, p. 150).

O exame de corpo de delito direto, portanto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido (Espínola Filho in "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Volume II, Ed. Bookseller, p. 502). Além do mais, é de se atentar, *de vez,* para o contido nos *arts. 6, incisos I e II, 158, 167, 184 e 243 § 2º do CPP* (até *ad argumentandum*).

Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. Pretório Excelso:

> *Habeas corpus.* Crime sexual cometido contra vítima menor (criança de 7 anos). Exame de corpo de delito indireto. Validade. Presunção legal de violência. Alegação de fragilidade das provas testemunhais. Indagação probatória em torno dos elementos instrutórios. Inviabilidade na via sumaríssima do *habeas corpus*. Pedido indeferido. - Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias *(com violência moral ou com violência ficta), nem sempre deixam vestígios materiais.* - O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167), revela-se legítimo (RTJ 63/836 - RTJ 81/110 - RT 528/311), *desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto.* Precedentes. - Não cabem, na via sumaríssima do processo de *habeas corpus*, o exame aprofundado e a revisão crítica dos elementos probatórios produzidos no processo penal de conhecimento. Precedentes. - A questão da prova e do depoimento infantil nos delitos contra a liberdade sexual: o exame desse tema pela jurisprudência dos Tribunais.
>
> (HC n. 69.591-SE, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.09.2006).

Latrocínio. Exame de corpo de delito. Possível e a imposição de pena embora não efetuado, de forma direta, o exame de corpo de delito. O preceito do artigo 158 do Código de Processo Penal há de ser interpretado de forma sistemática, ou seja, levando-se em conta que, *"não sendo possível o exame de corpo de delito,* por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (artigo 167 do referido Diploma). *Prova testemunhal. Valia.* O *Habeas corpus* não e o meio adequado a reapreciação da prova testemunhal, com o objetivo de revelá-la inconsistente e, portanto, imprópria aos fins previstos no artigo 167 do Código de Processo Penal.

(HC n. 72.283-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.06.1995).

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária: fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal. Nulidades alegadas: inversão processual mediante abertura de nova vista à acusação após as alegações finais da defesa; não realização do obrigatório exame de corpo de delito; falta de exame integral, na sentença e no acórdão, das teses da defesa, ficando à margem de fundamentação na sentença condenatória duas das três condutas imputadas, que estariam autorizadas pela legislação tributária. 1. A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (CPP, art. 500, I e III), implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (RECrim n. 91.661-MG, *in* RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa. 2. *A quem acusa cabe o ônus da prova (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer, pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III,* **b**). Esta norma tem por escopo trazer aos autos prova incontroversa da existência material do delito, providência que, entretanto, é supérflua quando, como no caso, o próprio *corpus delicti* veio aos autos. Precedentes. 3. Alegação de omissão na decisão condenatória por não ter examinado integralmente as teses da defesa, com fundamento em que duas das três condutas imputadas ao paciente poderiam ter amparo na legislação tributária. *Prima facie* à alegação naufraga em paralogismo, pois se há três condutas autônomas que tipificam um mesmo delito, da exclusão de duas delas remanesce uma, que é suficiente para embasar a condenação à pena mínima aplicada ao paciente. As teses defendidas pelos impetrantes para justificar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o exercício arbitrário das próprias razões porque,

quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador. De resto, quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas. 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.

(HC n. 76.420-SP, 2ª Turma, Rel Min. Maurício Corrêa, DJU de 14.08.1998).

Processual Penal. Pericia documental. *Prova testemunhal e confissão não suprem a perícia oficial dos documentos, no caso de crime de falsidade documental,* se restam documentos a periciar. - Aplicação do art. 158 do CPP. não o juiz, mas a própria perícia, dirá da prestabilidade ou não para o exame, os documentos, que ele disse imprestáveis para periciar-se. Aplicação do art. 167 do CPP. Há ilegalidade na sentença que, sem periciar documento apreendido, de "motu" próprio, entende-os imprestáveis para exame e condena com base em testemunhas e confissão. recurso de *habeas corpus* a que se da provimento.

(RHC n. 58.966-GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJU de 27.11.1981).

E, também desta Corte:

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Laudo pericial. Nulidades. Inocorrência.

1. *"Não sendo possível o exame de corpo de delito,* por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta." (artigo 167 do Código de Processo Penal).

2. É incompatível com o âmbito angusto do habeas corpus a pretensão de reexame de prova.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado.

(HC n. 37.900-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 1°.08.2005).

Habeas corpus. Exame de corpo de delito indireto. Possibilidade. *Emendatio libelli*. Manifestação do recorrido acerca da nova capitulação jurídica. Desnecessidade.

'O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental.' (HC n. 23.898-MG, Rel. Min. Felix Fischer).

Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

Ordem denegada.

(HC n. 25.097-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 16.06.2003).

Habeas corpus. Lesões corporais. Corpo de delito indireto. *Desaparecidos* os vestígios, e perfeitamente possível o exame do corpo de delito, de forma indireta, através da prova testemunhal, como previsto nos arts. 158 e 167, do Código de Processo Penal.

Ordem denegada.

(HC n. 1.257-PE, 6ª Turma, Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, DJU de 14.09.1992).

Hélio Tornaghi in Curso de Processo Penal, 1980, Saraiva, V. I, p. 316 e 323, após distinguir o testemunho da perícia - *esta* como observação, *avaliação* e declaração, dando *opinião técnica; aquele,* como observação e declaração, *sem opinar* (art. 213 do CPP) - destaca que a falha na observação por prova pessoal (e até na hipótese de confissão) tem acarretado, *em crimes que deixam vestígio,* famosos erros ou quase erros judiciários. Por exemplo, em crime impossível (a ação pretensamente homicida, e confessada, realizada contra cadáver; infanticídio almejado, tendo, porém, a criança nascido morta; casos, pois, específicos de *delito putativo por erro de tipo),* o que deixa clara a insuficiência da prova pessoal em casos tais. O mesmo se diga em *arrombamentos,* quando a *aparência* pode induzir em erros ou distorções da realidade (v.g., momento do arrombamento, se era, ou não, preexistente, etc.). *Vicente Greco Filho in* Manual de Processo Penal, Saraiva, 1991, lembra, por seu turno, que o *art. 167 do CPP,* como uma exceção ou mitigação à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, "deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de *desaparecimento natural* ou por *ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu.". Tornaghi* enfatiza que a impossibilidade, na forma supra, do exame, pode ser suprido pelo exame indireto e, *por último,* pela prova testemunhal. (*op. cit*., p. 323). Portanto, *a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios é uma decorrência de texto expresso de lei* (art. 158 do Código de Processo Penal). A inobservância dessa exigência - considerada indispensável pela própria lei processual penal - constitui circunstancia bastante para determinar a nulidade do processo (art. 564, inciso III, letra **b**, do CPP). *A realização do exame de corpo de delito direto não fica, portanto, ao mero talante da autoridade, mas ao contrário, o exame de corpo de delito indireto, supletivo, por imposição legal, somente poderá substituir o direto, quando e somente quando, tiverem desaparecido os vestígios da infração penal.* Com efeito, se havia a possibilidade de se realizar o exame de corpo de delito direto, a omissão da autoridade em determiná-lo não pode ser suprida por nenhuma outra prova, sob pena de

afronta à determinação expressa de lei - art. 158 do CPP. Nessa linha, também, é a lição de *Heleno Cláudio Fragoso in* "Jurisprudência Criminal" (1º Volume, Ed. Forense, 4ª edição, 1982, p. 275-277), a saber:

> 221. Exame de corpo de delito indireto
>
> *O exame de corpo de delito indireto não pode ser admitido quando era possível a realização do exame direto.* Assim decidiu, com absoluto acerto, a 2ª C. Crim. do TA. do antigo Estado da Guanabara, na AC 4.426, relator o eminente Julz João Claudino: "Só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Pretendia-se ter provadas lesões corporais *com o simples boletim de socorro,* o qual, como se sabe, é firmado por um só médico. A decisão foi unânime (DO 12.07.1971, p. 514).
>
> O exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio *é essencial* (art. 158 CPP), sob pena de nulidade (art. 564, III, letra **b**).
>
> É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através da prova testemunhal.
>
> *Duas são porém, as condições imprescindíveis: (a)* - é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; *(b) - a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios.* Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame:
>
> > Nulo é o processo em que tendo a infração deixado vestígios e não havendo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, este não é realizado. O art. 158 CPP encerra uma regra de observância compulsória, cuja preterição é fulminada com a pena de nulidade, não a suprindo a confissão do réu, nem a prova testemunhal (TJ de São Paulo. HC n. 38.267, relator Des. Thomaz Carvalhal, RT 208/71).
> >
> > É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto. A vítima que se recusa ao exame deve ser compeli da sob pena de desobediência (TJ Distrito Federal, relator Des. José Duarte, RF 90/816). Cf. também RT 268/533.
>
> A 2ª C. Crim. do TA do antigo Estado da Guanabara decidiu também na AC n. 4.091, relator igualmente o saudoso Juiz João Claudino, que "só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (DO 02.08.1971, 556).
>
> 222. Exame de corpo de delito indispensável nos crimes que deixam vestígio.
>
> No HC n. 39.195, o STF decidiu conceder a ordem para anular o processo, considerando indispensável o exame de corpo de delito. Tratava-se de falsidade

documental, sendo o réu acusado de ter falsificado uma carteira de identidade. Todavia, embora se achasse nos autos uma fotocópia do documento falso, o original não foi apresentado, nem submetido a exame de corpo de delito. O Min. Cunha Melo denegava a ordem, por entender que a fotocópia apresentada, com a declaração da autoridade policial quanto à falsidade, representava o corpo de delito. A maioria assim não entendeu, afirmando que a regra do art. 158 CPP é de observância obrigatória. O corpo de delito nos crimes que deixam vestígio não pode ser suprido nem pela confissão do acusado. O processo foi anulado a partir da denúncia. Relator o eminente Min. Vilas Boas (DJ 04.07.1963, p. 488).

A ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio implica em nulidade. Essa regra de nosso processo, que se destina a tornar certa a existência material do fato punível, foi reafirmada pelo STF no HC n. 41.866, relator o eminente Min. Cândido Motta Filho, por unanimidade (RTJ 32/106).

Por igual *Heráclito Antônio Mossin in* Curso de Processo Penal, Volume 2, Ed. Atlas, 1998, p. 330-332, *in verbis*:

A regra que prepondera, em termos de prova, é a da imprescindibilidade do exame de corpo de delito direto nos crimes de resultado, naqueles que deixam vestígios, sob pena de nulidade e do reconhecimento da não-comprovação da materialidade delitiva. O exame é denominado de direto porque incide sobre o próprio corpo do delito, sobre a pessoa ou coisa a ser examinada (v.g., cadáver, o revólver usado para cometer o homicídio, a porta arrombada, etc.)

Entende-se por *exame de corpo de delito* indireto aquele que é feito por "raciocínio dedutivo sobre um fato retratado por testemunhas, por não se ter a possibilidade do uso da forma direta". Há aqui apenas uma reprodução, uma vez que não examina diretamente a pessoa ou a coisa objeto da perícia. É o que ocorre, *verbi gratia*, quando o experto elabora o laudo pertinente com fundamento em relatório, fichas hospitalares ou mesmo ouvindo as pessoas que promoveram o atendimento à pessoa que foi vítima da ação delitiva.

O exame de corpo de delito indireto somente é admissível quando for absolutamente impossível a realização da inspeção direta, como nos exemplos apontados por Hélio Tornaghi: *perecimento dos vestígios do crime; desaparição do corpo de delito* (às vezes, até, sonegado ou escondido pelo próprio criminoso; restauração do estado anterior ao crime, por *obra da natureza* ou pela *mão do homem;* inacessibilidade do local em que se encontra etc. Quando isso ocorre, os peritos podem, por meio de depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados etc. fazer o exame pericial denominado indireto.

O regramento processual ancorado no art. 158 do Código de Processo Penal é tão absoluto que o legislador não permite a substituição do corpus delicti direto e indireto pela confissão do acusado: antequam resu propria confessione possit condemnari, oportet ut constet de corpore delicti.

> O preceito é bastante prudente e coeso com a verdade real. A confissão do acusado não tem o condão de suprir a necessidade de constatação material da infração típica, que deve ser comprovada e demonstrada de modo inequívoco por ato processual próprio confeccionado por experto. *Ademais, nada impede que a confissão seja obtida por meio ilícito ou, sendo voluntária, não corresponda á realidade, como acontece com o exemplo dado por Hélio Tornagui,* quando a agente confessa um crime impossível: ter morto alguém que já era cadáver quando a ação, supostamente criminosa, foi praticada. A prova quanto à materialidade deve conduzir à certeza, quer para a exata administração da Justiça, quer para evitar eventual erro judiciário. Daí por que a confissão não pode, *ex abundantia*, suprir a prova pericial.
>
> *De outro lado, embora o art. 167 do Código de Processo Penal tenha por objetivo amenizar o rigor do art. 158 do mesmo estatuto, deve esse preceito ser visto e interpretado com certas reservas para que o exame de corpo de delito não seja indevidamente preenchido pela prova testemunhal, que por sinal não se confunde com exame de* corpus delicti *indireto.*
>
> *O legislador é bastante claro* ao dizer expressamente naquela norma que a substituição da prova pericial pela testemunhal somente será viável *em não sendo "possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios".* Verifica-se pelo texto legal que a prova testemunhal apresenta-se como expediente *meramente supletivo* para a comprovação do corpo de delito, somente sendo admissível quando for impossível a perícia *por impedimento legal* ou *por fato absolutamente invencível. Logo, se a inspeção, por exemplo, não pode ser realizada porque por incúria da pessoa interessada ou da própria autoridade a quem incumbia produzir a prova os vestígios desapareceram, não pode essa inspeção ser substituída pela prova testemunhal, uma vez que não se verifica na espécie fato absolutamente invencível.*

Irajá Pereira Messias (*in* "Da Prova Penal", Ed. Bookseller, 2ª edição, 2001, p. 312), por igual, assevera:

> Caberia, no entanto, uma indagação: e se o exame direto for possível, e, mesmo assim, não for realizado, *por inércia ou desídia da autoridade* (ou, pelos mesmos motivos, for realizado de forma nula, vindo essa nulidade a ser proclamada), *caberia o exame pela forma indireta?* Entendemos que ocorrerá *a nulidade* do art. 564, inc. III, letra **b**, estando expressa ali a ressalva do art. 167, que - por sua vez - permite o exame indireto nas hipótese de "...haverem desaparecido os vestígios", *e não por incúria da autoridade na sua realização. Também a realização de forma direta ou indireta não é opção ou escolha da autoridade, mas o indireto somente é possível quando desaparecidos os vestígios.*

Especificamente, em relação à indispensabilidade do exame de corpo de delito no crime de furto qualificado pela escalada, tem-se as considerações

de *Guilherme de Souza Nucci in* "Código de Processo Penal Comentado", Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, p. 388, *in verbis*:

> *59. Furto qualificado:* refere-se a lei especificamente ao furto qualificado, nada impedindo que outra figura típica qualquer, prevendo a mesma situação, possa valer-se do disposto neste artigo do Código de Processo Penal. É imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis. O mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação. Ex.: caso o agente ingresse em uma casa pelo telhado, retirando cuidadosamente as telhas, recolocando-as depois do crime; pode ser que a perícia não encontre os vestígios da remoção, mas certamente conseguirá demonstrar que o local por onde ingressou o ladrão é alto e comporta a qualificadora da escalada. Sabe-se, por certo, que tal não se dá quando o agente salta um muro baixo, sem qualquer significância para impedir-lhe a entrada, algo que a perícia tem condições de observar e atestar. Por isso, as testemunhas somente podem ser aceitas para suprir a prova pericial, no caso da escalada, quando for para indicar o percurso utilizado pelo agente para ingressar na residência, mas não para concluir que o lugar é, de fato, sujeito à escalada, salvo se a casa tiver sido, por alguma razão, demolida. *Em síntese, pois, o exame pericial é indispensável nesses dois casos (destruição ou rompimento de obstáculo e escalada), podendo ser suprido pela prova testemunhal somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.*

Em relação aos crimes cometidos por meio de escalada, o Código de Processo Penal reserva dispositivo específico a respeito do tema, senão vejamos:

> Art. 171. Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, *ou por meio de escalada,* os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, *por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.*

Aqui, *a lei* chega inclusive a *especificar tópicos* a serem observados pelos peritos na *realização do laudo pericial*. Nesse sentido, tem-se as palavras de *Marcellus Polastri Lima* (*in* "Curso de Processo Penal", Volume 2, Ed. Lumen Juris, 2004, p. 122), a saber:

> Perícia de Arrombamento, Escalada. Destruição de Obstáculo
>
> Nos casos de furtos qualificados por arrombamento, destruição obstáculo ou escalada (art. 155, § 4º, do CP), é necessária a realização de exame pericial para

constatar a hipótese qualificadora, sob pena de haver desclassificação para a hipótese de furto simples.

Nestes termos, assim dispõe o *artigo 171 do CPP:*

> Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, ou *por meio de escalada,* os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, *por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.*

Importante o cumprimento da parte final do dispositivo, pois se aferirá se realmente o arrombamento ou a escalada foram feitos por aquele agente na data do fato.

A injustificável falta do exame de corpo de delito, a par de constituir uma nulidade por força da lei, pode eventualmente ensejar, como conseqüência, a falta de prova essencial de materialidade do delito ou de circunstância qualificadora ou majorante. Tudo depende processualmente do caso em si. O que não pode acontecer é reconhecer-se, *como homenagem à suposta verdade real*, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração não ocorreu.

Assim, no caso concreto, inexistente laudo pericial apto a comprovar que o paciente, de forma inequívoca, procedeu a escalada do muro que circundava a residência da vítima, deve ser afastada a qualificadora do inciso II, § 4º, do art. 155, do Estatuto Repressivo.

A propósito:

> Penal e Processual Penal. Recurso especial. Furto tentado. Escalada. Incidência de qualificadora. Necessidade de laudo pericial. Aplicação analógica da majorante do roubo com concurso de agentes. Impossibilidade. Consumação. Trânsito em julgado para a acusação. *Reformatio in pejus.*
>
> I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.
>
> II - A qualificadora do § 4º do art. 155 do CP não se confunde, em seus efeitos, com a majorante do § 2º do art. 157 do CP *(Precedentes).*
>
> III - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária *(art. 4º da LICC).*

> IV - Se a r. sentença condenou o recorrido por furto tentado, não tendo sido interposto recurso pela acusação, não se pode mais discutir o momento consumativo do delito, sob pena de *reformatio in pejus (Precedentes)*.
>
> Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.
>
> (REsp n. 932.780-RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 29.10.2007).

Quanto ao restante, busca a impetrante a fixação do regime inicialmente semi-aberto para cumprimento da reprimenda pelo paciente.

No caso em tela, a r. sentença procedeu a fixação da pena e do regime inicial, nos seguintes termos:

> O réu é portador de péssimos antecedentes Criminais, sendo *reincidente* (fls. 105-106), de forma que, atento para tal circunstância e, demais elementos preconizados pelo artigo *59 do* CP, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, um ano de reclusão e dez dias multa, com o dia unitário no piso mínimo, que aumento em um sexto devido a reincidência, resultando em definitivo a pena de *hum ano e dois meses de reclusão e onze dias multa,* com o dia unitário no piso mínimo.
>
> (...)
>
> Face a comprovada reincidência do réu, fixo o regime prisional inicial *fechado, expedindo-se mandado de prisão.* (fls. 52-53)

O e. Tribunal *a quo*, por sua vez, ao exasperar a pena do paciente e fixar o regime inicialmente fechado, assim consignou, *in verbis*:

> Na primeira fase da dosimetria da pena, fixo a base em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e, mantendo a exasperação de primeiro grau (reincidência - 1/6), as penas ficam estabilizadas no patamar de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, já que inexistentes outras causas modificadoras.
>
> A *mencionada recidiva do recorrido, impõe e justifica a fixação do regime fechado para o desconto inicial da pena* aqui aplicada e torna impossível a substituição da corporal por reprimendas alternativas, ante o impedimento disposto no inciso II, do artigo *44,* do Código Penal e também por entender que a medida não é socialmente recomendável (§ 3°, do mesmo artigo), o mesmo ocorrendo com o *sursis*, uma vez não preenchido o requisito disposto no inciso I, do artigo 77, do Código Penal. (fl. 61 - *grifei)*

Da leitura dos trechos acima transcritos, verifica-se que, embora a pena-base, fixada no mínimo legal, tenha sido exacerbada em razão da reincidência

e da qualificadora de escalada, não houve reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto pela r. sentença condenatória, quanto pelo e. Tribunal *a quo*, os quais somente fixaram o regime inicial fechado *em virtude da reincidência*.

A esse respeito, oportuno trazer à colação o parecer ministerial, *verbis*:

> A il. Defensora Pública impetrante alega, ainda, que o réu reincidente tem direito a iniciar o cumprimento da pena, igual ou inferior a 4 (quatro) anos, em regime semi-aberto, *ex vi* da Súmula n. *269-STJ.*
>
> Referido entendimento sumular apenas afasta a possibilidade do início de cumprimento em regime semi-aberto quando, na sentença condenatória, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal houverem sido desfavoráveis ao acusado.
>
> *In casu*, o Juízo de 1° grau, de fato, estabeleceu a pena-base para o roubo simples (art. 155, *caput*) em seu patamar mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão (fls. 12-13), enquanto a Corte *a quo*, reconhecendo a qualificadora da escalada, fixou a reprimenda, na 1ª fase da dosimetria penal, em 2 (dois) anos de reclusão, piso previsto em lei (fl. 19).
>
> As circunstâncias judiciais, portanto, seja na sentença de 1° grau, seja no acórdão proferido em sede de apelação, foram tidas como favoráveis ao paciente, ficando a pena-base, após provimento do recurso de apelo da acusação, no valor mínimo legal. Incide, assim, o teor da Súmula n. *269-STJ,* tendo o paciente, mesmo reincidente, direito a iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (fl. 89)

Com efeito, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena pressupõe, conforme o artigo 33, § 3º, do Código Penal, a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Assim, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos e que tenha todas as circunstâncias judiciais favoráveis, com pena aplicada no mínimo legal, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, conforme interpretação dos artigos 33 e 59 do Código Penal (nesta linha no plano doutrinário: *Rogério Greco in* "Curso de Direito Penal - Parte Geral", 3. ed. Ed. Impetus, 2003, p. 462; *Cezar Roberto Bitencourt in* "Manual de Direito Penal - Parte Geral" , 6ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 421; *Julio Fabbrini Mirabete in* "Manual de Direito Penal - Parte Geral", 17. ed. Ed. Atlas, 2001, p. 256).

Nesse entendimento:

> Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 155, § 4º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias

judiciais favoráveis. Réu reincidente. Regime semi-aberto. Súmula n. 269-STJ. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Recurso especial. Efeito devolutivo.

I - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento em regime semi-aberto, *ex vi* dos artigos 33 e 59 do Código Penal *(Precedentes e Súmula n. 269-STJ)*.

II - Contra a decisão condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei n. 8.038/1990), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação *(Precedentes do Pretório Excelso e do STJ Súmula n. 267-STJ)*.

Writ parcialmente concedido.

(HC n. 84.135-SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 1°.10.2007).

Habeas corpus. Porte de arma. Reincidência. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime prisional. Súmula n. 269-STJ.

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.' Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto.

(HC n. 43.097-SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 1°.08.2005).

Criminal. Porte ilegal de arma. Reincidência excluída. Impropriedade. Regime prisional. Réu reincidente. Condenação inferior a 4 (quatro) anos. Regime aberto. Não cabimento. Substituição da pena. Reincidência genérica. Adequação da benesse. Reexame de elementos de índole subjetiva. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Recurso parcialmente conhecido e provido em parte.

I. O agravamento da pena pela reincidência reflete a necessidade de maior reprovabilidade do réu voltado à prática criminosa. Impropriedade de sua exclusão sob fundamento da perda de sua função teleológica.

II. Proíbe-se ao réu reincidente a fixação do regime aberto, em qualquer caso.

III. O art. 44, II, do Código Penal deve ser interpretado de forma conjunta com o § 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.

IV. Tratando de réu reincidente genérico e tendo a benesse sido considerada adequada à espécie nas instâncias ordinárias, com base em elementos de índole subjetiva, não pode ser revisto em sede de recurso especial, diante do disposto na Súmula n. 7-STJ.

> V. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido, para determinar a incidência da agravante da reincidência, bem como para fixar o regime semi-aberto de seu cumprimento.
>
> VI. Remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para a readequação da pena.
>
> (REsp n. 72.8673-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 19.09.2005).

A propósito, a *quaestio* já está sumulada:

> É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. *(Súmula n. 269-STJ)*

Diante de todo o exposto, concedo a ordem para afastar a qualificadora da escalada e restabelecer a reprimenda fixada na r. sentença condenatória, qual seja, 01 (um) ano e 02 (dois) meses, e o pagamento de 11 (onze) dias-multa. Concedo a ordem, ainda, para fixar o regime inicial semi-aberto, para cumprimento da pena pelo paciente.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 114.385-MS (2008/0189730-3)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Impetrante: José Augusto Marcondes de Moura Júnior
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Valeska Rodrigues Arevalo

EMENTA

Habeas corpus. Competência. Justiça Federal. Crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Alteração das regras de organização judiciária. Provimento. Especialização de vara já existente. Possibilidade. Exegese do art. 96, I, **a** e **d**, da CF/1988. Princípios do juiz natural e da legalidade. Ausência de ofensa. Constrangimento ilegal não verificado.

1. Perfeitamente possível que o Poder Judiciário local, através de norma administrativa, especialize certo juízo, já existente, tornando-o competente para o processamento e julgamento exclusivo de determinados delitos. Exegese do art. 96, I, **a** e **d**, da CF/1988.

2. A regra da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica nas hipóteses em que há alteração da competência territorial em razão da matéria (*ratione materiae*), como ocorreu na espécie, pois, nesses casos, as novas normas têm incidência imediata e se aplicam independentemente da fase em que se encontre o processo, dada a sua natureza nitidamente instrumental.

3. Correta a determinação contida no Provimento n. 275/2005 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, ao ordenar a redistribuição dos feitos já em andamento no foro federal anterior para o novo Juízo Especializado competente.

2. Verificando-se que o Judiciário Federal local, com a edição do provimento em questão não criou nova vara, apenas especializou uma já existente, ou, seja, nada mais fez do que exercer sua competência privativa de alterar regras de organização judiciária local, não há o que se falar em ofensa aos princípios da juiz natural e da legalidade, constitucionalmente albergados.

3. Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Valeska Rodrigues Arevalo,* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, julgando *writ* lá ajuizado, denegou a ordem, mantendo a competência da 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, para o processamento e julgamento da ação penal na qual a paciente é denunciada pela suposta prática do delito de lavagem de capitais (HC n. 2008.03.00.008220-7).

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o Tribunal impetrado não poderia ter denegado a ordem mandamental, uma vez que a ação penal já estava em curso contra a paciente perante o Juízo Federal de Ponta Porã-MS, tendo inclusive havido o recebimento da denúncia por esta autoridade judiciária, razão pela qual o fato de ter ocorrido a edição de resolução do TRF da 3ª Região, criando uma vara federal especializada para julgar o delito em que a paciente foi denunciada, no caso a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, não deveria justificar o deslocamento da competência para esta nova unidade jurisdicional, por ser flagrantemente inconstitucional, visto que fere o previsto no art. 96, II, da CF/1988, o princípio do Juiz Natural, e ainda o art. 75, parágrafo único, do CPP.

Requereu, assim, a concessão sumária da ordem mandamental, para que fosse suspensa a tramitação da ação penal em questão, postulando, no mérito, a declaração de incompetência da 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS para processar e julgar o processo criminal em tela, com a remessa dos autos ao Juízo Federal de Ponta Porã-MS.

A liminar foi indeferida e, solicitadas informações à Corte de origem, as prestou o Juízo singular, aduzindo que o processo criminal encontrava-se aguardando a prolação de sentença, e o Tribunal, que trouxe aos autos cópia do acórdão vergastado.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Sobreveio informação do Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de Campo Grande-MS, dando conta da condenação da paciente ao cumprimento de 3 anos de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades pública, por dois anos e seis meses, e ao pagamento de 50 dias-multa, por violação ao art. 1º,

§ 1º, II, da Lei n. 9.613/1998, nos autos da ação penal em questão, por sentença que acosta aos autos (fls. 59-68).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Cinge-se a questão à alegada ofensa aos princípios do juiz natural e da legalidade, constitucionalmente garantidos, por ato do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região que, editando o Provimento n. 275/2005, deslocou para a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS a competência para o processamento e julgamento da ação penal que estava em andamento na Justiça Federal de Ponta Porã-MS, na qual a paciente foi denunciada por incursa nas penas do art. 1º, § 1º, II, da Lei n. 9.613/1998, por ter ocultado e dissimulado a propriedade de bens adquiridos com a renda obtida do tráfico internacional de drogas, já que teria registrado em seu nome imóvel de propriedade de Valdir da Silva Batista, avaliado em R$ 150.000,00.

Não obstante a possibilidade de, em sede de *habeas corpus*, examinar a questão referente à competência do Juízo processante, pois, como já asseverou a Suprema Corte, "a liberdade de ir e vir do paciente pode, ao menos em tese, encontrar-se sob ameaça, em virtude do alegado risco de ver-se ele processado, e eventualmente condenado, por juízo incompetente" *(*HC n. 93.652-RJ, Relator Min. *Ricardo Lewandowski,* Primeira Turma, j. em 22.04.2008), inviável reconhecer, no caso, a ocorrência do aventado constrangimento ilegal, decorrente da edição do Provimento n. 275, de 11.10.2005, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que alterou normas de competência local relativamente aos processos referentes aos delitos contra o sistema financeiro nacional e os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

Da leitura do aresto vergastado, infere-se que a Corte Federal originária negou a ordem sob os seguintes fundamentos:

> Consta dos autos também que após ter recebido a denúncia e designado data para interrogatório, o magistrado determinou a remessa dos autos à 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, em obediência ao artigo 7º, inciso I, do Provimento n. 275/2005 do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.
>
> Compulsando os autos, verifico que não restou configurado o constrangimento ilegal.

> Com efeito, o MM. Juiz de primeiro grau agiu com acerto ao aplicar o Provimento n. 275, de 11.10.2005, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região [...].
>
> [...].
>
> "Assim, considerando a hierarquia das normas, verifica-se que amparado na Constituição Federal, o art. 22, inciso I, o Código de Processo Penal deixa a cargo da Lei de Organização Judiciária regular a competência em razão da matéria. Já a referida lei" (Lei n. 5.010/1966) "autoriza o Conselho da Justiça Federal a dispor sobre a especialização de varas e o Conselho, por sua vez, incumbe aos Tribunais Regionais Federais esta tarefa.
>
> Resta claro, então, que o Provimento n. 275/2005 não fere o princípio da legalidade, tampouco o do juiz natural, uma vez que 'a modificação de competência está prevista em lei e obedece os parâmetros constitucionais' (Julio Fabbrini Mirabete *in* Processo Penal, ed. Atlas, 15ª ed., 2003).
>
> Por fim, o fato de já ter sido recebida a denúncia, não impede a redistribuição da ação penal, nos termos do que estabelece o artigo 7 do Provimento n. 275/2005 (fls. 45 e 46).

E assim decidindo, foi ao encontro do entendimento desta Corte Superior, que já deliberou no sentido de que não seriam ofensivas ao art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, dos princípios do Juiz Natural e da Legalidade, as normas administrativas de Tribunais que especializam certas varas para o julgamento de determinados delitos, de modo a facilitar o combate aos mesmos e objetivando a uma melhor prestação jurisdicional.

A questão referente à legalidade e constitucionalidade do Provimento n. 275/2005, aliás, já foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal recentemente, que assim assentou:

> Direito Processual Penal. *Habeas corpus*. Súmula n. 691-STF. Especialização de competência (*ratione materiae*). Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Inexistência de violação de postulados constitucionais.
>
> 1. A Súmula n. 691, desta Corte, se fundamenta na impossibilidade de o STF, no julgamento de ação de sua competência originária, suprimir a instância imediatamente anterior.
>
> 2. O Provimento n. 275, de 11 de outubro de 2005, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, especializou a 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, atribuindo-lhe competência exclusiva para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores.

3. Não há que se falar em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da Constituição Federal, admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos tribunais.

4. No caso ora examinado houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada da 3ª Vara Federal de Campo Grande, por intermédio da edição do Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Precedente.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 94.146, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 21.10.2008).

Dos fundamentos do decidido pela Suprema Corte, retira-se:

Conforme previsto no art. 96, I, **a**, da Constituição Federal de 1988, aos tribunais compete privativamente, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (CF, art. 96, **a**).

Não há, portanto, o que se falar em violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis,* visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, **a**, da Constituição Federal admite que haja alteração da competência dos órgão do Poder Judiciário por deliberação dos tribunais.

No caso examinado, houve simples alteração promovida administrativamente, constitucionalmente admitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada da 3ª Vara Federal de Campo Grande, por intermédio da edição do Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região (HC n. 94.146-MS).

No corpo do acórdão, a eminente Relatora destaca:

Nesse sentido, também registro que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento ocorrido em 15.05.2008, no HC n. 88.660-CE, rel. Min. Cármen Lúcia, afirmou que o Poder Judiciário tem competência para dispor sobre especialização de varas, porque é matéria que se insere no âmbito da organização judiciária dos Tribunais. O tema referente à organização judiciária não se encontra restrito ao campo de incidência exclusiva da lei, eis que depende da integração dos critérios preestabelecidos na Constituição, nas leis e nos regimentos internos dos Tribunais.

Na ocasião, ficou assentado que a mera especialização de vara federal para julgamento de crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, por

> meio de resolução, não ofende o princípio do juiz natural e não transgride o postulado da reserva de lei (Informativo n. 506, Brasília, 21 de maio de 2008, p. 1 e 2).

No mesmo sentido, também do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Provimento n. 275 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região. Ilegalidade. Ofensa ao princípio do juiz natural. Inocorrência. Premissa equivocada quanto à imputação feita aos pacientes. Ofensa ao dever de fundamentação não concretizada. Ordem denegada.
>
> I - O provimento apontado como inconstitucional especializou vara federal já criada, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais.
>
> II - A remessa para vara especializada fundada em conexão não viola o princípio do juiz natural.
>
> III - Decisão que, indeferindo liminar, não se mostra abusiva, ilegal ou teratológica, incidindo, na espécie, a Súmula n. 691-STF.
>
> IV - *Writ* não conhecido (HC n. 91.253, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 16.10.2007).

A propósito, de nosso Tribunal pode-se citar os seguintes precedentes, em casos semelhantes:

> *Habeas corpus* liberatório. Lavagem e ocultação de bens e valores e crimes contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva decretada pelo juízo da Vara Criminal Federal de Florianópolis-SC especializada em crimes de lavagem de dinheiro. Competência reconhecida. Precedentes do STJ e STF. Manutenção da prisão do paciente. Ordem denegada.
>
> 1. A questão sobre a criação de Varas Federais especializadas em crimes de lavagem e ocultação de bens e valores não é nova nesta Corte de Justiça, cujo entendimento cristalizou-se no sentido da regularidade de tais alterações na organização judiciária federal, fixando-se, outrossim, a competência absoluta desses juízos, pois determinada em razão da matéria.
>
> 2. O tema foi recentemente submetido à apreciação do col. Supremo Tribunal Federal, que, apreciando o HC n. 86.660-CE, da relatoria da em. Min(a). *Cármen Lúcia Rocha,* acabou por consolidar posição favorável à constitucionalidade das alterações promovidas, afastando, outrossim, quaisquer dúvidas quanto à competência das Varas Federais Especializadas.
>
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
>
> 4. Ordem denegada (HC n. 104.374-SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 21.08.2008).

Habeas corpus. Processual Penal. Crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro. Especialização da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará. Resolução n. 10-A/2003 do TRF da 5ª Região. Resolução n. 314 do Conselho da Justiça Federal. Denúncia não oferecida. Redistribuição. Possibilidade. Ofensa aos princípios da reserva de lei, da separação dos poderes e do juiz natural.

Inocorrência. Ordem denegada.

1**.** *A especialização de Vara Federal para processamento e julgamento dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, por meio da Resolução n. 10-A/2003 do TRF da 5ª Região e da Resolução n. 314 do Conselho da Justiça Federal, não ofende os princípios da reserva de lei, da separação dos poderes e do juiz natural.*

[...].

3. Ordem denegada (HC n. 41.643-CE, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 20.09.2005 - grifamos).

Habeas corpus. Direito Penal e Direito Processual Penal. Princípio do promotor natural. Violação. Supressão de instância. Ocorrência. Princípio do juiz natural. Violação. Inocorrência. Denúncia. Crimes societários e coletivos. Imputação genérica. Possibilidade. Oitiva de testemunhas determinada *ex officio* pelo magistrado. Impedimento. Inexistência.

1. Não se conhece de *habeas corpus* que tem por motivação questão estranha ao acórdão impugnado, pena de usurpação de competência.

2. Não há falar em violação do princípio do juiz natural com a simples especialização de competência, eis que não se confundem juízo de exceção e juízo especializado.

3. A denúncia, à luz do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e, por conseqüência, no caso de concurso de agentes, a definição da conduta de cada autor ou partícipe.

4. É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto formal (Código de Processo Penal, artigo 41), principalmente nos casos de crime coletivo ou societário, é válida a imputação genérica do fato-crime, sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, admitindo, como admite, a lei processual penal que as omissões da acusatória inicial possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569).

5. Não há falar, à luz das normas insertas nos artigos 156 e 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em impedimento de magistrado que, na busca da verdade real, determina, *ex officio*, a oitiva de testemunhas.

> 6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada (HC n. 31.294-PR, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 19.08.2004 - o grifo é nosso).

Em todos os precedentes afasta-se a violação aos princípios constitucionais aludidos, e isso porque o art. 96, I, alíneas **a** e **d**, da Constituição Federal, confere privativamente aos Tribunais competência para a "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" e também para "a alteração da organização e divisão judiciárias", dando autonomia ao Poder Judiciário para dispor, administrativamente, sobre o funcionamento e competência dos órgãos jurisdicionais locais.

Nesse contexto, e verificando-se que não se trata de criação de nova vara, esta sim, dependente de edição de lei ordinária federal, nos termos do art. 96, II, da CF/1988, mas de especialização de certo juízo - 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS - já existente, para o processamento e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, no âmbito da 1ª Subseção da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, perfeitamente possível que tal se dê através de ato administrativo próprio do Tribunal a que este juízo está subordinado, como feito na espécie, pois constitucionalmente permitido, não havendo, portanto, o que se falar em ofensa aos postulados do Juiz Natural e da Legalidade.

Vale destacar, por fim, do voto do Excelentíssimo Ministro *Hélio Quaglia Barbosa,* no julgamento do HC n. 41.643-CE, acima citado, que não se pode confundir os conceitos de foro competente com o de juízo competente, pois, "como afirma Tourinho Filho, 'a competência *ratione materiae* não constitui critério de fixação de foro, mas sim de juízo' *(in* Processo Penal. Volume 2. 20ª edição. São Paulo:Saraiva, 1998, p. 119)".

E continuando, ressalta o Relator:

> Indo adiante, se preciso for, calha à argumentação a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que se contrapõe claramente ao deduzido pelo impetrante:
>
> > a *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica, quando houver alteração da matéria.
> >
> > (...)

> Caso a lei posterior de organização judiciária crie, na Comarca *X*, uma Vara privativa, cuidando somente da matéria objeto do feito, deve-se proceder à imediata remessa do processo para a Vara criada. Tal se dá porque a competência territorial e prorrogável e relativa, o que não ocorre com a competência em razão da matéria *(in* Código de Processo Penal Comentado. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198).

> Conseqüentemente, não há falar em infração às normas constitucionais traçadas no artigo 5º, incisos XXXVII ('não haverá juízo ou tribunal de exceção') e LIII ('ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'), conforme alegado. Não se trata, como já evidenciado, da criação dos famigerados tribunais ou juízos *ad hoc*, própria dos regimes totalitários e liberticidas, mas, sim, de simples alteração promovida administrativamente, legalmente permitida, visando a uma melhor prestação da tutela jurisdicional, de natureza especializada, como cristalinamente imprescindível.

Com efeito, segundo o previsto no art. 87 do Código de Processo Civil, que prevê a regra geral da *perpetuatio jurisdictionis*, aplicável subsidiariamente à espécie: "Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, *salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia*".

Vale dizer, a regra da *perpetuatio jurisdictionis* não se aplica nas hipóteses em que há alteração da competência *territorial* em razão da matéria (*ratione materiae*), como ocorreu na espécie, visto que, nesses casos, as novas normas têm incidência imediata e se aplicam independentemente da fase em que se encontre o processo, dada a sua natureza nitidamente instrumental, pelo que correta a determinação contida no provimento ora em exame, ao ordenar a redistribuição dos processos já em andamento nos foros federais do Mato Grosso do Sul ao novo Juízo competente, localizado também naquela Subseção Judiciária.

Trata-se, portanto, de alteração de competência *territorial* em razão da matéria, já que atinente à especialização de varas, e não de alteração de competência *material* (aquela prevista na Constituição Federal), não se podendo, nesse contexto, cogitar de ofensa ao princípio do Juiz Natural, constitucionalmente albergado (art. 5º, LIII, da CF/1988).

Nesse sentido, da doutrina, pode-se colacionar:

> Uma última questão.
>
> A competência por matéria, ou seja, aquela decorrente de varas especializadas integrariam o conceito de juiz natural?

> Pensamos que não, ainda que às Constituições dos Estados se reserve a definição de competência (art. 125, CF), por meio da lei de organização judiciária.
>
> Uma coisa é reconhecer a autorização constitucional a entes da Federação para a expedição de normas acerca de determinada matéria; outra, é colocar, no mesmo plano, ambas as regulações, sobretudo quando houver disposições expressas e minudentes na Constituição da República. Simples assim: poderiam as leis de organização judiciária modificar determinações constitucionais? Óbvio que não: a delegação ou autorização legislativa não chegaria a esse ponto.
>
> As regras do juiz natural dizem respeito às determinações constitucionais acerca da jurisdição brasileira, no âmbito da competência em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função, bem como da proibição de juiz ou tribunal de exceção, consequência óbvia do princípio da impessoalidade que subordina as relações Estado/administrado, e, assim, também Estado/jurisdicionado.
>
> Feitas tais considerações, não incluímos a competência decorrente de distribuição ou especialização por matéria, e resultante de leis e organização judiciária, no conceito de juiz natural (Eugenio Pacelli de Oliveira, (Curso de Processo Penal, 11ª ed. Lumen Juris: RJ, 2009, p. 31).

Comentando acerca da modificação de competência e a regra da *Perpetuatio Jurisdictionis* e sobre a diferença entre *competência territorial por matéria* e *competência material*, leciona o doutrinador:

> A *perpetuatio jurisdictionis* atende aos interesses da reta aplicação da lei penal, impedindo, o quanto possível, as alterações de competência, com o objetivo do máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, em benefício de uma persecução penal mais ágil e livre de obstáculos protelatórios.
>
> Em uma imagem talvez ousada, diríamos que a *perpetuatio jurisdictionis* seria como uma companheira inseparável do princípio da identidade física do juiz, uma vez que ambos destinam-se a preservar o conhecimento judicial da causa já realizado pelo juiz a quem ela foi distribuída e que já realizou a instrução do processo.
>
> [...].
>
> Outra hipótese, agora mais complexa, em que se poderá falar na exigência ou não da *perpetuatio*, diz respeito à criação de novas varas e/ou juízos criminais por meio de normas locais de organização judiciária, no sentido de se saber se essas novas varas ou juízos poderiam receber os processos já em curso naquelas outras, a elas anteriores, e originariamente competentes para o processo e julgamento das referidas causas.
>
> [...].
>
> Em primeiro lugar, deve-se considerar que a matéria objeto dessas considerações diz respeito, obviamente, à competência territorial, já que as

> demais, em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função, tem foro na Constituição da República, a salvo, portanto, de quaisquer *determinações de regramentos resultantes de organizações judiciárias estaduais.*
>
> Cumpre, então, distinguir: uma coisa é a alteração, por criação de juízo, de competência territorial por matéria, e outra é a alteração da competência material, isto é, constitucional. A primeira, territorial por matéria, está ao alcance das leis de organização judiciária, a quem ou de quem se espera exatamente uma melhor distribuição operacional da jurisdição. Um exemplo de tal modalidade de alteração de competência territorial por matéria: em determinada comarca, pode ser criada uma Vara de Família, especializada, portanto, no julgamento de questões relativas ao Direito de Família. Embora se cuide de alteração por matéria, é bem de ver que não se trata da competência material constitucional, que trata das competências de jurisdição.
>
> Já a competência material constitucional diz respeito à fixação de competência por jurisdição, em razão da matéria reservada à cada uma delas: à Justiça Federal, a matéria de direito no âmbito federal (envolvendo interesses da União, autarquias e empresas públicas federais); à Justiça Eleitoral, a matéria de Direito Eleitoral; à Justiça Militar, a matéria de Direito Militar, e assim por diante. [...].
>
> [...].
>
> Então, de volta à questão posta, parece-nos que não há qualquer inconveniente *a* priori - ou, mais ainda, qualquer ilegalidade - na alteração excepcional da regra da *perpetuatio jurisdictionis*, sobretudo quando se tratar de criação de varas especializadas em determinadas matérias, no âmbito do mesmo juiz natural, [...] (*ob. cit.*, p. 245-247).

Ausente, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na espécie, visto que o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, através do Provimento n. 275, de 11.10.2005, nada mais fez do que exercer sua competência privativa de alterar regras de organização judiciária local, ao transferir, no âmbito da 1ª Subseção da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, a competência para o julgamento dos crimes contra o sistema financeiro nacional e os delitos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores ao Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande-MS, para as quais foram os feitos que tramitavam nos demais Juízos Federais daquele Estado, corretamente, redistribuídos, resta impossível conceder a ordem, visto que inexistente qualquer ofensa aos postulados da Legalidade e do Juiz Natural.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 117.611-SP (2008/0220226-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Impetrante: Leila Rocha Sponton - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: A. M. da S.

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de rixa. Prescrição da pretensão sócio-educativa. Cálculo a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, do ECA. Conseqüência mais gravosa ao inimputável, do que ao imputável que pratica a mesma conduta. Impossibilidade. Prescrição que se verifica a partir da pena máxima abstratamente cominada ao crime equivalente ao ato infracional praticado, com a redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida.

1. "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas", enunciado da Súmula n. 338 do Superior Tribunal de Justiça.

2. É cediço que em inúmeros precedentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que à míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

3. Entretanto, o caso concreto sugere a necessidade de este Tribunal reexaminar a matéria, em face da sua relevância, inclusive social, considerando a precípua destinação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Além da injustiça de se aplicar à espécie, onde o Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de rixa, o mesmo prazo prescricional previsto para um menor infrator representado pela prática de ato equivalente à crimes muito mais

graves, nunca o menor infrator poderá ficar sujeito à conseqüência mais rigorosa do que a que sofreria um imputável que praticasse a mesma conduta.

5. À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

6. O juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

7. Diante da pena máxima cominada em abstrato ao crime de rixa, 02 (dois) meses de detenção, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano. No caso, o lapso temporal transcorreu sem que sequer a representação tenha sido recebida.

8. Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão sócio-educativa em relação ao Paciente.

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 e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 09.02.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A M da S, menor infrator, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, dando provimento ao apelo ministerial, cassou a decisão do Juízo menorista que reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa estatal.

Afirma o Impetrante que o adolescente nunca sofreu medida sócio-educativa e foi representado por ato infracional equiparado ao crime de rixa cometido no dia 15 de abril de 2006, logo, não poderia receber uma medida sócio-educativa superior a seis meses, em meio aberto, e, como foi representado apenas em 14 de maio de 2007, evidente que já prescrita a pretensão reeducativa.

Requer, assim, liminarmente, a suspensão do procedimento menorista, e no mérito, sua extinção.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 108.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 106-108, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O Juízo menorista reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa estatal, nos seguintes termos:

> A hipótese dos autos, considerados os termos da Súmula de n. 338 do c. STJ, e a forma de cálculo adotada por aquela Corte, comporta a declaração da prescrição nos termos do art. 109, inciso VI, e art. 115, do Código Penal, tendo em vista que o tipo penal não prevê pena máxima superior a um ano.
>
> Assim, e sem prejuízo do meu entendimento sobre o cálculo em questão submeter-se à lógica sancionatória dos incisos I e II do art. 122 do ECA, aqui irrelevante, declaro a prescrição da pretensão sócio-educativa. (fl. 69)

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, no enunciado da Súmula n. n. 338, sufragou o entendimento de que: "A prescrição penal é aplicável nas medidas

sócio-educativas", porque, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

Contudo, a prescrição em perspectiva, tendo em conta a pena a ser aplicada no futuro, é questão já exaustivamente examinada e repelida com veemência pela jurisprudência desta Corte, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.

O mesmo entendimento deve ser aplicado às medidas sócio-educativa, uma vez que segundo interpretação jurisprudencial do art. 226, da Lei n. 8.069/1990, aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade da Parte Geral do Código Penal, tanto para definição do que seja ato infracional (art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente), quanto em relação aos crimes praticados contra criança e adolescente.

O acórdão impugnado, por sua vez, cassou a decisão de primeiro grau porque adotou "o critério de análise da ocorrência ou não da prescrição, manifestado pela quinta turma do STJ, considerando-se o prazo de três anos, fixado no art. 121, § 3º, do ECA, limite imposto para a permanência em medida de internação, de acordo com uma interpretação sistemática da Lei n. 8.069/1990" (fl. 86).

Como bem reconheceu o parecer ministerial, "não prevalece o argumento da impetrante de que deve ser considerado, como parâmetro para o cálculo da prescrição, o prazo de 6 meses, eis que não há qualquer previsão legal que permita tal interpretação. Em contrapartida, como não houve aplicação da medida sócio-educativa ao menor, também não se pode considerar o entendimento do Tribunal *a quo* de que o parâmetro para aplicação da prescrição serio o prazo máximo de 3 anos" (fl. 107).

É cediço que em inúmeros precedentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o entendimento de que à míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990.

Entretanto, o caso concreto sugere a necessidade de este Tribunal reexaminar a matéria, em face da sua relevância, inclusive social, considerando a precípua destinação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A injustiça da atual jurisprudência dessa Corte Superior é evidente.

O Paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de rixa, para o qual o art. 137 do Código Penal prevê uma pena máxima de 02 (dois) meses de detenção, e não pode ficar sujeito à punição mais rigorosa do que a recebida por um adulto.

Do mesmo modo, considero impensável aplicar à espécie o mesmo prazo prescricional ao menor infrator representado pela prática de ato análogo ao crime de latrocínio, que tem pena cominada em até 30 (trinta) anos de reclusão.

A prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

Em precedentes anteriores já sinalizei nesse sentido:

> *Habeas corpus.* Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional análogo ao crime de lesão corporal. Prescrição. Inocorrência.
>
> 1. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.
>
> *2. À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.*
>
> 3. Para aferir a prescrição das medidas sócio-educativas, utilizam-se os mesmos critérios necessários à declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal, equivalendo o recebimento da representação ao recebimento da denúncia ou queixa.
>
> 4. Na hipótese, o prazo prescricional não se aperfeiçoou. O Magistrado reconheceu a prescrição em perspectiva, questão reiteradamente repelida pela jurisprudência desta Corte, porquanto não albergada pelo ordenamento jurídico pátrio.
>
> 5. Ordem denegada. (HC n. 69.912-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 23.04.2007.)

> *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais análogos aos crimes de porte ilegal de arma e formação de quadrilha. Prescrição. Possibilidade. Precedentes.
>
> 1. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

2. À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente pode ser verificada a partir da pena abstratamente cominada ao crime análogo ao ato infracional praticado, pois a discricionariedade da duração da medida sócio-educativa imposta somente competirá ao juízo menorista.

3. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a prescrição apenas em relação ao ato infracional análogo ao crime de porte ilegal de arma. (HC n. 61.485-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 30.10.2006.)

Tal entendimento, inclusive, foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, ao manter decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da minha relatoria, nos autos do HC n. 47.991-SP, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Descumprimento de medida sócio-educativa. Internação-sanção. Legitimidade. Instituto da prescrição. Aplicabilidade. Parâmetro. Pena máxima cominada ao tipo legal. Redução do prazo prescricional à metade com base no art. 115 do Código Penal. Hipótese de crime de roubo. Prescrição não consumada, na espécie. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. Não incide a irregularidade apontada pela impetrante, no sentido de que a medida de internação-sanção teria sido decretada antes do envio de precatória para a comarca onde o paciente estaria residindo. Constam informações nos autos de que a execução da medida de liberdade assistida foi deprecada e, diante da devolução da carta precatória, a medida extrema veio a ser decretada.

2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo.

3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal.

4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição.

5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos.

6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal.

7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos não cabais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração inicial das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador.

8. No caso concreto, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não merece qualquer reparo, não tendo se aperfeiçoado a prescrição até o presente momento.

9. Ordem denegada. (HC n. 88.788-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 27.06.2008 - grifei.)

Para melhor entendimento da matéria, transcrevo o seguinte excerto do voto condutor do *habeas corpus* mencionado acima, *litteris*:

Como se sabe, o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece o quantum mínimo e máximo das medidas sócio-educativas que prevê. Somente em relação à internação, há previsão de que não poderá exceder o período máximo de três anos, após os quais o jovem terá de cumprir outra medida mais branda. O único caso em que o adolescente não cumprirá qualquer outra medida depois da internação é quando ele completa vinte e um anos, com prevê o art. 121, § 5º, do ECA.

Aí reside a dificuldade: qual deve ser o parâmetro adotado para a aplicação dos prazos prescricionais? A pena máxima em abstrato prevista no Código Penal para o crime correspondente ao ato infracional praticado? O tempo que falta para o adolescente completar vinte e um anos?

Como eu destaquei na decisão em que indeferi a liminar solicitada, considerar a idade para calcular a prescrição apresenta um grave inconveniente: quanto mais o adolescente se aproxima da idade máxima (vinte e um anos), mais rapidamente a pretensão executória prescreveria, o que vai contra a ordem natural das coisas e não se justifica em nosso ordenamento, dada a desigualdade de tratamento que tal solução produziria.

De outro lado, utilizar os prazos previstos no próprio estatuto, com pregam doutrinadores da área do Direito do Adolescente, também não se revela adequado, principalmente em relação às medidas de internação, semiliberdade e liberdade assistida, como é o caso do presente *habeas corpus*. Isto porque os prazos ali previstos não são cabais.

Com efeito, depois do cumprimento de três anos de internação ou de semiliberdade, o adolescente poderá vir a ser inserido na medida sócio-educativa

da liberdade assistida. E, no caso desta última, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um 'prazo mínimo de seis meses', no art. 118, § 2º, que poderá ser renovado sucessivamente, até o adolescente completar dezoito anos.

Assim, a maneira mais adequada de resolver a questão, sem criar um *textium genus* e sem violar o principio da reserva legal, que incide na espécie, e justamente aquela solução que o Superior Tribunal de Justiça adotou: considerar a pena máxima cominada ao crime pela norma incriminadora pertinente, combinada com a redução à metade do prazo prescricional prevista no art. 115 (quando o agente, à época do fato, era menor de vinte e um anos).

Embora, em um primeiro momento, cause estranheza a utilização deste parâmetro, já que o adolescente não será submetido a referida pena, esta é a solução que melhor se harmoniza com nosso ordenamento, pois leva em consideração a gravidade do ato praticado, tal qual definida pelo legislador através da pena cominada ao tipo legal.

Os demais critérios aqui citados findariam por abstrair justamente o fato em si, dispensando tratamento idêntico a atos substancialmente diferentes - por exemplo, um ato infracional equiparado a latrocínio prescreveria no mesmo prazo que um desacato, se adotados os prazos *iniciais* previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente ou se considerada a idade máxima de dezoito (liberdade assistida) ou vinte e um anos (internação e semi-liberdade).

Portanto, senhor Presidente, considero que o critério deve ser, realmente, aquele adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim concluiu nos seguintes termos:

> Com efeito, consoante se depreende dos autos, o adolescente foi acusado de ter cometido ato infracional equiparado ao delito de roubo, tipificado no art. 157 do Código Penal. A representação foi recebida e julgada procedente, em 24 de setembro de 2003, pelo juízo menorista, aplicando ao menor a medida sócio-educativa de liberdade assistida (fls. 24-25).
>
> Posteriormente, em razão do descumprimento da condições judiciais pelo menor, o juízo das execuções, em 24 de fevereiro de 2005, decretou a internação-sanção do paciente (art. 122, II, da Lei n. 8.069/1990), nos seguintes termos:
>
> > 1. O jovem descumpriu a medida sócio-educativa na qual foi inserido.
> >
> > 2. Portanto, com fundamento no inciso III, do art. 122, do ECA, decreto a internação-sanção em caráter provisório, para viabilizar a busca e apreensão, bem como a oitiva em audiência, oportunidade em que será apreciada a necessidade da manutenção da providência e a possibilidade de recondução à medida em curso. (fl. 29)

> A pena prevista no art. 157, do Código Penal, é de 04 (quatro) a 10 (dez) anos. Assim, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso III, do Estatuto Repressivo, o prazo prescricional é de 16 (dezesseis) anos.
>
> Nesse contexto, verifica-se que o prazo prescricional, ainda que reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, não se aperfeiçoou.
>
> Do exposto, senhor Presidente, não está configurada a prescrição, na espécie.

Com efeito, o juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser levado em consideração no cálculo dos prazos prescricionais, sob pena de se dar tratamento igualitário a situações diversas.

Em sendo assim, para aferir a prescrição das medidas sócio-educativas, deve se utilizar os mesmos cálculos necessários à declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal, equivalendo o recebimento da representação ao recebimento da denúncia ou queixa. É pacífica nesta Corte, também, a aplicabilidade do art. 115 do Código Penal, para reduzir o prazo prescricional pela metade, em face da menoridade.

Logo, sendo a pena máxima prevista para o crime do art. 137 do Código Penal, de 02 (dois) meses de detenção, o prazo prescricional, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso VI, do Estatuto Repressivo, é de 02 (dois) anos que, reduzido pela metade, a teor do art. 115, do Código Penal, passa a ser de 01 (um) ano.

O ato infracional ocorreu no dia 15 de abril de 2006 e o Magistrado menorista, em 08 de maio do mesmo ano, rejeitou a representação, considerando que a conduta não trouxe qualquer conseqüência danosa que justificasse a movimentação o Poder Judiciário.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, deu provimento ao apelo do Ministério Público paulista, no dia 14 de maio de 2007, para determinar que fosse recebida a representação.

Desta feita, em decisão de 13 de dezembro de 2007, o Juiz de primeiro grau declarou a prescrição da pretensão sócio-educativa.

Seguiu-se a interposição de novo apelo pelo *Parquet* paulista que, provido pela Corte *a quo*, para afastar o reconhecimento da prescrição, motivou o presente *writ*.

Pois bem, embora não conste dos autos a data exata do recebimento da representação, o acórdão impugnado foi julgado na sessão do dia 07 de julho de

2008, mais de 02 (dois) anos após a ocorrência do ato infracional equiparado ao crime de rixa.

Nesse contexto, verifica-se que o prazo prescricional, quando o julgamento do segundo apelo interposto pelo Ministério Público, já havia se aperfeiçoado.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão sócio-educativa em relação ao Paciente.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 25.652-PB (2007/0268880-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrentes: Marcela Xavier Sintônio Lucena e outros
Advogados: Carlos Pessoa de Aquino e outro(s)
Recorrido: Tribunal de Contas do Estado da Paraíba
Advogados: Eugênio Gonçalves da Nóbrega e outro(s)
Recorrido: Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba
Procuradores: Irapuan Sobral Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso público, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei n. 9.784/1999, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica. Recurso ordinário provido.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.

2. O art. 55 da Lei n. 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, *a contrario sensu,* a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno qüinqüenal, mediante a convalidação *ex ope temporis,* que tem *aplicação excepcional* a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da Administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é induvidosamente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade *vs* segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 13.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto em adversidade ao acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que denegou a ordem ali impetrada anteriormente em face de ato da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, que determinou ao Presidente do Poder Legislativo que suspendesse qualquer despesa dos servidores, tendo em vista a constatação de irregularidades nos atos de nomeação, em julgado consubstanciado na seguinte ementa:

> Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança Preventivo. Servidores da Assembléia Legislativa. Nomeação para cargos efetivos sem concurso público.

> Violação ao art. 37, § 2º da CF/1988. Nulidade absoluta. Processo perante o Tribunal de Contas para a apuração de irregularidades. Prescrição administrativa. Inaplicabilidade. Ausência de boa-fé. Predomínio, no caso em tela, do princípio da legalidade sobre o da segurança jurídica. Direito líquido e certo não configurado. Denegação da ordem.
>
> Aplicação do princípio da segurança jurídica, que se sustenta na proteção à confiança, não se aplica em decorrência de atos de nomeação para cargos efetivos sem concurso público, nulos de pleno direito. Ademais, os impetrantes não agiram com boa fé, uma vez que, conhecendo da ilegalidade dos atos de nomeação, silenciaram, beneficiando-se de seus conteúdos, não se empregando ao caso a prescrição administrativa (fl. 153).

2. Os recorrentes sustentam que o fato de terem sido nomeados pela Assembléia Legislativa da Paraíba há mais de 15 anos, torna incólumes os atos de admissão, por força do princípio da segurança jurídica, que impede que os administrados fiquem sujeitos indefinidamente ao poder de autotutela da Administração.

3. Alegam, ainda, que prescreveu o direito da Administração rever seus atos, uma vez transcorrido o período de 5 anos previsto pela Lei n. 9.784/1999.

4. O recorrido apresentou contra-razões, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, tendo em vista que os recorrentes não impugnaram especificadamente os fundamentos utilizados pela Corte Estadual para denegar a segurança. No mérito, assevera a ilegalidade do ingresso dos recorrentes no serviço público sem a necessária submissão ao concurso público, violando a regra constitucional.

5. O Ministério Público Federal pronunciou-se, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, pelo desprovimento do recurso (fls. 251-257).

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. O presente Recurso em Mandado de Segurança foi interposto para adversar acórdão do egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, que denegou a ordem impetrada, mantendo, assim, o ato da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e do Tribunal de Contas daquele Estado, que determinou ao Presidente do Poder

Legislativo que suspendesse qualquer despesa com os servidores, em razão de irregularidades dos atos de suas nomeações, constatadas em auditoria.

2. O acórdão atacado asseverou que, por força do art. 37, II c.c. § 2º da CF, o ato de nomeação para cargo efetivo sem a realização de concurso público é nulo de pleno direito, não sendo alcançado, portanto, pelo instituto da prescrição, consoante enunciado das Súmulas n. 346 e 473 do STF.

3. Os recorrentes, por sua vez, buscam ver assentada a tese de que, malgrado a eiva de vício que recai sobre as admissões em questão, seu desfazimento implica violação ao princípio da segurança jurídica, porquanto a prescrição qüinqüenal administrativa recai tanto sobre o ato nulo, quanto sobre o anulável, sem qualquer distinção.

4. Ao que se constata, os fundamentos que dão suporte à impetração revestem-se de inquestionável plausibilidade jurídica, porquanto põe em relevo controvérsia de índole superior, consubstanciada na ponderação de valores relacionados ao princípio da legalidade dos atos administrativos, em face do postulado da segurança jurídica, igualmente prezável pela ordem jurídica.

5. É certo que a Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37 da CF), que impõe a anulação de ato que, embora emanado da manifestação de vontade de um de seus agentes, contenha vício insuperável, para o fim de restaurar a legalidade malferida.

6. Não é menos certo, porém, que o poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, também de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado.

7. Neste contexto, o art. 55 da Lei n. 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos, permitindo a manutenção da sua eficácia mediante o instituto da convalidação; esse instituto, voltado primariamente para à atribuição de validade a atos *meramente anuláveis,* pode ter aplicação excepcional a situações extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício, tal como ocorre na seara dos *atos administrativos nulos*.

8. A própria lei ressalva, no entanto, hipóteses nas quais esteja comprovada a má-fé do destinatário do ato administrativo, ocasião na qual não incidirá o

prazo decadencial qüinqüenal, não sendo o ato passível de convalidação, nem mesmo pelo decurso do tempo.

9. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a anulação do ato será a melhor solução; realmente, em face da dinâmica das relações jurídicas e sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular. ainda que tal irregularidade se eleve ao nível de nulidade.

10. O poder da Administração, destarte, não é absoluto nessa seara, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal ou nulo claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

11. No caso dos autos, vê-se que o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba determinou a exoneração de 12 servidores do quadro efetivo da Assembléia Legislativa do Estado, alegando vício no provimento ocorrido em 1989, há cerca de 20 anos, portanto.

12. O ato que efetivou os recorrentes no serviço público sem o preenchimento da condição de aprovação em concurso público é induvidosamente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando seus efeitos *ex ope temporis;* máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos, então, aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

13. Penso que é importante frisar mais uma vez, que a Administração Pública quedou inerte, por duas décadas, quanto à alegada ilegalidade nas investiduras dos recorrentes, *pelo que se formou em relação a eles (os recorrentes) o direito subjetivo de não serem acionados em razão daquelas investiduras e, em relação à Administração, ocorreu a perda do direito de desfazer aqueles mesmos atos.*

14. Apresso-me em dizer que o vício que contamina as investiduras dos recorrentes é o da inconstitucionalidade e, à primeira vista, se poderia afirmar, que esse vício seria absolutamente inconvalidável; ora, o vício de ser inconstitucional é apenas uma forma qualificada de ser hostil à ordem jurídica e a convalidação não vai decorrer da repetição do ato (o que seria juridicamente impossível), mas sim do reconhecimento dos efeitos consolidadores que o tempo acumulou em favor dos recorrentes.

15. Portanto, ao meu sentir, com o devido respeito aos que pensam diversamente, cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acertou ou o desacerto de uma solução jurídica; neste caso, não há notícia nos autos de que os nomeados (ora recorrentes) tenham se valido de ardis ou logros para obterem os seus cargos e, embora essa circunstância não justifique o comportamento administrativo ilegal, não pode ser ignorada no equacionamento da solução da causa.

16. Por tais fundamentos, dou provimento ao Recurso Ordinário, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem suas aposentadorias.

17. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 730.947-AC (2005/0029220-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Estado do Acre
Procuradores: Tito Costa de Oliveira e outro(s)
Recorrido: Maria Freire da Costa
Advogado: Sander Samuel Nascimento Araripe

EMENTA

Processual Civil. Ação anulatória de ato administrativo emanado de Tribunal. Meios processuais impugnativos. Ação ordinária e mandado de segurança. Cabimento de ambas ações. Vedação limitada à concessão de medidas urgentes na via ordinária. Lei n. 8.437/1992. Ato administrativo de Tribunal. Irrecorribilidade por meio de recurso especial e extraordinários. Súmula n. 733-STF, aplicada por analogia. Ato judicial. Inexistência. Inaplicabilidade do art. 486 do CPC.

1. De acordo com o regramento constitucional e legal, os atos administrativos emanados dos Tribunais podem ser impugnados judicialmente pela vias da ação constitucional do mandado de segurança ou da ação ordinária; ressalvando-se, na segunda hipótese, a vedação contida na Lei n. 8.437/1992, de deferimento, no juízo de primeiro grau, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal.

2. Segundo o entendimento sufragado na Súmula n. 733-STF, as decisões prolatadas em sede de precatório, por possuírem natureza exclusivamente administrativa, não são passíveis de impugnação por meio de recursos especiais e extraordinários.

3. Sendo evidente que o ato atacado não possui natureza judicial, mas sim administrativa, aplica-se, por analogia, a Súmula n. 733-STF, de modo que a impugnação do ato deverá ser realizada por meio da ação judicial cabível (no caso, ação ordinária de anulação), e não por meio de recurso previsto no Código de Processo Civil.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Acre*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da referida unidade federativa em sede de apelação em ação anulatória de decisão administrativa emanada do Pleno do referido Tribunal de Justiça.

O acórdão recorrido extinguiu a ação anulatória, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, entendendo que o Autor era carecedor de ação, por veicular pedido juridicamente impossível.

O referido acórdão restou ementado da seguinte forma, *in verbis*:

> *O Pleno deste Tribunal já pacificou o entendimento que:*
>
> 1. A decisão do Pleno do Tribunal, mesmo em matéria administrativa, onde há exame da legalidade substancial do ato administrativo, não pode, sob qualquer hipótese, ser desconstituída por Juízo da Instância Inferior sob pena de total inversão da ordem hierárquica observada no judiciário brasileiro.
>
> 2. O recurso é meio idôneo para provocar reexame de uma decisão judicial.
>
> 3. Copiando Moacir Amaral Santos: 'Num sistema jurídico que consagra o duplo grau de jurisdição, a impugnação far-se-á por meios de recursos, que consiste no pedido de reexame da causa pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior ou que proferiu a decisão. (fl. 194)

A essa decisão foram opostos embargos de declaração que restaram rejeitados.

Nas razões do especial, alega o Estado que o acórdão recorrido ofendeu os arts. 486, 267, inciso VI, e 108, todos do Código de Processo Civil.

Argumenta, para tanto, que "é do próprio acórdão que se extrai os elementos que firmam o convencimento de que o eixo da ação anulatória em discussão é outro - anulação de decisão (ato) de ordem administrativa - e não natureza civil, como requer o dispositivo referenciado." (fl. 234)

Alega, ainda, que o acórdão recorrido violou o art. 108 do Diploma Processual, "ao dispor que a demanda em tela se trata de uma "ação acessória" de outra "principal" (processo administrativo que ensejou a decisão administrativa atacada através de ação anulatória)..." (fl. 236). E, por fim, afirma que não é possível que uma ação judicial seja acessória de um processo administrativo, na dicção do referido dispositivo legal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Cuida-se de ação anulatória ajuizada pelo Estado do Acre contra decisão administrativa do Pleno do Tribunal de Justiça Estadual que, ao julgar o Recurso Administrativo n. 97.000871-6, reconheceu o direito da servidora de continuar a receber a gratificação de nível universitário, nos termos da Lei Estadual n. 3/1981.

A ação foi julgada procedente. O Tribunal de origem, em sede de apelação, decidiu que a decisão exarada no mencionado recurso administrativo não era impugnável por meio de ação, mas sim de recurso, por entender que o ato administrativo emanado do Tribunal tinha natureza judicial.

Merece reforma o acórdão recorrido.

Ora, de acordo com o regramento constitucional e legal, os atos administrativos emanados dos Tribunais podem ser impugnados judicialmente pela vias da ação constitucional do mandado de segurança ou da ação ordinária.

Aliás, vale ressaltar que, em recente julgado proferido no CC n. 99.545-DF, na Sessão de Julgamento do dia 13.05.2009, a Terceira Seção se manifestou no sentido da possibilidade da utilização das duas modalidades de ações judiciais para impugnar atos administrativos emanados dos Tribunais.

Ressaltou-se que na tutela de interesses contra atos administrativos oriundos de Tribunais, a vedação contida no ordenamento jurídico não se referia ao não cabimento da ação ordinária, mas sim, a teor da Lei n. 8.437/1992, à impossibilidade de deferimento, no juízo de primeiro grau, de medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal.

Sobre o tema, vale lembrar, ainda, o entendimento consolidado da Suprema Corte, inclusive sumulado no enunciado n. 733-STF, que as decisões prolatadas em sede de precatório, por possuírem natureza exclusivamente administrativa, não são passíveis de impugnação por meio de recursos especiais e extraordinários. Eis o teor da referida Súmula, *litteris*:

> Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Destaque-se, ainda, o elucidativo precedente da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, *in verbis*:

> Administrativo e Processual Civil. Execução de sentença precatório. Revisão dos valores. Mandado de segurança. Ato administrativo. Cabimento. Competência. Art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997. Alcance. Respeito à coisa julgada.
>
> 1. Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional" (Súmula n. 311-STJ). Da mesma forma, não tem caráter jurisdicional e sim administrativo "a decisão da Corte em agravo regimental contra despacho do presidente nessa atividade" (STF, RE n. 311.487-SP, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 31.10.2001). Sendo assim, tal decisão (a) não é impugnável por recursos especiais e extraordinários (Súmula n. 733-STF) e (b) pode ser controlada por mandado de segurança.
>
> 2. Compete ao Tribunal de Justiça julgar, originariamente, mandados de segurança contra seus próprios atos (LC n. 35/1979, art. 21, VI). Ademais, "não gera por si só a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer do mandado de segurança com base no art. 102, I, **n**, da Constituição, dirigir-se o pedido contra deliberação administrativa do tribunal de origem, da qual haja participado a maioria ou a totalidade de seus membros" (Súmula n. 623-STF).
>
> 3. A revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor, prevista no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997, tem caráter meramente administrativo, razão pela qual não pode alterar os parâmetros definidos no âmbito jurisdicional pelo juiz natural da causa, que é o juiz da execução.
>
> 4. Recurso especial improvido. (REsp n. 697.225-RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 13.02.2006.)

Nessa esteira, mostra-se evidente que o ato impugnado na presente ação anulatória não possui natureza judicial, mas sim administrativa, pelo que entendo ser aplicável, por analogia, a Súmula n. 733-STF, que impede a interposição dos recursos especiais e extraordinários contra decisões de cunho administrativo emanados dos Tribunais.

Assim, o fundamento do acórdão recorrido de carência de ação não merece prevalecer, pois não se está diante da ação anulatória de ato judicial, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, a despeito da identidade do *nomen juris* utilizado, mas sim anulação de ato administrativo.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento*, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que examine a apelação interposta contra a sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação ordinária de anulação de ato administrativo.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 911.183-SC (2006/0276851-5)

Relator: Ministro Felix Fischer
Relator para acórdão: Ministro Jorge Mussi
Recorrente: João Rodrigues
Advogado: Walter Jose Faiad de Moura
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual Penal. Denúncia. Delitos dos arts. 19, 20 e 21 da Lei de Imprensa. Aditamento. Imputação da prática de racismo. *Mutatio libelli*. Abertura de prazo para a defesa. Fluência sem qualquer manifestação. Negativa de vigência ao art. 384, parágrafo único, do CPP, inocorrente. Nova definição jurídica do delito. Não enquadramento naqueles previstos na Lei de Imprensa. Desnecessidade de cumprimento do disposto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967. Ofensa não patenteada. Defesa devidamente produzida em sede de alegações finais. Nulidade afastada.

1. O aditamento realizado pelo Ministério Público não trouxe nenhum fato novo, limitando-se a dar capitulação jurídica diversa aos acontecimentos em tese criminosos noticiados na denúncia e imputados ao acusado.

2. O Juízo processante, diligentemente, reconsiderou o despacho anteriormente proferido, em que entendeu tratar-se de mera *emendatio libelli* e, considerando a possibilidade de apenação mais grave - *mutatio libelli* - nos termos do parágrafo único do art. 384 do CPP, abriu vista à defesa para, querendo, manifestar-se sobre a nova imputação, tendo esta, contudo, deixado fluir em branco o prazo que lhe foi ofertado.

3. O novo crime capitulado na exordial acusatória não era daqueles previstos na Lei de Imprensa, pelo que não poderia ter sido aplicado o contido no parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/1967.

4. Por ocasião das alegações finais, o causídico constituído rebateu a imputação de cometimento de crime de racismo, requerendo a absolvição do ora recorrente.

5. Não há o que se falar em cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do processo, por ofensa aos arts. 384, parágrafo único, do CPP, e 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967, quando foram obedecidas as normas processuais aplicáveis à hipótese.

Processual Penal. Diligências. Ausência de intimação da defesa. Nulidade relativa. Convalidação pela não arguição no momento processual oportuno. Preclusão. Precedentes deste STJ e do STF. Contrariedade aos arts. 499 do CPP ou 10 da Lei n. 8.038/1990 não verificadas. Dissídio jurisprudencial. Não comprovação.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal, na esteira de decisões da Suprema Corte, firmou o entendimento de que a ausência de intimação para os fins do art. 499 do CPP constitui nulidade relativa, e não absoluta, devendo ser levantada em sede de alegações finais, sob pena de preclusão, oportunidade em que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela parte com a sua supressão.

2. Como admite o recorrente, no momento processual oportuno - por ocasião do oferecimento das derradeiras alegações - nada foi levantado acerca da ausência de intimação da defesa para os fins do art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, que se aplica nas ações penais originárias, nem se indicou qualquer prejuízo ocorrido em razão da aludida supressão que justificasse o acolhimento da aventada mácula procedimental.

3. Não obstante tenha o recorrente obedecido ao que prescreve o art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, não conseguiu demonstrar a divergência interpretativa em relação à aplicabilidade da regra do art. 499 do CPP, na medida em que os arestos indicados na petição recursal constituem precedentes isolados no âmbito desta Corte Superior, não sendo capazes de configurar o dissenso alegado.

Crime de racismo. Pretendida absolvição pela não tipificação da conduta criminosa. Indicação indireta de contrariedade ou negativa de vigência ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. Razões recursais que permitem a exata compreensão da controvérsia. Súmula n. 284-STJ. Inaplicabilidade. Mérito do inconformismo conhecido.

1. Busca o recorrente, com o especial, a absolvição, argumentando, para tanto, que o crime de racismo pelo qual foi condenado não se configurou, por falta de uma das elementares do tipo, qual seja, o dolo.

2. A petição recursal permite a exata compreensão da controvérsia trazida à exame, não sendo caso de incidência do enunciado na Súmula n. 284 deste STJ, pois aponta a não tipificação do delito em que o recorrente foi condenado, podendo-se concluir que, embora indiretamente, levantou a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, expressamente mencionado.

3. Deve o reclamo especial ser conhecido, até porque não pode esta Corte Superior, cunhada com a especial designação de "Tribunal da Cidadania", restringir, ante a considerada atecnicidade do reclamo, a admissibilidade de inconformismo em que se invoca matéria da mais alta relevância - absolvição de delito imprescritível - especialmente quando se infere a plausibilidade jurídica do pleiteado.

Crime do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989. Condenação. Alegada atipicidade da conduta. Matéria fático-probatória. Desnecessidade de incursão. Súmula n. 7-STJ. Não incidência. Tipo penal que exige a presença de dolo específico. Vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar a prática de preconceito ou discriminação racial. Ausência do elemento subjetivo. Absolvição devida. Exegese do art. 386, III, do CPP. Recurso especial provido.

1. Para a verificação da configuração ou não do crime em questão não há necessidade de incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, exigindo-se tão-somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento ou não. Súmula n. 7-STJ que não se aplica na espécie.

2. Na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de idéias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

3. Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante

que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade.

4. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

5. Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, tem-se como imprescindível a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial.

6. O dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado na hipótese, sequer eventualmente, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente em programa televisivo revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca de conflitos que estavam ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas e colonos, e não ao povo indígena em sua integralidade, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal.

7. Ausente o elemento subjetivo do injusto, de ser reconhecida a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei do Racismo, e absolvido o acusado, nos termos do art. 386, III, do CPP.

8. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com fundamento no art. 386, III, do CPP, absolver o recorrente.

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:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrou o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho.

Votou vencido o Sr. Ministro Felix Fischer, que negava provimento ao recurso.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator para acórdão

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto por João Rodrigues, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da *Lex Fundamentalis*, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 19, 20, 21 e 22, todos da Lei n. 5.250/1967 c.c. art. 71 do CP. Posteriormente, foi aditada a exordial acusatória, incluída, na acusação, a prática do crime tipificado no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989.

Recebido o aditamento, em primeiro grau, considerando que a nova imputação poderia implicar a aplicação de pena mais grave, abriu vista à defesa, nos termos do art. 384, parágrafo único, do CPP.

No curso da instrução criminal, *após o referido aditamento*, a c. Segunda Turma do e. Tribunal Regional Federal da 4ª, em sede de *habeas corpus*, declarou extinta a punibilidade do recorrente em relação aos delitos previstos nos artigos 20 a 22 da Lei n. 5.250/1967.

Neste interregno o recorrente veio a ser diplomado prefeito municipal de Pinhalzinho-SC, e, por conseguinte, foram os autos remetidos ao e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Realizado o julgamento, o recorrente restou absolvido da acusação referente ao crime previso na Lei de Imprensa (art. 19 da Lei n. 5.250/1967) e condenado como incurso nas sanções do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Opostos embargos declaratórios pela defesa, estes foram parcialmente acolhidos para, reconhecida a nulidade nele apontada - incompetência do e. Tribunal para julgamento da causa ante a cessação do foro privilegiado àquela altura -, tornar sem efeito a decisão referida. Não obstante, neste mesmo momento foi renovado o julgamento, mantida a decisão anterior.

Impetrado *habeas corpus* perante esta Corte, mais uma vez foi a sessão de julgamento anulada, desta feita pela ausência de intimação da defesa da pauta de julgamento dos embargos, malgrado já possuir o recorrente novamente o foro privilegiado.

Realizado o novo julgamento, o e. Tribunal *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido constante na denúncia para, novamente, mantido o resultado dos julgamentos anteriores, absolver o recorrente do delito capitulado no art. 19 da Lei n. 5.250/1967 e o condenar pela prática da infração penal prevista no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Eis a ementa do objurgado acórdão:

> Penal. Ação penal originária. Direito de opinar. Garantia à não-discriminação e ao não-preconceito. Conflito. Manifestação de pensamento que desvela, em verdade, propósito de menoscabar determinada etnia. Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2°. Discriminação étnica. Imprescritibilidade.
>
> 1. Distingue-se a injúria qualificada (CP, art. 140, § 3°, do CP) do crime de racismo em razão do contexto fático em que perpetrada a conduta. Restringindo-se a ofender, de forma estrita, uma única vítima, resta perfectibilizado o delito previsto na regra geral. Se as expressões discriminatórias, contudo, desvelarem preconceito em relação a determinada raça ou etnia, ainda que dirigidas a uma única pessoa, caracterizado estará o crime da lei especial.
>
> 2. Consistindo o bem jurídico tutelado pela infração penal definida no art. 20, § 2°, da Lei n. 7.716/1989 na "pretensão ao respeito inerente à personalidade

> humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente, como coletivamente" (TEJO, Célia Maria Ramos. Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei n. 7.716 de 05 de janeiro de 1989. 1. ed. Campina Grande: EDUEP, 1998. p. 23), sujeita-se às suas penas o agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e lingüística.
>
> 3. A regra da imprescritibilidade prevista no art. 5°, XLII, da Carta Magna aplica-se ao crime de preconceito étnico perpetrado contra os índios. Exegese extraída de precedente do STF (HC n. 82.424-RS) (fl. 439).

Opostos embargos declaratórios, vieram a ser parcialmente acolhidos apenas para "prestar esclarecimentos quanto ao alegado cerceamento de defesa", em v. acórdão que restou assim sumariado:

> Processo Penal. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Diligências. Falta de intimação. Não-argüição na ocasião própria. Convalescimento.
>
> 1. Não incorre em lacuna, de forma a autorizar o manejo de embargos de declaração, o aresto que deixa de apreciar alegação não aventada pelas partes durante o trâmite do feito, mormente quando a questão tida por omissa não consiste em matéria de ordem pública a ser conhecida *ex officio* pela Corte.
>
> 2. Consoante firme e reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a supressão da fase das diligências é causa de nulidade relativa, dependendo, por conseguinte, da demonstração de prejuízo e de argüição no momento oportuno (alegações finais), sob pena de convalidação (fl. 462).

Daí o presente apelo nobre, no qual se alega que o v. acórdão atacado violou os arts. 384, parágrafo único, e 499 do CPP e o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967. Para tanto sustenta que "no concernente ao aditamento da peça acusatória, que consistiu em verdadeiro *mutatio libelli*, porquanto imputou ao recorrente a prática de crime imprescritível, que não cessa com a retratação e de pena muito mais severa do que o que foi originalmente denunciado, o MM. Juiz *a quo* deixou de aplicar o mandamento do citado art. 45, parágrafo único, importando em inegável prejuízo ao acusado, eis que não pôde arrolar testemunha e nem produzir prova para afastar a acusação de racismo." (fl. 479). Assevera a defesa que, no caso, o art. 384, parágrafo único, do CPP deve ser interpretado conjuntamente com o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967. Assim, seria necessária uma atuação positiva do advogado do réu, e acaso esta não fosse realizada, seria indispensável a decretação de revelia e nomeação de defensor dativo. Não observado este procedimento

entende que restou configurado cerceamento de defesa. De outro lado, sustenta que foi suprimida a fase do art. 499 do CPP, restando ao acusado vedada sua possibilidade de requerer a realização de diligências e de produzir provas. Alega que a nulidade aqui referida seria absoluta não podendo, portanto, ser acobertada pela preclusão. Conclui afirmando que "resta evidente(...) a ocorrência de efetivo prejuízo a defesa à medida que não pôde o acusado produzir nenhuma prova para eximir-se da acusação de racismo, tanto na fase do art. 384, pela inércia da defesa, como na fase do art. 499, pela falta de oportunidade dada pelo juiz." (fl. 486). Busca ainda o recorrente, na irresignação, demonstrar divergência jurisprudencial quanto à nulidade decorrente da inobservância da fase constante no art. 499 do CPP. Por fim, aponta que a crítica feita, "ainda que exacerbada, recaiu sobre os índios porque estes eram os autores da invasão, os protagonistas do desassossego social instaurado na região, aos olhos complacentes das autoridades responsáveis" (fl. 495). E isso, a seu ver, não configuraria o crime em foco. Busca, ao final, seja dado provimento ao recurso e, por conseguinte, decretada a nulidade do processo. Subsidiariamente, pugna seja absolvido da acusação.

Contra-razões às fls. 555-590.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo não conhecimento do recurso especial em parecer que restou assim ementado:

> Recurso especial. Discriminação racial. Artigo 20, § 2°, da Lei n. 7.716/1989. Aditamento da denúncia. *Emendatio libelli*. Réu defende-se dos fatos narrados na denúncia. Ausência de intimação pessoal. Inexistência de cerceamento de defesa. Alegação de nulidade por supressão do requerimento de diligências. Artigo 499 do CPP. Nulidade relativa. Ausência de demonstração de prejuízo efetivo. Preclusão. Dolo configurado. Inexistência de violação aos dispositivos legais invocados. Dissídio jurisprudencial não configurado.
>
> *Parecer pelo não conhecimento do recurso especial* (fl. 600).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O *primeiro ponto* a ser enfrentado no presente recurso refere-se ao tópico V da petição recursal (fls. 494-498). Nele o recorrente, em suma, tece considerações no sentido de que sua conduta não poderia ser considerada típica. Contudo, *não aponta qualquer dispositivo*

infraconstitucional que possa ter sido violado, limitando-se a asseverar a ausência de dolo nas suas declarações. De outro lado, não buscou evidenciar, quanto à ocorrência ou não do crime, a existência de dissídio jurisprudencial em relação a outros julgados. Assim, quanto a este ponto *o apelo não merece ser conhecido*, pois, incide à espécie, a *Súmula n. 284 do Pretório Excelso:* "É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse sentido, *v.g.,* o seguinte precedente desta Corte:

> Tributário. Recurso especial. Conselho profissional de contabilidade. Anuidades. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284-STF. Art. 891 do CPC. Lei n. 6.994/1982. Legislação revogada. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356-STF e 211-STJ.
>
> 1. Inexistiu indicação do dispositivo *infraconstitucional violado, o que atrai a incidência do disposto na Súmula n. 284 do Pretório Excelso, eis que assertivas genéricas são inaptas a infirmar a decisão do Tribunal regional. O recorrente limitou-se a defender sua tese como se fosse mero recurso ordinário, ou seja, ignorando os requisitos de admissibilidade do recurso extremo.* (g.a.)
>
> 2. (...).
>
> 3. Recurso especial não conhecido.
>
> (REsp n. 413.499-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 12.09.2005).

Por outro lado, alega-se no presente recurso que o v. acórdão atacado violou os arts. 384, parágrafo único, e 499 do CPP e o art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967.

Sustenta o recorrente que a denúncia inicialmente formulada tratava de crimes previstos na Lei de Imprensa, devendo, por tal motivo, ser seguido o rito nela inserto, inclusive o disposto no art. 45, parágrafo único, da referida lei. Aditada a denúncia, para nela incluir referência ao crime de racismo, foi concedida vista dos autos à defesa, porquanto o magistrado que a época dirigia o feito entendeu ser aplicável o disposto no parágrafo único do art. 384 do CPP. Não obstante, a defesa quedou-se inerte. Contudo, sustenta o recorrente que neste caso deveria ter sido aplicado o disposto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967:

> Recebida a denúncia, o juiz designará data para a apresentação do réu em juízo e marcará, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, observados os seguintes preceitos.

> Parágrafo único. Se o réu não tiver apresentado defesa prévia, apesar de citado, o juiz o considerará revel e lhe dará defensor dativo, a quem se abrirá o prazo de 5 (cinco) dias para contestar a denúncia ou a queixa.

Sem razão o recorrente.

A orientação firmada pelo e. Tribunal *a quo* no exame da matéria não necessita reparos. Rememorando, foi o recorrente inicialmente denunciado por crimes previstos na Lei de Imprensa. Tão logo foi citado apresentou, além de termo de retratação, a devida defesa prévia (cf consta à fl. 409). Posteriormente houve o aditamento que, *sem aduzir fato novo*, conferiu uma qualificação jurídica diversa aos fatos, distinta das imputações anteriormente formuladas. O Juiz processante, verificando que a nova definição jurídica poderia ensejar a aplicação de pena mais grave ao recorrente, determinou fossem tomadas as providências a que alude o art. 384 do CPP e a defesa uma vez intimada, deixou fluir *in albis* o prazo para manifestação. A inércia do causídico, neste ponto, entretanto, não significa a ocorrência de nulidade. Aqui, vale trazer à colação os fundamentos utilizados pelo e. Tribunal *a quo* para rechaçar a aventada nulidade, *verbis*:

> Aduz o réu a ocorrência de cerceamento de defesa em razão da ausência de sua intimação pessoal acerca da *mutatio libelli*. Todavia, "conforme é sabido e consabido, o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia e não da sua classificação legal" (STJ, 5ª Turma, REsp n. 601.786-PR, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz; DJU 07.06.2004). A capitulação equivocada da infração supostamente perpetrada pelo acusado, assim, é irrelevante, visto que o mesmo defende-se dos acontecimentos delituosos relatados no libelo. Na hipótese, observa-se que o aditamento oferecido pelo *parquet* à exordial acusatória limitou-se, única e exclusivamente, a explicitar o enquadramento dos fatos constantes da denúncia também no ilícito do artigo 20, § 2°, da Lei n. 7.716/1989, sendo completamente descabida, portanto, a alegação do réu de cerceamento de defesa em razão da ausência de sua intimação pessoal acerca da *mutatio libelli*, pois que inexistente a mesma.
>
> Com efeito, a acusação, no caso, não foi modificada, mas tão-somente corrigida a definição jurídica aos fatos, o que poderia ser feito, inclusive, de oficio pelo magistrado no momento da prol ação da sentença, consoante autorização contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, que trata da *emendatio libelli*. Faz-se mister concluir, assim, que "não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP), se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ)" (STJ, 5ª Turma, REsp n. 702.757, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 20.06.2005).
>
> Ademais, despiciendo apresenta-se, pelos mesmos fundamentos, o requerimento do agente ministerial de decretação da revelia do denunciado, com

> a conseqüente designação de defensor dativo para assistir-lhe, sobretudo em razão de o crime de racismo atribuído ao réu ter sido expressamente contestado por sua defesa técnica nas alegações finais apresentadas (fl. 427).

Vê-se que a hipótese tratada nos autos é de aditamento à denúncia. E o Juiz, de forma diligente, verificando tratar-se de crime mais grave, após o seu recebimento, abriu vista à parte para querendo, produzir outras provas. Dessa forma, foi devidamente assegurado ao acusado, ora recorrente, o exercício da ampla defesa.

Observa-se, pois, como já ressaltado, que o aditamento realizado pelo *Parquet* não trouxe nenhum fato novo, restringindo-se, apenas, a dar capitulação diversa aos acontecimentos delituosos narrados na proemial acusatória. Assim, não há que se falar em nulidade quanto a este ponto porquanto: *a)* foi concedida vista dos autos à defesa tão logo recebido o aditamento; *b)* o réu teve a oportunidade de contestar a denúncia a teor do disposto no art. 45 da Lei de Imprensa, no momento apropriado (início do feito); *d)* o disposto no parágrafo único art. 45 da Lei de Imprensa não se aplica à hipótese, porquanto referido dispositivo não trata de situação referente ao aditamento à inicial para incluir na imputação crime que sequer está previsto na referida lei e, *e)* no caso, a alteração da capitulação jurídica, se ocorrida na fase da sentença e não por meio de aditamento, atrairia a aplicação do disposto no art. 383 do CPP (*emendatio libelli*) de modo que sequer seria necessária a intimação da defesa sobre a citada alteração.

No que tange a outra nulidade suscitada - segundo o recorrente nulidade absoluta do feito em razão da supressão da fase do art. 499 do CPP -, mais uma vez não lhe assiste razão.

Segundo entendimento dominante nesta Corte, a supressão da fase do art. 499 *constitui nulidade relativa*, devendo ser argüida em momento oportuno (via de regra nas alegações finais), sob pena de convalidação. Além disso, deve ser comprovada a existência de efetivo prejuízo. *Tudo, portanto, a evidenciar, tratar-se de nulidade relativa*, ao contrário do sustentado pelo recorrente no presente apelo nobre, no qual alega que esta seria absoluta (fl. 485).

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

> *Habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de quadrilha ou bando, contrabando e falsificação de papéis públicos. Alegação de inobservância do art. 59 do Código Penal. Matéria já apreciada e afastada quando do julgamento do HC n. 40.031-SP.

Mera reiteração. Supressão do prazo do art. 499 do CPP. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

1. (...)

2. Não se vislumbra a ocorrência de cerceamento de defesa na espécie, diante da alegação de supressão do prazo constante no art. 499 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o narrado na própria sentença condenatória e confirmado pelo acórdão ora hostilizado, a Defesa do ora Paciente, assim como dos demais acusados, restaram devidamente intimadas para tal fim. Afastar tais afirmações, portanto, ensejaria, necessariamente, no exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na via estreita do *writ***.**

3. *Ademais, mesmo que restasse caracterizada a ocorrência de nulidade, esta seria de natureza relativa, o que reclamaria argüição oportuna, na fase das alegações finais* (art. 500 do CPP), além da comprovação do efetivo prejuízo dela decorrente, o que não ocorreu no presente caso.

4. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegada a ordem.

(HC n. 40.033-SP, 5ª Turma**,** Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 08.05.2006).

*Habeas corpus***.** Crime contra a Previdência Social. Direito Processual Penal. Fase do artigo 499. Intimação pessoal. Inexistência. Nulidade relativa. Recurso de apelação. Defensor dativo. Ausência de intimação pessoal para apresentação de contra-razões. Nulidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se dessume que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada *opportune tempore***,** reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

2. A ausência de intimação pessoal para o requerimento de diligências, previsto no artigo 499 do Código de Processo Penal, constitui-se em nulidade relativa, que reclama para sua declaração a comprovação do efetivo prejuízo resultante à defesa.

3.(...)

4. (...)

5. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 33.298-RS, 6ª Turma, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 06.02.2006).

E, do *Pretório Excelso:*

Habeas corpus. Alegada nulidade por supressão da fase de diligências (art. 499 do Código de Processo Penal). Não alegação da matéria em alegações finais. Preclusão.

> *Sendo relativa a nulidade decorrente da supressão da fase de diligências (art. 499, CPP), a não argüição da matéria em sede de alegações finais tornou-a preclusa.* Precedentes. *Habeas corpus* conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido.
>
> (HC n. 83.098-PB, 2ª Turma**,** Rel. Ministra Ellen Gracie**,** DJ de 27.08.2004).

> *Habeas corpus*. - A jurisprudência desta Corte e no sentido de que *a falta de intimação da defesa para requerer diligencias na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal e causa de nulidade relativa, que só deve ser decretada se for comprovada a existência de prejuízo e desde que alegada oportunamente.* - Não é o *habeas corpus* o meio processual hábil para o reexame do conjunto probatório a fim de verificar se era ele suficiente, ou não, para a condenação imposta. *Habeas corpus* indeferido.
>
> (STF, HC n. 72.907-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22.03.1995).

Do voto-condutor, proferido pelo Exm. Sr. Ministro *Moreira Alves*, no precedente acima citado, extrai-se o seguinte excerto:

> Como demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a falta de intimação da defesa para requerer diligências na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal é causa de nulidade relativa, que só deve se decretada se for comprovada a existência de prejuízo e desde que alegada oportunamente.

Na hipótese dos autos, observa-se que aberta vista às partes para o oferecimento das alegações finais, a defesa não fez qualquer menção a supressão da fase do art. 499 do CPP ou a possível prejuízo causado ao recorrente. Situação, vale frisar, que é reconhecida pelo próprio recorrente.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de recurso especial ajuizado por *João Rodrigues,* com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, julgando procedente em parte ação penal originária contra ele intentada, absolveu-o do delito do art. 19 da Lei n. 5.250/1967 e condenou-o ao cumprimento de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos,

consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta última no valor de 1 salário mínimo por mês de condenação, pela prática do crime do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, em julgado assim ementado:

> Penal. Ação penal originária. Direito de opinar. Garantia à não-discriminação e ao não-preconceito. Manifestação de pensamento que desvela, em verdade, propósito de menoscabar determinada etnia. Lei n. 7.716/1989. Art. 20, § 2º. Discriminação étnica. Imprescritibilidade.
>
> 1. Distingue-se a injúria qualificada (CP. art; 140, § 3º, do CP) do crime de racismo em razão do contexto fático em que perpetrada a conduta. Restringindo-se a ofender, de forma estrita, uma única vítima, resta perfectibilizado o delito previsto na regra geral. Se as expressões discriminatórias, contudo, desvelarem preconceito em relação a determinada raça ou etnia, ainda que dirigidas a uma única pessoa, caracterizado estará o crime da lei especial.
>
> 2. Consistindo o bem jurídico tutelado pela infração penal definida no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, na "pretensão ao respeito inerente à personalidade humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente como coletivamente "(TEJO, Célia Maria Ramos, Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989. 1ª. ed. Campina Grande: EDUEP, 1998, p. 23), sujeita-se às suas penas o agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e linguística.
>
> 3. A regra da imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Carta Magna aplica-se ao crime de preconceito étnico perpetrado contra os índios. Exegese extraída de precedente do STF (HC n. 82.424-RS).

Argumenta negativa de vigência ao previsto nos arts. 384 do CPP e 45 da Lei n. 5.250/1967, na medida em que tendo havido aditamento da peça acusatória, que lhe imputou a prática do crime em que restou ao final condenado - delito imprescritível e que não cessa com a retratação e de pena muito mais severa do que aqueles em que foi originariamente denunciado (arts. 19, 20 e 21 da Lei n. 5.250/1967) -, não obstante tenha o Juízo *a quo* aberto vista para a defesa se manifestar, esta deixou fluir o prazo sem nada argüir, pelo que, entende, deveria ter sido aplicado o previsto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967, que deve ser interpretado em consonância com o ditado no art. 384 do CPP, decretando-se a revelia do réu e nomeando-lhe dativo para manifestar-se sobre a nova imputação.

Assim não agindo a autoridade jurisdicional frente à qual tramitava o feito, alega que houve prejuízo à ampla defesa, ensejador de nulidade absoluta

do processo, vez que o acusado não pôde produzir provas de qualquer tipo para desconstituir a imputação de racismo, salientando que o fato de a defesa ter se manifestado sobre o delito por ocasião das derradeiras alegações não elide a nulidade apontada, "afinal, quando das alegações finais, o processo já sofria de nulidade absoluta" (fl. 481).

Sustenta também ofensa aos arts. 499 do CPP, reproduzido no art. 10 da Lei n. 8.038/1990, visto que a decisão colegiada, ao entender que a ausência de intimação da defesa para requerer diligências constituía nulidade relativa, convalidada pela não argüição no momento oportuno, qual seja, em sede de alegações finais, condicionou o seu reconhecimento à exigência não prevista em lei, salientando, ademais, que o prejuízo sofrido pelo réu em virtude de tal supressão se mostrava incontroverso, ante a impossibilidade de, mais uma vez, produzir provas para afastar a acusação de racismo, dada a ineficiência da defesa que atuava em seu favor naquela oportunidade, que deixou fluir *in albis* o prazo para se manifestar acerca da *mutatio libelli*.

Aventa também a ocorrência de divergência jurisprudencial, citando, para tanto, um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em que se decidiu que a ausência da fase de diligências constitui nulidade insanável, e um aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No mérito, sustenta a não configuração do crime de racismo, descrito no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, asseverando que as expressões lançadas pelo acusado e transcritas na denúncia "foram pinçadas de programas de televisão, em que o recorrente na qualidade de comunicador, tece comentários sobre a avalanche de invasões de terras desencadeadas pelos índios nas regiões de Chapecó - SC e Iraí e Nonoai-RS" (fl. 494), tratando-se de "relato e comentários sobre fatos concretos, comprovados pelas imagens mostradas nos programas, conforme se verifica das fitas anexadas, que refletem o posicionamento do comunicador, em favor dos colonos e na defesa do patrimônio público ameaçado pelas invasões", ressaltando que "a crítica, ainda que exacerbada, recaiu sobre os índios porque estes eram os autores da invasão, os protagonistas do desassossego social instaurado na região, aos olhos complacentes das autoridades responsáveis" e que "diante da gravidade do problema e da inércia das autoridades, o recorrente adotou posição firme ao lado dos colonos, tecendo comentários com empolgação e, até, com certa agressividade contra os invasores. Mas jamais manifestou preconcebida intolerância em relação à etnia indígena" (fl. 495).

Busca demonstrar que "os conceitos emitidos pelo recorrente no curso dos comentários sobre as invasões de terras, perpetradas pelos índios, à margem

da lei, não são arbitrários ou destituídos de razão que os fundamentem, nem encerram intolerância preconcebida em relação à raça indígena. Ao contrário, são frutos de fatos concretos, dos quais não se pode discordar, porque são eles que fundamentam os conceitos apresentados", daí "não configurar a conduta descrita, o crime capitulado no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989" (fl. 496).

Requer, assim, o acolhimento do especial para que seja declarado nulo o processo, pelos vícios apontados, ou, em alternativa, seja reformada a decisão impugnada, absolvendo-se o recorrente.

Contra-arrazoado, o especial findou admitido, tendo os autos ascendido a este Tribunal Superior, onde o Ministério Público Federal manifestou-se pela inexistência de violação aos dispositivos legais invocados e pela não configuração do dissídio jurisprudencial aventado.

Em pauta para julgamento, o Relator originário, Excelentíssimo Senhor Ministro Felix Fischer, votou pelo conhecimento parcial do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, sendo acompanhado pela Excelentíssima Senhora Ministra Laurita Vaz.

Em razão de pedido de vista antecipada, os autos vieram-me conclusos.

Sobreveio petição do recorrente postulando a juntada de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da ação de indenização por danos morais que teve por objeto os fatos apurados neste processo-crime, cuja conclusão entendem reforçar a tese absolutória levantada no presente recurso especial (fls. 657-665, 667-675 e 677-685).

É o relatório.

Inicialmente, no tocante à negativa de vigência aos arts. 384, parágrafo único, do CPP e ao art. 45, parágrafo único, da Lei n. 5.250/1967, acompanha-se o voto do eminente Relator, pois, como apropriadamente colocado: a) o aditamento realizado pelo Ministério Público não trouxe nenhum fato novo, limitando-se a dar capitulação jurídica diversa aos acontecimentos em tese criminosos noticiados na denúncia e imputados ao acusado; b) o Juízo processante, diligentemente, reconsiderou o despacho anteriormente proferido, em que entendeu tratar-se de mera *emendatio libelli* (fl. 63) e, considerando a possibilidade de apenação mais grave - *mutatio libelli* -, nos termos do parágrafo único do art. 384 do CPP, abriu vista à defesa para, querendo, manifestar-se sobre a nova imputação (fl. 87), tendo esta, contudo, deixado fluir em branco o prazo que lhe foi ofertado, como se vê da Certidão de fl. 88; c) o novo crime

capitulado na exordial acusatória não era daqueles previstos na Lei de Imprensa, pelo que não poderia mesmo ter sido aplicado o contido no parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/1967.

De se considerar, por fim, que por ocasião das alegações finais o causídico constituído rebateu a imputação de cometimento de crime de racismo, requerendo a absolvição do ora recorrente (fls. 94-96).

Assim, não há o que se falar em cerceamento de defesa que ensejasse a nulidade do processo, por ofensa aos citados dispositivos legais, vez que foram obedecidas as normas aplicáveis à hipótese, tendo o defensor do acusado, constituído (Procuração a fl. 17), sido devidamente intimado para tanto, tendo, entretanto, deixado correr, sem nada argüir, o prazo que lhe foi conferido para os fins do parágrafo único do art. 384 do CPP.

Acompanha-se igualmente o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator no que pertine à sustentada negativa de vigência ao contido no art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, que se aplica nas ações penais originárias, já que a jurisprudência deste Superior Tribunal, na esteira das decisões da Suprema Corte, firmou o entendimento de que a ausência de intimação para os fins do art. 499 do CPP constitui nulidade relativa, e não absoluta, devendo ser levantada em sede de alegações finais, sob pena de preclusão, oportunidade em que deverá ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela parte com a sua supressão.

A propósito, de nosso Tribunal pode-se citar o seguinte precedente:

> [...]
>
> 2. A ausência de intimação pessoal para o requerimento de diligências, previsto no artigo 499 do Código de Processo Penal, constitui-se em nulidade relativa, que reclama para sua declaração a comprovação do efetivo prejuízo resultante à defesa.
>
> [...] (HC n. 3329-RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 19.04.2005).

Do Supremo Tribunal Federal, colaciona-se, no mesmo sentido:

> *Habeas corpus*. Alegada nulidade por supressão da fase de diligências (art. 499 do Código de Processo Penal). Não alegação da matéria em alegações finais. Preclusão.
>
> Sendo relativa a nulidade decorrente da supressão da fase de diligências (art. 499, CPP), a não argüição da matéria em sede de alegações finais tornou-a

> preclusa. Precedentes. *Habeas corpus* conhecido em parte, e, nessa parte, indeferido (HC n. 83098-PB, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.11.2003).

E, no caso, como inclusive admite o próprio recorrente, no momento processual oportuno - por ocasião do oferecimento das derradeiras alegações -, nada foi levantado acerca da ausência de intimação da defesa para os fins do art. 499 do CPP ou do art. 10 da Lei n. 8.038/1990, que se aplica nas ações penais originárias, nem se indicou qualquer prejuízo ocorrido em razão da aludida supressão que justificasse o acolhimento da aventada mácula procedimental.

Desta forma, não merece provimento o apelo especial também nesse ponto.

No que pertine ao sustentado dissídio jurisprudencial, verifica-se que, não obstante tenha o recorrente obedecido ao que prescreve o art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, não conseguiu demonstrar a divergência interpretativa em relação à aplicabilidade da regra do art. 499 do CPP, na medida em que os arestos indicados na petição recursal constituem precedentes isolados no âmbito desta Corte Superior, não sendo capazes de configurar o dissenso alegado.

Com efeito, e como já consignado, o aresto impugnado encontra amparo na jurisprudência desta Corte, que é pacífica no sentido de que a falta de intimação da defesa para requerer diligências é causa de nulidade relativa do processo, que só deve ser declarada quando comprovada a existência de efetivo prejuízo e desde que alegada oportunamente, sob pena de preclusão.

Quanto ao mérito, ousa-se discordar do eminente Relator, quando aponta a impossibilidade de conhecimento do especial por força do enunciado na Súmula n. 284-STF, que dita o seguinte: "É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Ora, apesar de o recorrente realmente não ter dito expressamente que houve ofensa ou negativa de vigência em relação à exegese do art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, ou mesmo dissídio jurisprudencial quanto ao artigo de lei em tela, busca, com o especial, a absolvição, argumentando, para tanto, que o crime em questão não se configurou, por falta de uma das elementares do tipo, qual seja, o dolo.

Desta forma, entende-se que a petição recursal, tal qual foi redigida, permite sim a exata compreensão da controvérsia trazida à exame, na medida em que aponta a não tipificação do delito em que o recorrente foi condenado, podendo-se concluir que, embora indiretamente, levantou a ofensa ao art. 20,

§ 2º, da Lei n. 7.716/1989 - expressamente mencionado -, devendo o especial, portanto, ser conhecido pelo órgão colegiado, até porque não pode esta Corte Superior, cunhada com a especial designação de "Tribunal da Cidadania", restringir, ante a considerada atecnicidade do reclamo, a admissibilidade de inconformismo em que se invoca matéria da mais alta relevância - absolvição de delito imprescritível - especialmente quando se infere a plausibilidade jurídica do pleiteado, como ocorre no caso em comento.

Vencida essa questão preliminar, passa-se ao exame da sustentada ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei de Racismo, ante a não tipificação do crime em questão, alegação que, diga-se, não demanda a incursão na matéria fático-probatória colacionada aos autos, afastando-se, portanto, a incidência do enunciado na Súmula n. 7-STJ, exigindo tão-somente examinar se a conduta denunciada enquadra-se no tipo penal em comento.

E, para tanto, necessário transcrever os fatos narrados pelo órgão ministerial no aditamento à denúncia ofertado contra o recorrente, dando-o como infrator do art. 20, § 2º, da Lei de Racismo, c.c. art. 71, do Código Penal:

> Conforme depreende-se dos autos, o réu João Rodrigues proferiu, dolosamente mensagens racistas e discriminatórias, praticando, assim, não só os crimes de abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, arts. 19, 20, 21, 22 da Lei n. 5.250/1967, como também crimes de discriminação e preconceito de raça e etnia.
>
> Ressalta-se que o presente aditamento tem por objetivo apenas corrigir a capitulação dos delitos, uma vez que os fatos foram devidamente narrados na peça inicial, em que consta a transcrição das expressões utilizadas pelo réu num programa televisivo que constituem a prática e incitação à discriminação e preconceito, tais como:
>
> > [...] A indiada meio que dificulta o processo lá, né, trabalhar muito pouco, não são chegado ao serviço [...] e a indiada tomou conta [...] eu vou descer de avião dentro do aeroporto de Iraí, e a que se bote, eu vou levar o meu pau, um relho e nós vamos se atracar no laço [...]
> >
> > [...] se num período de 20 dias os índios não desocuparem a área, evidentemente que será solicitada a força policial para que os mesmos saiam de lá na marra. Eu, particularmente, torço para que eles não saiam por enquanto, aí vem a polícia e baixe o cangui, mas desça-lhe o porrete [...], então, eu, por mim, tem que baixar o cangui logo, dá um prazo de 20 e nos 15 vai lá e tira todo mundo de lá, entendeu/ [...].
>
> [...] (fls. 57 e 58).

A denúncia, por seu turno, está assim redigida:

> No período de janeiro a maio de 1999, ambos inclusive, na sede da retransmissora da SBT desta cidade, o denunciado, apresentando o programa denominado SBT Verdade, veiculado por volta do meio dia naquela emissora de televisão, caluniou, difamou e injuriou os índios e as comunidades indígenas desta região (Seara, Nonoai e Iraí), mediante a veiculação das seguintes palavras:
>
> (...) Dia 27 de janeiro de 1999.
>
> > (...) *os índios tomaram conta do aeroporto*, o aeroporto faz parte da área indígena, os aviões não podem pousar, porque *quando pousam a flecha come*, ninguém é louco (...) A *indiada* meio que *dificulta o processo* lá, né, *trabalhar muito pouco, não são chegado ao serviço* (...) e a *indiada* tomou conta (...) eu vou descer de avião dentro do aeroporto de Iraí, e a *indiada* que se bote, *eu vou levar o meu pau, um relho e nós vamos se atracar no laço* (...) (fl. 16 - grifou-se).
>
> Dia 29 de abril de 1999.
>
> > (...) a *indiada* acham que são os donos (...) A proposta deles, olha a cara de trabalhador desse (...) é uma vontade desgraçada (...) eles fizeram a proposta, disseram para o dono da fazenda, pra ficar bom para os dois lados, nós vamos ficar com a metade do gado e o que tiver em cima é nosso, tá, e se contente, senão se contentar nós ficamos com tudo. Veja bem a situação (...). Veja bem a proposta dos *loucos,* né. Resumindo, esses caras estão *malucos,* eles *querem tomar conta, já invadiram a propriedade (...)* querem no futuro já *dá o bote em cima do silo da Ceval* que tem lá, depois eles *vão dá* o bote lá no CTG (...) laçada e flecha (...).
>
> > (...) a reserva do toldo pinhal, se não me falha a memória, em Seara, despejam 50 famílias de agricultores, com casa, com vaca, com boi, com tudo, são despejados, *os índios assumem, vira um capão desgraçado no ato,* não cultivam, e os agricultores, na sua grande maioria, morando embaixo de lona.
>
> > Agora, no Rio Grande do Sul, *invadiram o aeroporto em Iraí,* tem cabimento isso, moram em cima do asfalto, não plantam uma batata porque no asfalto não nasce, do lado não dá pra plantar porque é mato, e não pode ser derrubado, mas os índios estão lá, o aeroporto que poderia ser utilizado por aeronaves não pousa nem mosquito em cima, se pousar eles matam (...).
>
> > (...) daqui a pouco vão ser donos da cidade, se bobear *vão invadir a sua casa, vão te arrancar de dentro* (...), então a *indiada* vai continuar essa sangria desatada (...) (fls. 16-7 - grifou-se).

Dia 04 de maio de 1999.

> (...) é a *indiada (...)* eles tomaram conta daquele pedaço (...) *os índios estavam impedindo que o proprietário da área colhesse a sua lavoura de soja (...) os índios* que estão aí, que invadiram essa área, acabaram impedindo o proprietário de fazer a colheita da sua lavoura (...) outro agrupamento dos invasores, dos índios que invadiram (...) temos índios que estavam colhendo (...) *pegando ainda parte do feijão que havia sido colhido (...) olha de vadio (...) ali é tudo índio que invadiram a fazenda* (...) eles invadiram uma fazenda plantada, no entanto olha aí a dos índios (...) o que vocês estão vendo plantado aí? Nada (...) o mato tomou conta, porque é uma cambada de vadio (...) é muito fácil você tomar uma propriedade de alguém que trabalhou, que conquistou através do suor de seu trabalho e dar para uma *cambada* que não plantou *(...) o índio tem terra, mas não planta, é mais fácil roubar, tomar de alguém que plantou e se dizer dono, depois que colhe abandona toda a fazenda e vão invadir outra (...). (fls. 9-11 - grifou-se).*

Dia 07 de maio de 1999.

> Tô recebendo as últimas informações, *índios invadiram fazendas* em Nonoai, *começaram a matar o gado, tão matando gado lá, tão carneando cabeça de rei,* tão matando*, mataram uma vaca a paulada* ontem à tarde. Amanhã nós vamos trazer imagens onde os índios estavam *roubando, roubando soja* (...) Nós vamos trazer imagens *da indiada roubando (...)* senão aquela *tropa de safados iam roubar* a soja do homem lá (...)' (fls. 17-8 - grifou-se).

No dia 6 de maio de 1999, na sede da transmissora do SBT desta cidade, o denunciado, também apresentando o programa denominado 'SBT Verdade', veiculado por volta do meio dia naquela retransmissora, 'incitou' a prática da infração penal de 'abuso de autoridade' (...), incentivando que fosse atentado, por parte da polícia, contra a incolumidade física dos índios desta região (Seara, Nonoai e Iraí), mediante a veiculação das seguintes palavras:

> (...) se num período de 20 dias os índios não desocuparem a área, evidentemente que será solicitado a força policial para que os mesmos saiam de lá na marra. Eu, particularmente, *torço para que eles não saiam por enquanto, aí vem a polícia e baixe o cangüi, mas desça-lhe o porrete (...) então, eu, por mim, tem que baixar o cangüi logo,* dá um prazo de 20 e nos 15 vai lá e tira todo mundo de lá, entendeu (...) (grifou-se).

(...) (fls. 3-5).

Segundo descreve a inicial acusatória, o recorrente teria, em cinco oportunidades, entre janeiro e maio de 1999, praticado e incitado a discriminação

ou preconceito de raça e etnia, através de meio de comunicação social - ao vivo em programa televisivo do qual era apresentador - circunstância que qualificaria o delito, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei n. 7.716/1989.

O crime em questão possui três núcleos ou ações típicas: praticar, induzir ou incitar.

A prática, segundo a doutrina, "ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa" (SILVA, José Geraldo e outros, Leis Especiais Anotadas, 9ª ed., Millenium: SP, 2007, p. 303).

"Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: 'Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador.' (Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei n. 8.081/1990. RT 714/329)" (SANTOS, Christiano Jorge, *Racismo e injúria - Os limites que diferenciam as duas tipificações,* artigo retirado do site www.consultorjurídico.com.br, datado de 27.03.2004, notas de rodapé n. 5), ou seja, o sujeito age discriminando determinada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de forma preconceituosa.

Incitar ou induzir, por sua vez, como já deliberado por este Superior Tribunal, consiste em "instigar, provocar ou estimular e o elemento subjetivo consubstancia-se em ter o agente vontade consciente e dirigida a estimular a discriminação e o preconceito. Para a configuração do delito sob esse prisma, basta que o agente saiba que pode vir a causá-lo ou assumir o risco de produzi-lo. Há necessidade, portanto, do dolo (seja direto ou eventual)" (REsp n. 157.805, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, j. em 17.08.1999).

Certo que a Constituição Federal vigente, em seu art. 3º, IV, elegeu como um de seus objetivos fundamentais a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", bem como estabeleceu, em seu art. 4º, incisos II e VIII, dentre os princípios do Estado Federativo que regem as suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao terrorismo e ao racismo, de forma a garantir a todos o direito à igualdade, estabelecido em seu art. 5º, daí decorrendo a legitimação para criminalização do racismo, que foi considerado pela Carta Magna "crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

E, "como conseqüência, aos 05 de janeiro de 1989, ou seja, apenas três meses depois, foi promulgada a denominada 'Lei Caó' (Lei n. 7.716/1989), que formalmente erigiu à categoria de crime os 'atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor' (2).

"Em seu texto original, reproduziu boa parte do diploma legislativo anterior, a chamada 'Lei Afonso Arinos' (Lei n. 1.390/1951), prevendo várias condutas típicas assemelhadas, incidindo na mesma sistemática casuística já criticada com razão pelos movimentos de grupos discriminados e pela doutrina especializada (3).

"Alguns aperfeiçoamentos legislativos foram sendo verificados desde então, através das Leis ns. 8.081/1990, 8.882/1994 e 9.459/1997, esta última a mais relevante das três, principalmente por incluir a norma penal incriminadora até hoje prevista no artigo 20, *caput*, qual seja, 'Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena – reclusão, de um a três anos e multa' " (SANTOS, Christiano Jorge, *Racismo e injúria - Os limites que diferenciam as duas tipificações*, já citado).

E, na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de idéias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Mas, para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).

Feito esse registro, para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989, tem-se portanto como imprescindível verificar a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação

racial, sem olvidar ainda a existência do chamado elemento subjetivo especial, que exige seja perscrutado o motivo da eventual conduta discriminatória ou preconceituosa.

Nesse sentido, da doutrina, tem-se:

> Os crimes raciais são exclusivamente dolosos, não tendo sido prevista, em nenhuma hipótese, a modalidade culposa (princípio da excepcionalidade, como expresso no art. 18, parágrafo único, do CP). Assentou-se, pois, que o preconceito e a discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e vontade deliberadas. Destarte, pratica dolosamente um crime racial aquele que, representando intelectualmente os elementos objetivos dos tipos legais de crime previsto na Lei n. 7.716/1989, age livre e conscientemente no sentido de realizá-los.
>
> [...].
>
> À guisa de verificação do dolo, antes deve haver, portanto, a certeza quanto aos elementos objetivos da conduta real ou potencialmente discriminatória. Somente então, há de se proceder ao juízo de tipicidade subjetiva, indagando, em primeiro lugar, se o agente sabia e queria praticar ou coadunar-se com a discriminação racial. Ou seja, se o agente teve a consciência e a vontade de discriminar (ou incitar ou induzir a discriminação) determinada pessoa (ou coletividade), por eleição dos critérios da raça, cor ou etnia. Como visto no tópico 2.4.1, retro, não se pede mais do que uma representação profana destes critérios, por meio da qual o agente sabe que o seu comportamento - baseado que está nas noções vulgares de raça, cor ou etnia - restringe, limita, exclui, dificulta, separa, cria preferências, priva alguém de direitos, ou concorre perigosamente para essa privação.
>
> Finalmente, deve-se registrar que a necessidade de comprovação do motivo de preconceito racial como elemento subjetivo especial dos crimes em apreço não afasta tecnicamente a figura do dolo eventual. Admitem-na, em tese, os crimes raciais. [...].
>
> Elemento subjetivo especial.
>
> O dolo não esgota o juízo de tipicidade subjetiva dos crimes raciais, sem embargo. Há necessidade, ainda, de perscrutar o motivo da conduta discriminatória. Em outras palavras, se o agente foi movido por preconceito. Este, como estado intelectual, pode ser identificado, de maneira geral, como um conjunto de idéias que defendem a superioridade inata de determinado grupo sobre outro(s) - idéias às quais se filia o agente, discreta ou ostensivamente. Como estado de ânimo, porém, é que o preconceito racial começa a modelar o injusto penal, desencadeando a ação discriminatória *in concreto*.
>
> O preconceito responde, assim, pela última condição anímica do agente antes da prática discriminatória. E é justamente essa predisposição para agir que confere pleno significado à conduta material, circunscrevendo o desvalor

> jurídico-penal de ação. Deduz-se, pois, no exame do fato histórico, que a discriminação dificilmente teria ocorrido se inexistisse o preconceito, que lhe serviu de móvel, de inspiração, de estímulo, de impulso. Destarte, o preconceito é o estado de ânimo imediatamente anterior ao comportamento discriminatório, traduzindo-se na motivação que o agente trazia intimamente consigo (ou seja, o antecedente psicológico da ação), contribuindo, pois, para explicar, do ponto de vista causal, o acontecer futuro da discriminação (SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148-151).

Na hipótese dos autos, não se vislumbra tenha o recorrente agido com dolo, direto ou eventual, de praticar ou incitar o preconceito étnico, pois, da simples leitura das condutas narradas na denúncia e aditamento, sem qualquer incursão na matéria probatória colacionada, vê-se que, na qualidade de apresentador (âncora) de programa de televisão, teceu, ao vivo, comentários pessoais, embora realmente inflamados - dos quais se retratou logo no início da ação penal, diga-se - sobre fatos que estavam ocorrendo nas cidades que citou – Seara-SC, Irai-SC e Nonoai-RS -, relacionados a conflitos entre indivíduos pertencentes a determinados grupos indígenas e proprietários de terras da região, e não ao povo indígena em sua coletividade, como entendeu o Tribunal Regional Federal recorrido.

No caso, o dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente, transcritas na denúncia e aditamento, revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca da, no seu entender, séria situação que estava ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas, bem relatadas no acórdão impugnado - "notadamente as Reservas de Toldo Chimbangue, Toldo Pinhal, Xapecó e Condá" (fl. 433) - e colonos daquelas regiões, tentando, ainda, como se percebe da narrativa ministerial, chamar a atenção das autoridades locais para o problema, ou seja apenas expôs seu ponto de vista sobre os conflitos agrários noticiados, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, resta evidenciado que o recorrente se limitou a descrever comportamentos, que considerava graves, de índios de determinadas comunidades, vinculados a invasões de terras nas localidades citadas, e não a discriminar, induzir ou mesmo incitar o preconceito ao povo indígena na sua integralidade, circunstância que afasta o cunho discriminatório necessário à configuração do crime previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/1989.

Aliás, quando do julgamento da apelação interposta da sentença que, pelos mesmos fatos aqui noticiados, em sede de ação civil pública, condenou o recorrente ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais contra a comunidade indígena de região do oeste de Santa Catarina, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua 4ª Turma, deliberando acerca do inconformismo do órgão ministerial, que pretendia a elevação do *quantum* indenizatório fixado, assim assentou:

> Pondero, outrossim, verificado o caso concreto, que *efetivamente ocorreram invasões e ocupações de espaços públicos e privados pela comunidade indígena após a realização de demarcações e medições para posterior delimitação da terra indígena. O clima era de tensão entre a comunidade indígena e agricultores, havendo pouca adesão da comunidade indígena às tentativas de negociação pelas autoridades constituídas, neste clima bastante delicado, e com os ânimos exaltados de ambos os lados, sobreveio o programa televisivo questionado nos autos.* Noticiou os autos a intervenção federal na reserva indígena em face dos atos do Cacique Valdo, cuja administração não contribuía para a paz social. Houve a eleição de novo cacique. Estão são alguns fatos coletados dos vários volumes que compõem o processo, que me convencem de que *a comunidade indígena de alguma forma contribuiu para o surgimento de manifestações hostis a sua permanência na região.* Estas considerações são feitas não para exculpar os responsáveis, mas para melhor dimensionar o ocorrido (fl. 664 - o grifo é nosso).

Desse modo, e considerando que a comunidade indígena em questão, ao menos "durante a liderança do Cacique Valdo, não se conduzia com razoável urbanidade", a Corte de origem houve por bem não agravar a condenação do recorrente, negando, portanto, provimento ao recurso ministerial, pois "se assim o fizesse, o Judiciário estaria sinalizando que atos belicosos, invasões e desrespeito às autoridades constituídas seriam toleráveis. Não são e devem ser reprimidos e combatidos diante da legalidade" (Apelação Cível n. 2001.72.02.003660-6-SC - fl. 664), argumentos com os quais concordamos totalmente.

Diante de todo o exposto, sou pelo conhecimento e improvimento do recurso especial quanto aos itens II e IV - negativa de vigência aos arts. 384 e 45, parágrafo único, do CPP e aos arts. 499 e 10 da Lei n. 8.038/1990, e ocorrência de dissídio jurisprudencial - e pelo seu conhecimento também no tocante ao tópico V da petição recursal, dando-lhe nesse ponto provimento, para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, com fundamento no art. 384, III, do CPP, absolver o recorrente.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Acompanho a divergência, denegando a ordem de *habeas corpus*.

RECONSIDERAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, compreendo as razões do Sr. Ministro Felix Fisher, mas como se trata de um caso bem peculiar em que a matéria está bem exposta no recurso, modifico o meu voto para também conhecer do recurso especial.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, diante dos esclarecimentos, também peço vênia ao Sr. Ministro Felix Fisher e retifico meu voto proferido na assentada do dia 19.02.2008, que conhecia parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negava-lhe provimento, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, agora referendado pelo voto do Sr. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto por *João Rodrigues,* com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido, nos autos de ação penal originária, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Ação Penal n. 2001.04.01.071752-7-SC).

Consta dos autos que o recorrente, *João Rodrigues,* prefeito municipal de Pinhalzinho-SC, foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, sendo substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989.

Sustenta o recorrente, em essência: a) violação ao parágrafo único do art. 45 da Lei n. 5.250/1967 c.c. art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal; b) negativa de vigência do art. 499 do Diploma Processual Penal, com a redação introduzida pelo art. 10 da Lei n. 8.038/1990; c) ocorrência de divergência

jurisprudencial com julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo; e d) no mérito, a não-configuração do crime de discriminação racial, previsto no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, sendo atípica a conduta por ele praticada.

Requer, desse modo, o provimento do recurso para que seja declarada a nulidade do processo, em face dos vícios apontados, ou, alternativamente, seja absolvido da prática de discriminação racial.

Em voto proferido pelo eminente Ministro *Felix Fischer,* relator, foi o recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido, sendo acompanhado pela Min. *Laurita Vaz.* Em seguida, o Min. *Jorge Mussi* pediu vista antecipada. Ao proferir o seu voto-vista, o Min. *Jorge Mussi* acompanhou o ministro relator no tocante à ausência de nulidades e de dissídio jurisprudencial, divergindo, entretanto, quanto ao mérito. Em seu voto-vista, entendeu sua excelência que a conduta praticada pelo recorrente não se amolda ao tipo penal descrito no art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, absolvendo-o, nos termos do art. 384, III, do CPP. Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

É o relatório.

Inicialmente, no tocante às alegadas nulidades, estou inteiramente de acordo com os votos já proferidos.

O Relator, eminente Min. *Felix Fischer,* não examinou a questão sob o enfoque do art. 20 da Lei n. 7.716/1989, porque no tópico "V" da petição (fls. 494-498), não fora apontado o dispositivo infraconstitucional que teria sido violado, incidindo a Súmula n. 284-STJ. Diverso, no entanto, foi o entendimento do eminente Min. *Jorge Mussi.*

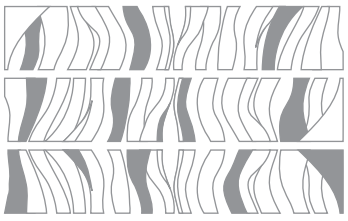
Peço vênia ao eminente Relator para reconhecer que o recorrente suscitou violação ao art. 20, § 2º, da Lei n. 7.716/1989, resultante do acórdão que o condenou, conforme resulta da argumentação desenvolvida às fl. 494 e seguintes, especificamente à fl. 496.

Conheço, no ponto, do recurso especial.

Superado tal óbice, a minha convicção se formou, com a máxima vênia, quanto à questão nodal, no mesmo sentido do voto do eminente Min. *Jorge Mussi,* vale dizer, pela atipicidade da conduta.

Ante o exposto, conheço do recurso especial para dar-lhe provimento.

É o voto.



Jurisprudência da **Sexta Turma**

HABEAS CORPUS N. 85.591-GO (2007/0146290-7)

Relator: Ministro Og Fernandes
Impetrante: Ney Moura Teles e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Pablo Menezes Cruvinel

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio doloso. Pronúncia. Excesso de linguagem. Juízo de certeza da autoria e afastamento peremptório de teses defensivas. Indevida invasão na competência dos jurados. Constrangimento ilegal. Inovações trazidas pela Lei n. 11.689/2008. Restrição à leitura de peças. Prejudicialidade do pedido. Inocorrência. Entrega da pronúncia aos jurados. Possibilidade de indevida influência caracterizada.

1. Configura-se excesso de linguagem quando o Magistrado, ao proferir decisão de pronúncia, avança indevidamente na matéria de competência constitucional do Tribunal do Júri.

2. No caso, o Magistrado afirmou categoricamente a autoria do crime atribuído ao paciente, além de afastar qualquer possibilidade de acolhimento da tese defensiva segundo a qual a morte da vítima decorreria do mau atendimento médico.

3. Embora a Lei n. 11.689/2008 tenha restringido a possibilidade de leitura de peças em Plenário, não há falar em prejudicialidade do pedido, uma vez que o art. 472, parágrafo único, do CPP, prevê que os jurados receberão cópia da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (por exemplo, o acórdão do recurso em sentido estrito).

4. Além disso, o art. 480, § 3º, do CPP, dispõe que os jurados terão acesso aos autos, o que evidencia a possibilidade de indevida influência.

5. Ordem concedida, para anular a decisão de pronúncia, determinando seu desentranhamento dos autos, bem como assegurar que outra seja proferida, em observância aos preceitos legais.

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 Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves. Sustentação oral: Dr. Ney Moura Teles, pela parte Paciente, Pablo Menezes Cruvinel.

Brasília (DF), 21 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 08.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Em benefício de Pablo Menezes Cruvinel, impetrou-se este *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela defesa, nos termos desta ementa (fl. 51):

> Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Excesso de linguagem. Inocorrência. Desclassificação do fato imputado. Impossibilidade.
>
> I - Não há desconformidade na linguagem em que vazada a pronúncia que fixa os limites das teses defensivas para justificadamente desacolhê-las e não ser inepta.
>
> II - Na pronúncia, não se pode ter como prevalente o *in dubio pro reo*, para absolver o acusado, ou, afastando o dolo, desclassificar o fato delituoso para um outro que não seja da competência do Júri. Deve-se é cogitar do *in dubio pro societate*, para pronunciar e remetê-lo ao juízo próprio de julgamento.
>
> III - Recurso improvido.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado – e pronunciado – pela suposta prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal (homicídio simples).

Irresignada com a decisão de pronúncia, a defesa interpôs recurso em sentido estrito que, como visto, não foi provido pelo Tribunal de origem.

Neste *writ*, sustentam os impetrantes, em resumo, excesso de linguagem na decisão de pronúncia.

Aduzem que há expressões capazes de influenciar o ânimo dos jurados, razão por que pedem a anulação e desentranhamento da decisão de pronúncia.

Em 29.06.2007, o então Relator, Ministro Hamilton Carvalhido, *deferiu a liminar*, em decisão de seguinte teor:

> *In casu*, a letra da pronúncia (fls. 18-27) contém afirmações que se contrapõem à tese da defesa, de forma imediata e peremptória, de modo a caracterizar, em princípio, hipótese em que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o excesso de eficácia potencial na decisão dos jurados.
>
> Averbe-se que, na instância ordinária, o Ministério Público veio pelo provimento do recurso (fls. 40-43).
>
> Acolho, pelo exposto, a cautela requerida, para suspender o curso da ação penal a que responde o paciente, até o julgamento do presente *writ*.

Em nome do Ministério Público Federal, o Subprocurador-Geral Brasilino Pereira dos Santos opinou pela concessão da ordem. Eis a ementa do parecer (fl. 64):

> *Habeas corpus*. Processo Penal. Homicídio. Alegação de excesso de eloqüência acusatória da sentença de pronúncia. Ocorrência. Indevida incursão meritória pelo magistrado *a quo*, que usou de excesso de linguagem capaz de influir no corpo de jurados. Constrangimento ilegal caracterizado. Parecer pela concessão da ordem, a fim de que seja proferida nova decisão, dentro dos limites legais.

Atribuído o feito em 04.07.2008, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): É deste teor a decisão ora impugnada (fls. 21-23):

> A materialidade do crime encontra-se comprovada por meio dos Laudos de Exame Cadavérico de fls. 125-130 e o Laudo de reconstituição do delito acostado às fls. 132-136, que retratam a natureza das lesões sofridas pela vítima e possível forma de como se desenvolveram os fatos. Segundo consta, *não padece qualquer dúvida de que a vítima veio a óbito em razão do tiro recebido da arma de fogo*

> *pertencente ao denunciado* quando ambos se encontravam juntos e em discussão, encontrando-se referida arma na posse do mesmo.
>
> *No que se refere à autoria, infere-se inconteste que o denunciado foi o causador do disparo que deu causa à morte da vítima*. (...).
>
> (...)
>
> No tocante à tipicidade, nota-se da prova testemunhal que o denunciado além de ter sido o autor do disparo contra a vítima, ainda agiu de forma obscura ao dirigir-se inicialmente a um hospital mais distante e impróprio (Hospital Jardim América) e, posteriormente ao Hospital Lúcio Rabelo, próximo ao *Hugo*. Noticiam as provas testemunhais que ele categoricamente omitiu naquele local a verdade dos fatos que deram causa à lesão da vítima, dificultando conseqüentemente o atendimento médico adequado.
>
> A denúncia imputa ao denunciado a conduta descrita no art. 121 *caput*, do Código Penal, ou seja, o crime de homicídio simples. A defesa invoca a circunstância de que o tiro foi acidental e a morte da vítima não foi por sua culpa, e sim por uma razão superveniente relativamente independente, ou seja, o inadequado e inexperiente atendimento médico.
>
> Entretanto, extrai-se dos autos, notadamente das provas testemunhais produzidas, e mais especialmente as informações oriundas dos autos de sindicância instaurada no Conselho de Medicina, que não há de forma induvidosa fundamentação lógica ou de razoabilidade na afirmação.
>
> (...) Logo, *não lhe socorre a assertiva de que sua morte se deu por inexperiência ou inadequado socorro médico. Aliás, tal argumento não deve sequer ser mais trazido a lume*, posto que a médica responsável pelo atendimento foi isenta pelo Conselho Médico de qualquer responsabilidade. Aliás, a cópia das peças que integram os autos da sindicância instaurada contra a médica plantonista que atendeu a vítima, acostada aos autos (fls. 357-362), informam com clareza a isenção de qualquer forma de contribuição do hospital ou da médica pela morte da vítima.
>
> Ao mais, *é de manifesto despropósito a causa superveniente relativamente independente invocada pelo denunciado* na busca de isentar-se de qualquer responsabilidade penal pelo evento morte da vítima. Não há qualquer prova nos autos de que tenha ocorrido inexperiência e imperícia médica em relação ao tratamento dispensado à vítima no hospital onde fora atendida. (sem destaques no original)

A partir da leitura do trecho acima transcrito, vê-se que a decisão adentrou indevidamente em matéria de competência constitucional do Tribunal do Júri, pois afirmou categoricamente a autoria do crime atribuído ao paciente, além de afastar qualquer possibilidade de acolhimento da tese defensiva, segundo a qual a morte da vítima decorreria do mau atendimento médico.

Ao se valer de expressões como "não padece qualquer dúvida de que a vítima veio a óbito em razão do tiro recebido da arma de fogo pertencente ao denunciado" ou ainda "é inconteste que o denunciado foi o causador do disparo", o Magistrado findou por exceder à fundamentação esperada para uma decisão de pronúncia.

Enfim, o excesso de linguagem do julgado é evidente porque expressa de forma inequívoca um juízo de condenação e repele, peremptoriamente, as teses sustentadas pela defesa.

De se notar que a mácula já havia sido apontada no parecer emitido pelo Procurador de Justiça, que escreveu o seguinte (fls. 42-43):

> Com efeito, de uma análise acurada da decisão de pronúncia, fls. 530-539, verifica-se que a douta magistrada *a quo*, refutou de forma peremptória algumas teses que serão utilizadas pela defesa, conforme trecho abaixo transcrito:
>
> (...).
>
> Desse modo, ao determinar que o argumento defensivo não mais pode ser sustentado em plenário, dúvidas não restam de que houve de fato julgamento antecipado pela douta julgadora *a quo*, resultando, assim, na usurpação da competência do egrégio Tribunal do Júri.
>
> Saliente-se, ainda, que as assertivas feitas pela julgadora monocrática sobre os fatos ocorridos, demonstram um juízo de valor, o que poderá influenciar os jurados.

Também, no mesmo sentido, foi a manifestação do parecerista neste *habeas corpus*. Vejamos (fl. 67):

> Vê-se (...) que o Magistrado *a quo* ultrapassou os limites da sua atuação legal, na medida em que inseriu na decisão de pronúncia expressões e conclusões capazes, inegavelmente, de influir no ânimo dos Jurados que decidirão a causa. Em síntese, o julgamento sequer ocorreu e o Juiz (bem como o Tribunal de Justiça) deixou claro não existir qualquer dúvida de que o acusado praticou o delito de homicídio, substituindo-se ao verdadeiro Juiz Natural dos crimes dolosos conta a vida, que é o Júri Popular, nos termos do quanto preceituado na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII.

Em casos análogos ao presente, esta Corte vem assim decidindo:

> Processual Penal. *Habeas corpus.* Homicídio qualificado. (...). Pronúncia. Excesso de linguagem. Existência de afirmações positivas e induvidosas sobre a intenção dolosa do agente. Ausência de termos sóbrios e/ou comedidos. Inequívoca

> influência no ânimo dos jurados. Afronta ao princípio do juiz natural. Nulidade insanável. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão de pronúncia.
>
> (...)
>
> 7. Evidenciando-se que a Juíza singular, ao pronunciar o acusado, se valeu de termos afirmativos e induvidosos acerca da intenção do agente, deixando de se pautar pela sobriedade e comedimento, há manifesta influência negativa no ânimo dos Jurados, o que ofende o princípio do juiz natural e, por conseguinte, autoriza sua anulação.
>
> 8. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular o processo desde a decisão de pronúncia, inclusive, determinando-se, ainda, seu desentranhamento dos autos, evitando-se, assim, eventual contato dos Jurados com ela. (HC n. 107.701-GO, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 09.12.2008)

> Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Ordem prejudicada em relação a um dos pacientes porquanto declarada a extinção de sua punibilidade na origem. Pronúncia. Excesso de linguagem configurado.
>
> (...)
>
> II - É nula a decisão de pronúncia que afirma, categoricamente, estar provada a colaboração efetiva da paciente na prática do delito, e, assim, adentra de forma aprofundada no mérito da causa, expressando juízo de condenação incompatível com o *iudicium accusacionis*, de forma a influir na futura decisão dos jurados.
>
> (Precedentes desta Corte e do STF).
>
> Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, concedida. (HC n. 100.180-MG, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 04.08.2008)

Mesmo após as inovações trazidas pela Lei n. 11.689/2008, entendo não haver falar em prejudicialidade do pedido, ainda que se tenha restringido a leitura de peças em Plenário. A propósito, confira-se a atual redação destes dispositivos:

> Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:
>
> (...)
>
> Parágrafo único. *O jurado*, em seguida, *receberá cópias da pronúncia ou*, se for o caso, *das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação* e do relatório do processo.

> Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

> (...).
>
> § 3º. *Os jurados*, nesta fase do procedimento, *terão acesso aos autos* e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.

Tanto num quanto noutro dispositivo, há clara indicação de que os jurados podem ter acesso à decisão inquinada de vício, o que evidencia o perigo de indevida influência.

Nesse sentido, confira-se as lições de Nucci:

> Recebimento de cópias do processo: é uma inovação trazida pela Lei n. 11.689/2008. Parece-nos ter sido alteração positiva. De posse de cópia da decisão de pronúncia (ou de decisões posteriores a essa, como o acórdão proferido pelo tribunal) e do relatório do processo, feito por escrito pelo juiz, os jurados melhor se situarão no cenário do caso a julgar e poderão dirigir perguntas às testemunhas e ao acusado. Aliás, *se os jurados recebem a decisão de pronúncia, é mais um fator para que esta seja proferida em termos sóbrios e comedidos, sem excessos, mas abordando, com a necessária motivação, as teses levantadas pelas partes em suas alegações finais*. Ademais, a acusação em plenário terá por fronteira os limites estabelecidos na pronúncia. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 792).

Veja-se ainda este recente julgado:

> Processo Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Intimação do advogado para oitiva de testemunhas por aviso de recebimento – AR. Validade. *Sentença de pronúncia. Excesso de linguagem. Lei n. 11.689/2008*. Novo art. 478 do CPP. Recurso especial parcialmente provido.
>
> (...)
>
> 2. Muito embora o STF, em recente julgado de 03.02.2009 (HC n. 96.123-SP, Rel. Min. Carlos Brito), tenha expressado entendimento no sentido de que em razão da superveniência da Lei n. 11.689/2008 – que deu nova redação ao art. 478 do CPP, impossibilitando as partes fazerem referências à sentença de pronúncia durante os debates – não mais haveria o interesse de agir das impetrações que alegassem excesso de linguagem, de outro lado, a norma inserta no novo art. 480, § 3º, do CPP permite aos jurados a oportunidade de examinar os autos logo após encerrados os debates, o que, em tese, e ao meu sentir, justificaria tal interesse.
>
> 3. Devem ser desconsiderados da sentença de pronúncia trechos nos quais o magistrado emite opinião quanto à autoria do crime, pois, de alguma forma, pode, em prejuízo à defesa, influir na convicção dos jurados. Entretanto, se a sentença de pronúncia subsiste de maneira independente, admitindo a acusação em face das provas até então produzidas quanto à materialidade e aos indícios

de autoria (antigo art. 408 do Código de Processo Penal), não há por que anulá-la por completo. Precedentes do STJ. (REsp n. 946.289-PE, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 16.03.2009)

À vista do exposto, ratifico a liminar e voto pela concessão da ordem para, *de um lado*, anular a ação penal, a partir da decisão de pronúncia, determinando ainda seu desentranhamento dos autos; *de outro lado*, assegurar que outra seja proferida, em observância aos preceitos legais.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 97.442-PR (2007/0306387-2)

Relator: Ministro Og Fernandes
Impetrante: Antonio Acir Breda e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Roberto Teixeira Duarte (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Julgamento da apelação. Câmara composta majoritariamente por juízes convocados. Violação ao princípio do juiz natural. Inexistência. Convocação que atende o disposto na Lei de Organização Judiciária e se presta apenas a substituição eventual.

1. Não há falar em violação ao princípio do juiz natural nos casos em que, embora o julgamento tenha contado majoritariamente com juízes convocados, o sistema de convocação encontre amparo na legislação.

2. No caso, a convocação encontra previsão na Lei de Organização Judiciária daquele Estado, e se presta exclusivamente a suprir ausências decorrentes de férias, afastamentos ou impedimentos eventuais dos Desembargadores titulares.

3. "Ausente a criação de novas Câmaras compostas exclusiva ou majoritariamente por Magistrados de 1ª Instância convocados, mas

unicamente a convocação para auxiliar Desembargadores específicos e, apenas eventualmente (em casos de férias ou outros afastamentos), substituí-los, não há nulidade a sanar." (HC n. 109.456-DF, Relatora a Desembargadora convocada Jane Silva, sessão de 25.03.2009).

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Nilson Naves, concedendo a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Celso Limongi, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura, denegando-a, por maioria, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 09 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Roberto Teixeira Duarte contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que deu provimento ao apelo ministerial.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela suposta prática do crime previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 66 (sessenta e seis) dias-multa.

Contra essa decisão, ambas as partes apelaram. Apreciando os recursos, o Tribunal de origem houve por bem negar o apelo defensivo e prover o

ministerial, com a consequente majoração da pena a 13 (treze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Foram opostos – e rejeitados – embargos de declaração. Inadmitido na origem, o recurso especial desafiou a interposição de agravo de instrumento (Agravo de Instrumento n. 968.265-PR).

Neste *habeas corpus*, alegam os impetrantes, em síntese, a nulidade do julgamento do recurso de apelação, em razão de a Câmara julgadora ter sido composta majoritariamente por juízes convocados.

Sustentam que, em razão disso, houve ofensa ao princípio constitucional do juiz natural.

Pedem, ao final, sejam anulados os julgamentos "da Apelação n. 300110-7 e dos Embargos de Declaração n. 300110-7/03, proferidos pela 3ª Câmara Criminal do TJ-PR" (fl. 14).

Em 19.12.2007, o então Relator, Ministro Hamilton Carvalhido *deferiu a liminar* "para assegurar ao paciente recorrer em liberdade da sua condenação, até o seu trânsito em julgado".

Foram prestadas informações às fl. 171 e seguintes.

Em manifestação subscrita pelo Subprocurador-Geral Francisco Dias Teixeira, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, nos termos desta ementa (fls. 182):

> Nulidade. Decisão proferida por órgão composto majoritariamente por juiz convocado. Previsão legal da convocação: nulidade inexistente.
>
> 1) Havendo previsão legal para a convocação de Juiz para atuar no Tribunal, é admissível a formação do órgão julgador com predominância de magistrado convocado (jurisprudência do STF).
>
> 2) No estado do Paraná, o Código de Organização e Divisão Judiciárias (Lei n. 14.277, de 30.12.2003), em seu art. 25, inciso IV, §§ 3º a § 6º, disciplina a substituição de desembargador por juiz de 1ª instância, e o faz de maneira razoável, pois adota como pressuposto para a substituição encontrar-se o magistrado substituto na entrância especial, e adota como critério da convocação a alternância antiguidade/merecimento.
>
> Parecer no sentido de que seja denegada a ordem requerida.

Acrescente-se que o agravo de instrumento aqui interposto não foi conhecido, assim como se negou provimento ao regimental que o sucedeu.

Como a liminar somente assegurava a liberdade até o trânsito em julgado – ocorrido em 26.08.2008 –, a defesa protocolizou pedido para que se recolhesse mandado de prisão expedido, o que foi por mim indeferido em 19.12.2008.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Sobre o tema, já me manifestei quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 108.425-SP. Naquela ocasião, escrevi a seguinte ementa:

> Processo Penal. *Habeas corpus*. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lei Complementar Estadual n. 646/1990. Câmara composta por juízes não integrantes do "Quadro de Juízes de Direito Substitutos em Segundo Grau". Sistema de voluntariado. Ofensa ao princípio do juiz natural.
>
> 1. Não obstante a constitucionalidade do sistema de convocação de Juízes de primeiro grau para substituir Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, tal substituição, da maneira como vem sendo operada, não está de acordo com as regras da Lei Complementar n. 646/1990, implicando ofensa ao princípio do juiz natural.
>
> 2. Substituição por juízes de primeiro grau de jurisdição não integrantes do "Quadro de Juízes Substitutos em Segundo Grau". Convocação de Juízes por meio de sistema de voluntariado.
>
> 3. Ordem concedida, para anular o julgamento da apelação criminal, determinando-se o seu julgamento por Câmara constituída de acordo com o disposto na Constituição Federal/1988 e na Lei Complementar Estadual n. 646/1990.

A tese jurídica aqui trazida é a mesma: violação ao princípio do juiz natural, em razão de a Câmara julgadora ter sido composta majoritariamente de juízes convocados. Entretanto, ao que quero crer, a solução, neste caso, há de ser em sentido contrário àquele, ou seja, a ordem há de ser denegada.

Com efeito, a ilegalidade por mim apontada, quando do julgamento do *leading case*, não era a quantidade de juízes convocados a integrar o órgão julgador, ou seja, se eles eram maioria ou minoria. Era, sim, a forma de convocação, tida por violadora ao postulado do juiz natural, uma vez que não encontrava respaldo na Constituição Federal, nem na legislação ordinária. As câmaras foram criadas sem que contassem com Desembargadores titulares, à exceção do Presidente. Os

demais integrantes eram juízes, de diferentes entrâncias, que se candidatam, em regime de voluntariado, para exercer as funções no Tribunal.

No caso presente, a convocação de Magistrados para atuar no Tribunal de origem encontra amparo na *Lei de Organização Judiciária* daquele Estado (*Lei n. 14.277/2003*). Confira-se, a propósito, o que reza referida norma:

> *Art. 25*. A magistratura de primeiro grau de jurisdição é constituída de:
>
> I - Juiz Substituto;
>
> II - Juiz de Direito de entrância inicial;
>
> III - Juiz de Direito de entrância intermediária;
>
> IV - Juiz de Direito de entrância final, titular da vara ou substituto em primeiro e segundo graus.
>
> (...)
>
> § 3º. São Juízes de Direito Substitutos em Segundo Grau os classificados na entrância final, com preenchimento do cargo mediante remoção, observados, alternadamente, os critérios de antigüidade e de merecimento.
>
> § 4º. Os Juízes de Direito Substitutos em Segundo Grau, durante a substituição, terão a mesma competência dos membros do Tribunal de Justiça, exceto em matéria administrativa, ficando vinculados aos feitos em que tenham lançado visto como relator ou revisor, e, ainda, se tiverem solicitado vista ou proferido voto, hipótese em que continuarão o julgamento.
>
> § 5º. Caberá ao Presidente do Tribunal de Justiça a designação dos Juízes de Direito Substituto em Segundo Grau.
>
> § 6º. Em regime de exceção, decorrente do acúmulo de processos, os Juízes de Direito Substituto em Segundo Grau poderão ser designados para auxiliar no Tribunal de Justiça, caso em que atuarão exclusivamente nos processos acumulados, constantes de relação específica.

Posteriormente, foi editada a *Resolução n. 21/2005*, responsável por regulamentar a convocação desses Juízes Substitutos. A razão para a convocação seria, no essencial, a vedação de férias coletivas, trazida no bojo da Emenda à Constituição n. 45/2004. Assim, cada Câmara contaria com o auxílio de dois Juízes, que substituiriam o titular quando em gozo de férias ou em caso de afastamentos.

Diferentemente do que ocorre nos julgados desta Corte em que se reconhece a violação ao princípio do juiz natural, na hipótese em apreço, não houve criação de novas Câmaras. Os Magistrados convocados somente atuaram

em substituição aos Desembargadores titulares, que estavam de férias, afastados ou impedidos eventualmente.

A partir da leitura das papeletas de julgamento dos acórdãos ora impugnados, constata-se que os Juízes convocados Lilian Romero e Roberto de Vicente substituíram, respectivamente, os Desembargadores Noeval de Quadros e Rogério Coelho.

Feitas tais considerações, vê-se que o sistema de convocação se compatibiliza com as exigências previstas na Lei Orgânica da Magistratura – Loman, que, dispõe o seguinte:

> Art. 107 - É vedada a convocação ou designação de Juiz para exercer cargo ou função nos Tribunais, ressalvada a substituição ocasional de seus integrantes.
>
> (...)
>
> Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juízes, em Substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial.

Acresça-se ainda que, em 25.03.2009, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 109.456-DF, denegou a ordem justamente por reconhecer a legitimidade da composição de órgão julgador formado majoritariamente por juízes convocados, desde que respeitadas as exigências legais, tal qual ocorreu no caso presente.

Reproduzo, pois, o que escreveu a Relatora naquela ocasião:

> Inicialmente, cumpre-nos salientar que *a egrégia 3ª Seção* deste Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento realizada em 24 de setembro de 2008, *ao julgar os HC's n. 101.943-SP, 102.744-SP, 103.259-SP e 108.425-SP*, entendeu, à unanimidade, *serem nulos os julgamentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando feitos exclusiva ou majoritariamente por Juízes de 1º Grau convocados*.
>
> Todavia, entendo que a hipótese que ora se examina não se confunde com aquela outra.
>
> Naquela oportunidade, *consolidou-se o entendimento de que a convocação indistinta e voluntária, mediante edital*, de Magistrados de 1ª Instância para compor o Tribunal de 2º Grau violaria uma série de dispositivos constitucionais. Ressalvou-se, naquela ocasião, que a convocação de Magistrados de 1ª Instância para

atuarem com *exclusividade* perante aquele Sodalício (em sistema de substituição de Desembargadores) não conteria qualquer ilegalidade.

Todavia, não é isso o que se vê na presente hipótese.

(...)

... as Turmas da Corte coatora são compostas de apenas 03 Desembargadores (mas não de 05, como sói ocorrer nos Tribunais de Justiça), sendo certo que *a convocação em comento possuiria dupla finalidade*: a principal seria a de *auxiliar o Desembargador* Federal; *e* a acessória seria a de *substituí-lo eventualmente* (em hipóteses de férias, afastamentos etc).

Assentou-se que, após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, responsável pela abolição das férias coletivas, cada Desembargador Federal possui um período de férias por semestre, situação que vinha inviabilizando a realização de julgamentos (...).

Por fim, foi mencionado que a convocação dos Juízes de 1ª Instância, *in casu*, precedeu de ato da Presidência da Corte *a quo*, sendo certo que cada qual foi designado para atuar junto com um Desembargador Federal específico (para auxiliá-lo e, em eventual afastamento, substituí-lo temporariamente).

Resta claro, pois, que a convocação que ora se examina não contém qualquer ilegalidade.

(...)

Vê-se, portanto, que *o Tribunal coator em momento algum criou novas Câmaras* (ao contrário do que foi feito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reputado ilegal pela egrégia 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça), *mas apenas convocou Magistrados auxiliares, os quais, diga-se novamente, apenas substituíam os Desembargadores Federais titulares em eventuais afastamentos* (tais como férias, licenças etc).

O julgamento que ora se questiona, consoante acórdão de fls. 55-68, foi realizado em 1º de abril de 2008.

Nessa oportunidade, consoante certidões de fls. 43 e 44, os Desembargadores Federais Olindo Menezes e Fernando da Costa Tourinho Neto encontravam-se no gozo de suas férias.

Por essa razão, eles foram substituídos, respectivamente, pelos Juízes Federais convocados César Cintra Fonseca e Vânila Cardoso André de Moraes, consoante atos de fls. 41 e 42.

Logo, *entendo não haver qualquer nulidade no julgamento que ora se examina, pois*, repita-se, *não houve criação de Câmaras compostas exclusiva ou majoritariamente por Juízes de 1º Grau convocados, mas tão-somente a substituição esporádica e devidamente justificada de Desembargadores Federais por Magistrados de 1ª Instância*.

(...)

Ante tais fundamentos, denego a ordem impetrada.

Assim, tenho que inexiste a apontada mácula apontada na inicial, razão por que voto pela denegação da ordem.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Entre os três membros da Câmara – órgão julgador da apelação –, dois eram convocados (juízes de primeiro grau, portanto). É a mim o quanto aqui me basta e o quanto a mim me bastou no HC n. 109.456, mas lá fiquei vencido, havendo lá dito eu o seguinte:

> Sucede, entretanto, que não trata a questão suscitada do tema relativo a convocação, mas, sim, do tema referente a julgamento; observem, pois, estas palavras da impetração:
>
> > Assim, cabe salientar que a questão não está na convocação de juízes de primeiro grau para compor as Turmas, mas sim em proferir-se julgamento de recurso quando a maioria do Órgão fracionário é composta por juízes convocados, o que implica julgamento por juízo incompetente, transformando-o ainda em juízo de exceção ante a ausência de previsão constitucional para tanto.
>
> Se não se discute a convocação, efetivamente, se não se discute mesmo tal tema, indaga-se, então, e aí reside a inquietude, se é lícito se julgue em segundo grau, com magistrados de primeiro grau, ou seja, estando o colegiado composto, em sua maioria, por magistrados de primeiro grau. No caso de que estamos cuidando, dos três membros, dois eram juízes convocados, conforme as informações, confiramo-las: '... sob a Presidência do Desembargador Federal Cândido Ribeiro, também Revisor, participaram, como Relator convocado, o Juiz Federal César Cintra Fonseca e, como Vogal (convocada), a Juíza Federal Vânila Cardoso André de Moraes, consoante certidão de fl. 217.'
>
> A mim está parecendo, com a devida vênia da Desembargadora convocada Jane Silva, que ao presente caso se aplica o que estabelecemos para os casos oriundos de São Paulo, para os quais escrevi este pequeno voto (entre outros, o HC n. 110.498, sessão de 07.10.2008)...

Data venia, voto pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Sr. Presidente, não havendo outra solução, considero que esta foi a melhor. *Ad impossibilia nemo tenetur.* Teria que se fazer a convocação.

HABEAS CORPUS N. 108.919-SP (2008/0132750-2)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Rodrigo Mudrovitschi
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Antônio Carlos Piva de Albuquerque

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Falsificação. Quadrilha ou bando. Operação Narciso. (1) Cerceamento de defesa. Requerimentos deferidos na fase da defesa preliminar. Alegação de cumprimento deficiente. (a) Atualização de andamento de procedimentos administrativos fiscais. Providência que pode ser efetivada diretamente pela defesa. Prejuízo. Ausência. (b) Falsidade ideológica. Perícia. Não cabimento. (c) Laudo merceológico. Descaminho. Imprescindibilidade de exame direto. Ilegalidade. Não reconhecimento. (d) Oitiva de testemunha referida. Indeferimento. Fundamentação. Constrangimento. Ausência. (2) Direito de recorrer em liberdade. Pedido incidental. Cautelaridade na constrição. Ausência. Constrangimento ilegal.

1. Somente se reconhece nulidade no indeferimento de diligências na fase do art. 499 do CPP quando o magistrado o faz de modo imotivado.

a) Não eiva o processo o indeferimento de pedido de novo envio de ofício para a atualização de andamento de procedimento

administrativo fiscal. Tal providência, além de poder se efetivada pelo própria defesa, implicaria indevida letargia processual.

b) Como o crime de falsidade ideológica envolve a ilaqueação mediante a modificação do conteúdo abstrato do documento, não há se falar em comprovação da imputação mediante perícia, mas pelo cotejo de outros elementos da realidade.

c) O crime de descaminho não é daqueles que deixam vestígio, configurando-se, antes, como *delictum facti transeuntis* Logo, basta a avaliação indireta dos valores da mercadorias, bem assim, a demonstração da ilusão fiscal para se embasar a persecução criminal.

d) O indeferimento motivado de oitiva de pessoa referida, que seria importante apenas para possivelmente contrastar o depoimento daquela que a mencionou, e, não, pela necessidade de se carrear elementos tendentes a elucidar o *meritum causae*, não implica eiva processual.

2. Tendo a colenda Sexta Turma desta Corte Superior já apontado a ilegalidade de decreto de prisão preventiva, não se apresentando substanciais elementos novos na sentença condenatória, é de se assegurar o direito de recorrer em liberdade ao paciente, preservando-se a autoridade da prévia decisão já prolatada. Não se revela, *per se*, como indutor de cautelaridade penal o advento de condenação a pena elevada. O Estado Democrático de Direito não se coaduna com a presunção de necessidade de prisão processual.

3. Ordem concedida em parte para assegurar o direito de recorrer em liberdade a Antônio Carlos Piva de Albuquerque, estendendo-se os efeitos aos corréus Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo, ratificada da liminar.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, com extensão aos corréus Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Cristian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e

Rodrigo Nardy Figueiredo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 03.08.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de *Antônio Carlos Piva de Albuquerque*, apontando como autoridade coatora a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos de formação de quadrilha, descaminho consumado (art. 334, § 3º, do Código Penal) por seis vezes, descaminho tentado por três vezes, falsidade ideológica por nove vezes, em concurso material e tudo combinado com a Lei n. 9.034/1995. Em síntese, o paciente é acusado, juntamente com mais seis co-réus, de integrar organização criminosa destinada à introdução no país de mercadorias importadas, cujo desembaraço era realizado com a utilização de faturas ideologicamente falsas, no que diz respeito ao preço de aquisição de tais mercadorias, que seriam subfaturados.

Sustenta o impetrante que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente reside no indeferimento, pelo magistrado de primeira instância, de diligências requeridas na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, o qual redundaria no cerceamento do direito de defesa.

Inicia argumentando que, por ocasião do depoimento da testemunha Reinaldo Ferreira de Carvalho, arrolada pela acusação, esta consignou que ficou sabendo do esquema de subfaturamento nas importações por meio do seu superior, de nome Isael Aguiar Mongori. Por esta razão, pugnou a defesa, na referida fase processual, pela oitiva desta pessoa, a fim de que se possibilitasse a contradição das informações trazidas aos autos, tendo em vista o prejuízo que poderia sofrer a defesa, já que o depoimento da referida testemunha de acusação

foi expressamente citado pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, pedido que foi indeferido.

Aduz, também, que na defesa prévia foram requeridas diversas diligências ao juízo da instrução processual, as quais foram prontamente deferidas. Alega, todavia, que estas não foram devidamente cumpridas pelas respectivas autoridades administrativas, razão pela qual, na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, a defesa pugnou pela reiteração dos ofícios às referidas autoridades, pleito que foi indeferido pelo magistrado monocrático, cujos fundamentos reputam-se temerários. Isto porque, ao contrário do afirmado pelo Tribunal Regional Federal da 3º Região, sustenta o impetrante que tais diligências não foram efetivamente cumpridas pelas autoridades administrativas.

Alega, ainda, que a realização de laudos merceológicos correspondentes aos autos de infração e termos de guarda fiscal é obrigatório, sob pena de violar-se o disposto nos artigos 158 e 167, ambos do Código de Processo Penal, já que seria o meio idôneo a comprovar a materialidade do crime de descaminho. Isto porque, todas as mercadorias objeto do ilícito foram apreendidas, razão pela qual não há qualquer óbice à realização do exame de corpo de delito direto.

Eis o teor das diligências requeridas na defesa prévia:

> 1) Expedição de ofício para a 8ª Unidade da Receita Federal, localizada no Aeroporto Internacional de São Paulo, para que informe o andamento atualizado do Processo Administrativo n. 10.814-005.280/2003-82, originado do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0817600/00006/03, cuja cópia se encontra às fls. 409-421 dos presentes autos;
>
> 2) Expedição de ofício para a 8ª Unidade da Receita Federal, localizada no Aeroporto Internacional de Guarulhos, para que informe o andamento atualizado do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0817600/00004/04, cuja cópia se encontra às fls. 805-826 dos presentes autos;
>
> 3) Expedição de ofício para a 9ª Unidade da Receita Federal, localizada no Aeroporto Internacional de Curitiba, para que informe o andamento atualizado do Processo Administrativo n. 17.515000.031/2005-86, originado do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0915200/00005/05, cuja cópia se encontra às fls. 1.233-1.246 dos presentes autos;
>
> 4) Expedição de ofício para a 8ª Unidade da Receita Federal, localizada no Aeroporto Internacional de São Paulo, para que informe o andamento atualizado do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0817600/00008/04, cuja cópia se encontra às fls. 1.629-1.633 dos presentes autos;
>
> 5) Realização de Exame Pericial nos documentos de fls. 1.641 e 1.655-1.668, constantes do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n.

> 08176000/00008/04, uma vez que o Ministério Público Federal considerou que o primeiro documento, apresentado junto com a Declaração de Importação seria ideologicamente falso, e o segundo seria o verdadeiro, correspondente à mesma operação de importação, mesmo tendo os referidos documentos, datas e conteúdos totalmente diferentes. Assim, torna-se imprescindível a verificação técnica da autenticidade ou não indigitado documento;
>
> 6) Realização de Exame Pericial nos documentos de fls. 1.249-1.250 e 1.435-1.440, constantes do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0915200/00005/05, uma vez que o Ministério Público Federal considerou que o primeiro documento, apresentado junto com a Declaração de Importação seria ideologicamente falso, e o segundo seria o verdadeiro, correspondente à mesma operação de importação, mesmo tendo os referidos documentos, datas e conteúdos totalmente diferentes. Desta forma, tal como no item anterior, a prova técnica mostrará se o documento é falso ou verdadeiro;
>
> 7) Expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal do Aeroporto Internacional de São Paulo, para que informe através de quais meios e quais *sites* da Internet apurou os preços tidos como sendo os praticados na venda a varejo dos produtos da marca 'Chanel', constantes do Termo de Retenção e Início de Fiscalização n. 12/2004 (fl. 1.672), tendo em vista as oscilações entre valores de atacado e varejo, preços de alta e baixa estação e demais fatores que podem influenciar diretamente no preço final repassado ao consumidor.
>
> 8) Expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal do Aeroporto Internacional de São Paulo, para que informe através de quais meios e quais *sites* da Internet apurou os preços tidos como sendo os praticados na venda a varejo dos produtos da marca 'Gucci', 'Fendi' e 'Ferragamo', constantes do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 08.17.600/00006/03 (fls. 412-413), tendo em vista as oscilações entre valores de atacado e varejo, preços de alta e baixa estação e demais fatores que podem influenciar diretamente no preço final repassado ao consumidor. (fls. 3-4.)

Ao manifestar-se sobre as diligências requeridas pela defesa do paciente na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, o magistrado de primeira instância assentou:

> a) Observo, por primeiro, que, diferentemente do alegado, os pedidos formulados na Defesa Prévia de Antonio Carlos Piva de Albuquerque e Eliana Tranchesi, itens 1/8 foram integralmente deferidos por este Juízo, conforme ofícios expedidos às fls. 3.489-3.491;
>
> Quanto às respostas dos itens 1, 2, 4 e 7, as mesmas encontram-se respondidas às fls. 3.759-3.825.
>
> Reiterem-se os ofícios n. 964/2006 II e 695/2006 II, respectivamente, ao Inspetor da Alfândega do Aeroporto Internacional de Curitiba - PR e ao Nucrim/

SR/DPF/SP, com o fim de informar a este Juízo acerca do teor dos mesmos, no prazo improrrogável de 05 (cinco) dias;

b) No que pertine à oitiva do Sr. Israel Aguiar Mongori, consoante pugnado pela defesa, observa este Juízo que, nesta fase processual, quando já ultrapassada a fase de inquirição de testemunhas, não se afigura possível - e este Juízo também não entende necessária - a reabertura da instrução, retrocedendo-se à fase processual já esgotada. Outrossim, a defesa do acusado *Antonio Carlos Piva de Albuquerque* teve toda a oportunidade, durante todo o *iter* procedimental, de arrolar suas testemunhas, tendo sido deferidas todas as oitivas por este Juízo no momento processual adequado;

c) No concernente ao pedido para que seja refeito o Laudo Merceológico n. 3.337/2006 (fl. 3.961), através de avaliação direta e não indireta, das mercadorias apreendidas, proceda o Setor Criminal a cópia do Laudo n. 3.367/2006 (fls. 3.961-3.963), encaminhando-se ao Nucrim para que responda ao requerido no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias.

Outrossim, esclareça-se que o laudo merceológico não se consubstancia em elemento probatório essencial para a materialidade delitiva do delito de descaminho, imputado ao acusado.

d) Quanto ao pedido de realização de Laudos Merceológicos correspondentes aos autos de infração e Termos de Guarda Fiscal delineados em seu pleito de fl. 7.448, observa este Juízo à Defesa que as mercadorias apreendidas pela Alfândega, no caso da imputação de descaminho tentado, já foram periciadas e, quanto à imputação de descaminho consumado, não há que se falar em laudo merceológico eis que, à época, as mercadorias, submetidas à fiscalização aduaneira, seguiram seu curso para respectivo estoque e revenda ao consumidor. (fls. 141-142.)

A denegação do anterior *writ* impetrado pela defesa do paciente, por maioria de votos, recebeu a seguinte fundamentação no voto vencedor:

I - Do indeferimento da oitiva de Isael Aguiar Mongori

(...)

Da análise dos elementos constantes dos autos, complementados pelas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 191-199, extraio que, após a anulação dos depoimentos testemunhais anteriormente prestados perante o MM. Juízo, a testemunha Reinaldo foi novamente ouvida em 28 de junho de 2006, oportunidade na qual a defesa teve meios de obter melhores esclarecimentos em torno dos fatos. Se ela (testemunha) mencionou Isael como quem teria lhe informado do subfaturamento, não se deve olvidar que a testemunha é alertada do compromisso com a verdade e advertida das penas cominadas ao falso testemunho antes de ser ouvida.

Ainda poderia se argumentar que a audiência possibilitaria a Isael, através de reperguntas da defesa, afirmar que não teria feito qualquer comentário em torno do subfaturamento, porém, de qualquer modo, não restaria desconstituída a declaração de que a testemunha Reinaldo tinha conhecimento do subfaturamento, pois, conforme também deixou claro em seu depoimento, ficou sabendo por comentários do dia do trabalho, conforme trecho destacado pela defesa na impetração.

Por outro lado, entendo não haver desrespeito ao princípio da ampla defesa, em face da não oitiva de Isael, posto que o referido testemunho não aponta fato benéfico para a defesa. Ao inverso, a testemunha Reinaldo disse que teve conhecimento do subfaturamento nas importações através de seu superior Isael e a afirmação só interessa à acusação, uma vez que diz respeito a ponto nuclear da prova acusatória, considerando-se os tipos penais classificados na denúncia.

Não houve contraponto com o afirmado pela testemunha Reinaldo, pois deflui de seu próprio depoimento que ambos (Reinaldo e Isael) tiveram conhecimento do subfaturamento.

Assim, não pode ser considerado cerceamento de defesa o indeferimento de prova que importaria na demonstração de fato cujo interesse é da acusação, e, se ao contrário fosse, caberia à defesa do Paciente, desde o início da ação penal, cuidar para que arroladas fossem testemunhas cujos depoimentos, ao ver da defesa, tivessem o condão de desconstituir a acusação.

(...)

A decretação de nulidade do ato processual exige demonstração inequívoca de prejuízo por parte de quem a invoca, de modo que mister se repute pelo julgador por desnecessária repetição de ato no qual a prova produzida não interfira na situação fática da parte, sob pena de tornar-se ato meramente procrastinatório.

(...)

II - Da necessidade de nova requisição das informações constantes na defesa prévia apresentada pelo Paciente - violação ao art. 499, do Código de Processo Penal, em face do não atendimento do pedido por parte do MM. Juízo coator -

De pronto, repilo a assertiva explanada pela defesa.

A alegação está calcada no fato de que as diligências requeridas por ela em fase de defesa prévia e atendidas, eis que integralmente deferidas pelo MM. Juízo, todas elas arroladas no item 17 da impetração, com expedição de ofícios à Receita Federal e realização de Exame Pericial *deveriam ser refeitas*, dado o transcurso de tempo considerável entre o ofício de resposta enviado pelo inspetor da Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, datado de 31 de julho de 2006 e o momento processual atual, sendo inquestionável a necessidade de renovação dos pedidos administrativos formulados. Sustenta que o MM. Juízo limitou-se a apenas afirmar, de forma incorreta, que referidos pedidos já teriam sido atendidos.

> A esse respeito, verifico que os pedidos foram atendidos, o que restou certificado por contato telefônico com o MM. Juízo processante, estando os documentos acostados àqueles autos.
>
> Não vislumbro prejuízo à defesa, eis que os pedidos administrativos não foram objeto de indeferimento, tendo sido realizados os procedimentos. A renovação daqueles atos acarretaria morosidade demasiada e desnecessária para o término da instrução processual, a mesma morosidade que embasou o próprio pedido de renovação dos atos que, segundo a defesa, estariam desatualizados pelo transcurso do tempo.
>
> (...)
>
> III - Da necessidade de elaboração de laudos merceológicos em relação aos autos de infração que indica na impetração, cujas mercadorias não haviam sido objeto de perícia, bem como da realização de exame de corpo de delito direto nas mercadorias requeridas na fase do art. 499, do Código de Processo Penal
>
> O indeferimento de realização daqueles específicos laudos merceológicos sobreveio ao fundamento de que 'quanto à imputação de descaminho consumado, não há que se falar em laudo merceológico, eis que, à época, as mercadorias, submetidas à fiscalização aduaneira, seguiram seu curso para respectivo estoque e revenda ao consumidor'.
>
> (...)
>
> Aduz a defesa que aquele Laudo Merceológico seria a prova da materialidade delitiva, razão pela qual indispensável a sua feitura.
>
> Porém, em sede de *habeas corpus*, não há como ser acolhida a pretensão. Há nos autos Laudos que foram juntados e outros elementos nos quais não pode esta colenda Turma nessa sede imergir, sob pena de desvirtuamento da ação constitucional. (fls. 307-312).

Esclarece-se que foi promovida nova oitiva das testemunhas de acusação em razão de uma incerteza acerca de quais seriam os defensores do paciente. Confira-se o teor das informações prestadas pelo Juiz de primeiro grau:

> Em decisão proferida às fls. 2.948-2.950, foi determinada a intimação do acusado Antonio Carlos Piva de Albuquerque para esclarecer quem são seus patronos. Ainda na mesma decisão, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, foi determinada a reinquirição das testemunhas de acusação. (fl. 224).

Registre-se, ainda, que o aresto guerreado foi alcançado por maioria, constando do voto-vencido:

> Acompanhei o e. Relator, pelos fundamentos aduzidos em seu voto, na denengação da ordem, quanto aos pedidos de nova requisição de informações à

Receita Federal, da elaboração de laudos merceológicos e da realização de exame de corpo de delito direto nas mercadorias.

No entanto, ousei divergir da Douta maioria, apenas quanto ao pedido de oitiva da testemunha. Com a devida vênia, ousei divergir do e. Relator apenas no tocante ao indeferimento da oitiva da testemunha.

Como se verifica dos autos, a Defesa do paciente foi intimada para os fins do artigo 499 do Código de Processo Penal e, entre outros requerimentos, formulou pedido de oitiva de testemunha, nos seguintes termos (fls. 107-108):

14. - Do depoimento da testemunha de acusação Reinaldo Ferreira de Carvalho (fl. 3.580) pode-se retirar o seguinte trecho relevante:

> Que teve conhecimento de subfaturamento nas importações através de seu superior de nome Isael Aguiar Mongori. Que ficou sabendo por comentários do dia a dia do trabalho.

15. - Conforme visto, a informação essencial constante do depoimento da referida testemunha de acusação lhe foi supostamente transmitida pelo Sr. Isael Aguiar Mongori que, contudo, não foi convocado a depor nem como testemunha de defesa, nem como testemunha de acusação.

16. - Todavia, torna-se imprescindível a sua oitiva para confirmar o quanto alegado pela testemunha Reinaldo Ferreira de Carvalho, uma vez que foi supostamente dele que partiu a grave informação de que a Daslu exerceria a prática de subfaturamento.

17. - Diante disso, o Réu requer seja deferido o pedido de oitiva do Sr. Isael Aguiar Mongori como testemunha, a fim de corroborar ou rechaçar as acusações acima indicadas feitas pela testemunha de acusação.

O requerimento foi indeferido pelo MM. Juízo *a quo*, sob os seguintes fundamentos (fl. 113):

b) No que pertine à oitiva do Sr. Israel Aguiar Mongori, consoante pugnado pela defesa, observa este Juízo que, nesta fase processual, quando já ultrapassada a fase de inquirição de testemunhas, não se afigura possível - e este Juízo também não entende necessária - a reabertura da instrução, retrocedendo-se à fase processual já esgotada. Outrossim, a defesa do acusado *Antonio Carlos Piva de Albuquerque* teve toda a oportunidade, durtanto todo o *iter* procedimental, de arrolar suas testemunhas, tendo sido deferida todas as oitivas por este Juízo no momento processual adequado.

Com a devida vênia, a Defesa não requereu a oitiva de testemunha arrolada a destempo, mas sim de pessoa que foi referida em depoimento de outra testemunha. Assim, entendo absolutamente equivocada a fundamentação do Juízo impetrado, no sentido de que é impossível a oitiva de testemunha requerida na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal.

Com efeito, o artigo 499 do Código de Processo Penal cuida da fase processual em que as partes podem requerer "cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução" o que é exatamente o que ocorreu no caso dos autos.

Observo que a testemunha de acusação Reinaldo Ferreira de Carvalho, que trabalhou na empresa do paciente como subgerente de loja, informou, em Juízo, ter tomado conhecimento acerca do subfaturamento nas importações efetuadas pela empresa investigada por meio de seu superior hierárquico, o Sr. Isael Aguiar Mongori (cfr. fl. 119).

E o paciente está sendo acusado da prática dos crimes tipificados nos artigos 288, 334, § 3° e 299, todos do Código Penal, atribuindo expressamente ao réu a prática de tais crimes mediante subfaturamento (fl. 22):

Incumbia, assim, a *Antonio Carlos* e *Eliana Tranchesi*, juntamente com os demais denunciados (representantes das *tradings*) definir o percentual de subfaturamento que seria adotado nas importações realizadas em prola da Boutique Daslu...

Assim, no decorrer da instrução criminal, uma testemunha de acusação fez referência a uma terceira pessoa que, a princípio, teria conhecimento do próprio subfaturamento dos preços das mercadorias importadas, em outras palavras, da tipificação da infração supostamente praticada pelos responsáveis das empresas investigadas.

A declaração da testemunha é portanto pertinente e relevante, já que ligada diretamente aos fatos delituosos (subfaturamento) e indica como fonte de informação uma terceira pessoa, que não havia sido arrolada como testemunha, quer pela acusação, quer pela defesa.

Com a devida vênia, em sendo relevante e pertinente a oitiva da testemunha referida, não cabe ao Julgador prever ou fazer conjecturas sobre o que a testemunha referida poderia alegar em Juízo, se essas alegações seriam favoráveis ou não para a defesa do paciente.

Assim, entendo que o indeferimento da oitiva da testemunha referida, oportunamente requerido pela Defesa na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, configura cerceamento de defesa, sanável pela via do *habeas corpus*.

(...)

Por estas razões, pelo meu voto concedo em parte a ordem, apenas para determinar a oitiva da testemunha referida.

Pretende, liminarmente, a suspensão da Ação Penal n. 2005.61.19.008613-0, em trâmite perante a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarulhos-

SP, até o julgamento do mérito do *writ*, no qual requer seja determinada a realização de todas as diligências requeridas pela defesa do paciente na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, anulando-se todos os atos processuais praticados a partir das alegações finais.

A liminar foi indeferida por meio da decisão de fls. 375-380.

As informações foram apresentadas às fls. 391-401.

O Ministério Público Federal apresentou parecer de fls. 403-408, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, opinando pela denegação da ordem.

No despacho de fl. 410 deferi o pedido de intimação da sessão de julgamento deste *writ*.

O eminente Ministro Og Fernandes por meio do despacho de fl. 415, diante da petição de fls. 420-426, em período de afastamento justificado desta relatora, solicitou cópia da sentença condenatória do paciente, na qual foi determinada a sua prisão.

Atendido o despacho, o nobre Ministro Og Fernandes deferiu liminar, fls. 428-441, para revogar a prisão decretada em desfavor do paciente, estendendo seus efeitos aos corréus Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo.

A pedido do Ministério Público Federal, esclareci, fl. 451, o motivo pelo qual foram os autos encaminhados ao preclaro Ministro Og Fernandes durante o meu justificado afastamento do país, nos termos do art. 52, I, do RISTJ.

O *Parquet* Federal apresentou parecer complementar às fls. 456-463, *requerendo* a revogação da decisão proferida pelo eminente Ministro Og Fernandes, determinando-se a segregação cautelar do paciente e corréus.

Solicitei novas informações por meio de despacho de fl. 474, o que foi atendido às fls. 477-479.

Por meio da petição de fls. 481-495, ressaltou-se inexistir supressão da instância, bem assim pugnou pela confirmação do provimento que determinou a soltura do paciente.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O objeto da impetração, inicialmente, envolvia a alegação de que teria havido violação da ampla defesa, porquanto, na fase do art. 499 do CPP, teria o magistrado de primeiro grau indeferido, injustamente, a realização de diligências tidas pela defesa como indispensáveis para o deslinde do feito.

Quando já se encontrava em termos para julgamento o *writ*, compareceu novamente o impetrante buscando a revogação da prisão processual decorrente da superveniente sentença condenatória. Alargou-se, portanto, o universo de cognição do *habeas corpus*, transmudado, então, de preventivo em liberatório.

Inicia-se pela análise do objeto inicial da impetração.

I - Do cerceamento de defesa

É importante precisar, como admitido na própria impetração, que os requerimentos deduzidos na defesa prévia foram integralmente acolhidos pelo magistrado de primeiro grau. Afirmou-se que o constrangimento decorreu do modo pelo qual se executou a ordem judicial, que não teria sido escorreito.

No tocante ao pedido de atualização das informações sobre os procedimentos fiscais concernentes à autuações fiscais, não vejo aí prejuízo à Defesa. A providência poderia, penso, muito bem ter sido efetivada diretamente pelos defensores do paciente. Ou seja, poderiam eles comparecer perante a autoridade fiscal, colhendo a informação e a carreando aos autos. Até mesmo porque, como se depreende de fls. 3.759-3.762, a Alfândega cuidou de apresentar os dados solicitados. Assim, a reedição do pleito já atendido implicaria daninha letargia processual.

Passa-se, então, ao exame do pleito de realização de perícia para se comprovar a existência de falsidade documental. Ora, como salientado na impetração, apontou o *Parquet* a existência de *falsidade ideológica* de certos documentos. Penso não colher a irresignação no particular, porquanto os instrumentos ideologicamente falsos são insuscetíveis de perícia, pois, numa perspectiva material são regulares, sendo que a mendacidade se encontraria no plano do conteúdo, cuja perfídia é apurada pelo simples confronto com os dados da realidade e, não, por meio de sondagem técnica.

Lembre-se, a propósito, a lição de *Magalhães Noronha*:

> Na falsidade ideológica, nada disso se passa. O documento é perfeito, em seus requisitos extrínsecos, em sua materialidade, forma, etc., porém falso é o fato que constitui seu teor, falso é que ele diz ou encerra. A falsidade material prova-se pelo confronto feito com o documento verdadeiro, com o exame pericial; a ideológica, por outro gênero de provas que estabeleçam a verdade e concomitantemente a mentira que aquele contém. (*Direito penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 168).

No que concerne à necessidade de realização de laudos merceológicos, é importante pontuar que se está a tratar de delito que não deixa vestígios. Para bem se apreciar a questão, remete-se ao ensinamento de *Tourinho Filho*:

> Que se entende por corpo de delito? Diz João Mendes Jr.: é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso (*Processo penal brasileiro*, v. 2, p. 7). Conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime, citando Farinácio.
>
> Há infrações que deixam vestígio - *delicta facti permanentis* - e outras que não os deixam - *delicta facti transeuntis*. Assim, por exemplo, um crime de lesão corporal deixa vestígios. Homicídio, sedução etc. entram no rol dos *delicta facti permanentis*. Outras, como a injúria, calúnia, difamação, cometidas verbalmente, não deixam vestígios: são os *delicta transeuntis*. Quando a infração deixa vestígio, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável. (*Processo penal*. 23. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3, p. 242-243).

Assim, não tendo o delito de descaminho desencadeado alteração sensível sobre os bens objeto da ilusão fiscal, não há falar em exame de corpo de delito. Basta, assim, para a devida instrução criminal, tal qual no crime de furto, a avaliação das mercadorias, que pode bem ser colhida das respectivas autuações fiscais.

Sublinhe-se, por oportuno, que foi, sim, promovido exame merceológico (mediante avaliação indireta), relativamente ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal n. 0817600/00006/03, constando de fls. 7.953-7.968 do Apenso I.

Em relação ao pleito de esclarecimento acerca dos critérios utilizados para o estabelecimento dos valores das mercadorias apreendidas, verifica-se que, contrariamente ao alegado, tal se encontra demonstrado pela Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, fls. 3.761-3.825 e 7.914 e ss. do Apenso I.

Deve-se, agora, considerar a alegação de cerceamento de defesa que teria defluído do indeferimento da oitiva de Isael Aguiar Mongori, pessoa referida no depoimento de Reinaldo Ferreira de Carvalho.

No meu sentir, foi acertado o entendimento do Tribunal *a quo* de não reconhecer a existência de nulidade na decisão que indeferiu a colheita das declarações da pessoa referida. Tenha-se presente que Reinando não presenciou os fatos espelhados na denúncia, mas apenas comentou o que ouvira no ambiente de trabalho. Ressaltou, inclusive, que nada sabia diretamente sobre o *meritum causae*. Ir além, perquirindo sobre o suposto prejuízo que exsurgiria da negativa da colheita do pretendido depoimento acarretaria, penso, indevido mergulho no seio da prova - providência que estravasa nos limites de cognição do *writ*. A jurisprudência é pacífica neste sentido:

> *Habeas corpus*. Processual Penal. Latrocínio. Art. 499, do Código de Processo Penal. Pedido de exumação de cadáver e de acareação. Negativa. Decisão fundamentada. Cerceamento de defesa. Inexistência. Conveniência e necessidade das diligências. Exame inviável na via estreita do *writ*. Contraditório observado. Ordem denegada.
>
> (...)
>
> 3. As diligências, previstas na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, incluem-se na esfera de discricionariedade mitigada do juiz natural do processo, que poderá indeferi-las, em decisão fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias à instrução criminal, como na hipótese.
>
> 4. A via estreita do *habeas corpus* não é meio adequado para verificar a conveniência ou necessidade de produção de provas requeridas na fase do art. 499, do Código de Processo Penal, uma vez que, para a avaliação desse juízo discricionário do julgador, seria necessário a análise profunda dos elementos fático-probatórios contidos nos autos da ação penal. Precedentes desta Corte.
>
> (...)
>
> 6. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça reconhecer que as provas inadmitidas pelo Juízo demonstrariam a inocência do Paciente, seja pela supressão de instância, por não ter sido a questão suscitada nas instâncias ordinárias, ou pela necessidade de exame da matéria fática, exterior aos autos, o que é incabível na via estreita do *habeas corpus*.
>
> 7. Ordem parcialmente conhecida e denegada.
>
> (HC n. 71.164-PI, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, julgado em 21.02.2008, DJe 09.06.2008)

> Criminal. HC. Roubo duplamente qualificado. Nulidade do processo. (...) análise do conjunto probatório. Impropriedade da via eleita. Cerceamento de defesa. Indeferimento de diligências. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

(...)

Maior exame acerca da alegada ilicitude das provas produzidas no processo não pode ser feito em sede de *habeas corpus* face à inafastável necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

Não há que se falar em cerceamento de defesa se após a constituição de advogado particular pelo réu, em substituição ao defensor dativo, a defesa não utilizou a restituição de prazo deferida pelo Juízo para o oferecimento de nova defesa prévia, deixando de arrolar as testemunhas no momento processual oportuno, somente vindo a fazê-lo na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

A própria defesa poderia providenciar as fotos do local dos fatos e juntá-las aos autos a fim de demonstrar a suposta deficiência de iluminação, não sendo imprescindível à elucidação do crime o envio de ofício à companhia elétrica local.

Ordem denegada.

(HC n. 51.897-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 20.06.2006, DJ 1º.08.2006 p. 480)

Por outro lado, é assente nesta colenda Corte Superior que é legítimo o indeferimento de requerimentos na fase do art. 499, quando o magistrado o faz de modo fundamento:

Habeas corpus. Processual Penal. Roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II e 29, *caput*, ambos do CPB). Pena aplicada: 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semi-aberto. Diligências complementares requeridas na fase do art. 499 do CPP (oitiva de testemunha, nova oitiva da vítima e remessa de ofício à Polícia Militar solicitando o envio de boletim de ocorrência). Pedidos indeferidos pelo juízo processante. Alegação de cerceamento de defesa. Indeferimento devidamente fundamentado. Juiz que entendeu estarem os fatos bem provados para a formação de sua convicção. Alegação de nulidade do feito, tendo em vista a ausência do magistrado no ato de reconhecimento do acusado. Sentenciado que também fora reconhecido pela vítima no dia dos fatos, logo após a prática delitiva, e na sala de reconhecimento do fórum, na presença de seus defensores, do representante do Ministério Público e da estenotipista do juízo.

Ausência de demonstração de prejuízo. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem denegada, porém.

1. O pedido de diligência complementar, feito na fase do art. 499 do CPP, pode ser indeferido pelo douto Magistrado, conforme sua convicção, caso as julgue, fundamentadamente, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias ao julgamento do feito. Precedentes do STJ.

2. *In casu*, em que pese a argumentação defensiva de que se trata de diligência indispensável à busca da verdade real, o pleito foi indeferido,

fundamentadamente, pelo Juízo processante que, diante do conjunto probatório existente nos autos, considerou que os fatos estavam bem provados para a formação de sua convicção.

3. Não há falar em nulidade do feito em decorrência da ausência do Magistrado no momento do reconhecimento do réu pela vítima. Com efeito, a condenação do paciente encontra-se amparada em idôneo conjunto fático-probatório, valendo ressaltar que o sentenciado também fora reconhecido pela vítima no dia dos fatos, logo após a prática delitiva.

4. Frise-se, ainda, que, conforme bem ressaltou o próprio impetrante, participaram do ato de reconhecimento, além da vítima, os defensores do acusado, o representante do Ministério Público e a estenotipista do juízo, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo à defesa.

5. Eventual nulidade no auto de reconhecimento pessoal, se existente, é relativa, sendo necessária, portanto, a efetiva demonstração de prejuízo, o que não ocorreu no caso. Precedente do STJ.

6. O MPF manifestou-se pela concessão da ordem.

7. Ordem denegada.

(HC n. 85.117-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 09.03.2009)

Processual Penal. *Habeas corpus*. Extorsão mediante seqüestro. Alegação de nulidade em virtude do indeferimento de diligências. Inocorrência. Discricionariedade do magistrado. Cerceamento de defesa. Não caracterização. Ausência de prejuízo. Exame aprofundado de prova. Inadmissibilidade no *writ*. Ordem denegada.

O indeferimento de diligências requeridas na fase do artigo 499 do CPP é ato que se inclui no âmbito da discricionariedade do magistrado, não implicando cerceamento de defesa quando devidamente fundamentado.

Para a decretação da nulidade relativa, é mister que se demonstre o efetivo prejuízo.

Não se compatibiliza com a via do *habeas corpus* a análise de alegação de nulidade processual decorrente de cerceamento de defesa, por indeferimento de diligências, haja vista exigir aprofundado exame de matéria de fato.

Ordem *denegada*.

(HC n. 37.563-RJ, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 27.10.2005, DJ 20.02.2006 p. 367)

Lembre-se, ademais, o seguinte precedente do Pretório Excelso:

Habeas corpus. 1. Pacientes pronunciados pela suposta prática dos delitos de: quadrilha ou bando armado (CP, art. 288, parágrafo único); tentativa de homicídio

qualificado pelo cometimento mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe [CP, art. 121, § 2º, I, c.c. art. 14, II (tentativa)]; constrangimento ilegal (CP, art. 146); lesão corporal (CP, art. 129); disparo de arma de fogo (Lei n. 9.437/1997, art. 10, § 1º, III); queima de fogos de artifício (Decreto-Lei n. 3.668/1941, art. 28); e tortura (Lei n. 9.455/1997, art. 1º). 2. Alegações da defesa: a) incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal instaurada na origem; b) cerceamento de defesa pelo fato de haver sido denegada a realização de perícia complementar na fase do art. 499 do CPP; c) ilegalidade da manutenção da prisão preventiva, por inobservância da regra do art. 408, § 2º, do CPP; e d) excesso de prazo na custódia cautelar dos pacientes. 3. Quanto à alegação de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal instaurada na origem, cabe esclarecer que os pacientes foram pronunciados pela suposta participação em crimes cometidos em desfavor de indígenas. Menção à evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do tema da competência da Justiça Comum Estadual ou da Justiça Federal para a apreciação e julgamento de causas envolvendo silvícolas. Precedentes: HC n. 79.530-PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, DJ 25.02.2000; HC n. 81.827-MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, unânime, DJ 23.08.2002; RE n. 419.528-PR, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Cezar Peluso, Pleno, maioria, DJ 09.03.2007. Tais precedentes elaboraram alguns dos critérios por meio dos quais, não obstante o envolvimento de indígenas, tornou-se possível reconhecer a prorrogação da competência da Justiça Federal para a Justiça Comum Estadual em determinados casos. Som ente os processos que versarem sobre questões diretamente ligadas à cultura indígena, ao s direitos sobre suas terras, ou, ainda, a interesses constitucionalmente atribuíveis à União Federal competiriam à Justiça Federal. Neste ponto, ordem indeferi da por vislumbrar hipótese de incidência da jurisdição da Justiça Federal em face "da relação com a disputa de terras reivindicadas pela Funai e pela União como indígenas". 4. No que concerne à alegação de cerceamento de defesa pelo fato de haver sido denegada a realização de perícia complementar na fase do art. 499 do CPP, não constitui constrangimento ilegal a prolação de decisão de primeiro grau que, de maneira fundamentada, indefere pedido de produção de prova pericial. Precedentes do STF. Quanto a essa alegação, ordem indeferida. 5. Com relação à alegação de ilegalidade da manutenção da prisão preventiva, por inobservância da regra do art. 408, § 2º, do CPP, verifica-se, dos decretos de prisão temporária, preventiva e da sentença de pronúncia que o juízo de origem não indicou elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar dos pacientes. Neste ponto, ordem deferida. 6. Quanto à alegação de excesso de prazo na custódia cautelar dos pacientes, verifica-se o transcurso de considerável lapso temporal desde a decretação da prisão preventiva dos pacientes [4 (quatro) anos e 6 (seis) meses], e também, desde a prolação da sentença de pronúncia [3 (três) anos e 6 (seis) meses]. Na espécie, as razões motivadoras da excessiva mora processual são atribuíveis à atuação da acusação (MPF) e ao próprio aparato jurisdicional (Justiça Federal). Precedentes do STF. Ordem deferida neste ponto.

> 7. Ordem deferida sob duplo fundamento: falta de fundamentação da custódia cautelar e excesso de prazo desde o decreto de prisão preventiva.
>
> (HC n. 91.121, Relator: Min. *Gilmar Mendes*, Segunda Turma, julgado em 06.11.2007, DJe-018, *divulg.* 31.01.2008, *public.* 1º.02.2008, Ement. Vol. 02305-03, p. 00505, *republicação:* DJe-055, *divulg.* 27.03.2008, *public.* 28.03.2008)

Assim, verifica-se que a impetração não colhe em relação ao pleito originário.

Neste passo, volta-se a atenção para o pleito liberatório incidental.

II - Do incidental pleito liberatório

No exame do *Habeas Corpus* n. 65.306-SP, a colenda Sexta Turma ratificou a liminar, inicialmente, deferida por esta relatora, que revogou a prisão preventiva do paciente.

Em tal ocasião, esta Turma acolheu os seguintes argumentos:

> Alguns crimes ganham a atenção da imprensa, causando grande sensação nos diversos estratos sociais. Entretanto, cabe ao Poder Judiciário apreciá-los de modo isento e técnico. Justamente por isso não é possível, de antemão, sem o asseguramento do devido processo legal, infligir castigo aos investigados. No entanto, infelizmente, não é raro que, em razão da exposição demasiada do fato imprensa, ocorra um prejulgamento do caso. Foge-se, assim, da concepção de Estado Democrático de Direito, que se reputa, nas palavras de *Canotilho*, um Estado "antropologicamente amigo" (*apud FRANCO*, Alberto Silva, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 2001, vol. 1, parte geral, p. 3).
>
> O presente caso é daqueles que aglutinam muitos fatores que atraem a atenção e a expectativa de uma resposta dura do aparelho repressivo estatal. No entanto, é preciso ter isenção para verificar se, de fato, o paciente deve submeter-se à prisão processual.
>
> Como toda medida cautelar, a determinação da prisão processual depende da verificação dos pressupostos e requisitos a demonstrar a sua necessidade.
>
> No que se refere ao alegado risco para ordem pública, ratifica-se o já afirmado anteriormente, na decisão de fls. 626-628, quando deferi a liminar. A reiteração delitiva, reconhecida pela autoridade apontada como coatora, não se afigura clara a justificar a medida extrema da prisão preventiva. O Juiz estribou-se, para reconhecer a reiteração delitiva, na decisão proferida no mandado de segurança impetrado pela Columbia Trading, bem assim nas informações prestadas pela Delegacia da Receita Federal, que se encontram *sub judice*, na esfera cível.
>
> Não se verifica, portanto, a necessidade do encarceramento do paciente para a manutenção da ordem pública, pois o acórdão não aponta, concretamente,

qual conduta delitiva teria o paciente novamente perpetrado, tendo se referido a informações obtidas, por meio de contato com representante o Ministério Público Federal, para afirmar tal ocorrência. Colhe-se o respectivo trecho do acórdão guerreado:

> Por primeiro, ressalto que em sede de cognição sumária, no momento em que proferi a decisão liminar de fls. 477-479, entendi que, naquele momento, de fato, era ainda incerta a necessidade da prisão do ora paciente.
>
> Não obstante isso, posteriormente vieram-me informações por parte do Ministério Público Federal, que corroboram os fatos relativos à apreensão das mercadorias importadas pela empresa Columbia Trading, em Itajaí - Santa Catarina (autos do Mandado de Segurança n. 2006.72.08.000989-7).
>
> Assim, ainda que se tenha reconhecido que a apreensão das mercadorias importadas, realizada em Itajaí-SC, não pudesse, num primeiro momento, ser considerado fato relevante para a decretação da prisão preventiva, é certo que ***das informações posteriormente trazidas pelo* Parquet *Federal a este relator (fatos ocorridos no Paraná),*** confrontadas com os fatos apurados em Santa Catarina e a dos presentes autos, verifico que pela semelhança dos *modus operandi* entre todos eles, é possível concluir-se, agora sim, que o paciente vem se utilizando, reiteradamente, de meios fraudulentos , inclusive se valendo de 'laranjas', para a prática dos crimes imputados na inicial acusatória." (fl. 600, destaquei)

Nota-se, assim, que o acórdão combatido faz referência, de um lado, a uma autuação fiscal da Receita Federal, que inclusive encontra-se *sub judice*, e, de outro, a informações posteriormente trazidas pelo *Parquet* Federal ao relator da prévia ordem (fatos ocorridos no Paraná). Contudo, não se esclarece quais informações seriam estas e que fatos, em tese ocorridos no Paraná, seriam estes.

Por mais de uma vez já critiquei o emprego da fluida expressão ordem pública, sendo de rigor lembrar a lição de *Tourinho Filho*:

> 'Ordem pública' é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória.
>
> 'Comoção social', 'perigosidade do réu', 'crime perverso', 'insensibilidade moral', 'os espalhafatos da mídia', 'reiteradas divulgações pela rádio e pela televisão', 'credibilidade da Justiça', 'idiossincrasia do Juiz por este ou aquele crime', tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica 'ordem pública'. E como sabe o Juiz que a ordem pública está perturbada, a não ser pelo noticiário? Os jornais, sempre que ocorre um crime, o noticiam. E não

> é pelo fato de a notícia ser mais ou menos extensa que pode caracterizar a 'perturbação da ordem pública', sob pena de essa circunstância ficar a critério da mídia... Na maior parte das vezes, é o próprio Juiz ou o órgão do Ministério Público que, como verdadeiros 'sismógrafos', mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de 'garantir a ordem pública', sem nenhum, absolutamente nenhum, elemento de fato, tudo ao sabor de preconceitos e da maior ou menor sensibilidade desses operadores da Justiça. E a prisão preventiva, nesses casos, não passará de uma execução sumária. Decisão dessa natureza é eminentemente bastarda, malferindo a Constituição da República. O réu é condenado antes de ser julgado. E se for absolvido? Ainda que haja alguma indenização, o anátema cruel da prisão injusta ficará indelével para ele, sua família e o círculo da sua amizade (*Manual de Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 614-615).

Não é possível deixar de mencionar também a jurisprudência desta elevada Corte, que não admite prisão processual como antecipação de pena:

> Criminal. *HC*. Extorsão mediante seqüestro. Negativa de participação no delito. Impropriedade do *writ*. Prisão preventiva. Indícios de autoria e prova da materialidade. Gravidade. Natureza hedionda. Personalidade audaciosa, covarde e perigosa. Comoção nacional. Braço firme do Estado. Testemunhas temerosas. Rés sem residência fixa. Motivação inidônea. Falta de fundamentação concreta. Necessidade da custódia não demonstrada. Constrangimento ilegal evidenciado. Excesso de prazo. Argumento prejudicado. Ordem concedida.
>
> (...)
>
> A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.
>
> Cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Adjetiva, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.
>
> O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados às pacientes, a existência de prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria, comoção nacional, a personalidade supostamente audaciosa, covarde e perigosa das rés e a necessidade de mostrar o braço firme do Estado não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, cabendo salientar que as afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal.

O fato de se tratar de crime hediondo, por si só, não basta para que seja determinada a segregação, pois, igualmente, exige-se convincente fundamentação, conforme tem decidido esta Corte.

A motivação relativa ao fato de que as testemunhas estariam temerosas, assustadas, mudando, inclusive, de residência, não traz, da mesma forma, vínculo com situação fática hábil a configurar os requisitos da custódia preventiva, pois encontra-se ligada, tão-somente, à própria prática, em tese, criminosa, o que não é suficiente para a imposição da medida constritiva.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva decretada contra as pacientes, determinando a expedição de alvará de soltura em favor da rés, se por outro motivo não estiverem presas, sem prejuízo de que seja decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Ordem concedida, julgando-se prejudicada a alegação de excesso de prazo na instrução criminal, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 63.742-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 14.11.2006, DJ 18.12.2006 p. 445)

Habeas corpus. Processual Penal. Artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal. Inexistência dos requisitos da prisão por pronúncia e excesso de prazo. Decreto prisional fundado na garantia da ordem da ordem pública: gravidade em abstrato da conduta. Excesso de prazo. Súmula n. 64-STJ.

1. O decreto prisional foi fundado na garantia da ordem pública, baseando-se, tão-somente, na gravidade em abstrato da conduta perpetrada pelo paciente. Constrangimento ilegal.

2. O magistrado, ao decretar a prisão por pronúncia, deve fundamentar sua decisão sob pena de nulidade. Outrossim, a decisão deve ser fundada em fatos concretos.

3. Excesso de prazo na designação de data de julgamento pelo Tribunal do Júri. Defesa que contribuiu para o excesso, requerendo a cisão do julgamento. Constrangimento não configurado.

4. Ordem concedida, para que o paciente seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

(HC n. 42.876-SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 06.09.2005, DJ 26.09.2005 p. 468)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue no mesmo trilho:

> *Ação penal*. Homicídio doloso. Júri. Prisão preventiva. Decreto destituído de fundamento legal. Decisão de pronúncia. Incorporação dos fundamentos da preventiva. Contaminação pela nulidade daquela. Precedentes. Quando a sentença de pronúncia se reporta aos fundamentos do decreto de prisão preventiva, fica contaminada por eventual nulidade deste. 2. *Ação penal*. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública, abalada pela gravidade do crime. Exigência do clamor público. Inadmissibilidade. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado no clamor público para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato. 3. *Ação penal*. Prisão preventiva. Decreto fundado também na necessidade de prevenção de reincidência. Inadmissibilidade. Razão que, não autorizando prisão cautelar, guarda contornos de antecipação de pena. Precedentes. Interpretação do art. 366, *caput*, do CPP. HC concedido de ofício. É ilegal o decreto de prisão preventiva baseado na necessidade de prevenção de reincidência. (HC n. 83.981-RS - Rel. Min. Cezar Peluso - DJ 1º.12.2006 p. 00099)

> *Habeas corpus*. 2. Ausência de justa causa para a manutenção da prisão preventiva. Desaparecida, em caráter permanente, a situação funcional que ensejou a medida de constrição, e ausentes outros fundamentos específicos para a continuidade da prisão preventiva, esta passa a carecer de justa causa quanto à sua manutenção. 3. A decisão que determina a prisão preventiva deve apontar, de maneira concreta e minimamente individualizada, o risco que os réus trariam à instrução criminal ou a potencialidade atual de lesão à ordem pública, que não se resume a considerações em abstrato sobre a magnitude do delito imputado aos denunciados, sob pena de confundir a medida com inadmissível antecipação do julgamento de mérito da respectiva ação penal. (HC n. 87.577-MT - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJ 04.08.2006 p. 00077)

No que se refere à segregação cautelar do paciente para a conveniência da instrução criminal, certo é que suas atitudes, tanto no sentido de se apresentar espontaneamente para a prisão, como o fato de ter depositado, voluntariamente, seu passaporte em juízo, revelam que não se pretende furtar ao chamamento da justiça.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, afirmou:

> (...) a indicação de testemunhas em diversos países, como EUA, França, Inglaterra e Itália, sem que haja justificativa plausível para tanto, demonstra a intenção de se protelar o andamento da ação penal, dificultando a aplicação da lei penal (fl. 658)

Concessa venia, os argumentos ministeriais não prosperam.

Ora, como é possível afirmar que não há, em uma ação penal por descaminho, *justificativa plausível* para a expedição de carta rogatória? Ademais, não é aceitável, logicamente, o argumento de que a expedição de carta rogatória representa obstáculo para a aplicação da lei penal. Às cartas rogatórias aplica-se a disposição contida no Código de Processo Penal a respeito do prazo para o atendimento de cartas precatórias:

> Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.
>
> § 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.
>
> § 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

Soa a dessiso fundamentar a segregação cautelar de alguém por um regular exercício de direito. Ainda mais tendo-se presente que a prisão preventiva é uma medida cautelar, naturalmente instrumental em relação ao processo de conhecimento - a ação condenatória penal. A prosperar o desarrazoado entendimento, a medida cautelar sugaria todo o viço da ação principal, caracterizado pela riqueza de informações, seiva do contraditório. *Antonio Magalhães Gomes Filho* ensina:

> Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos relevante de *justificar* perante o corpo social a decisão adotada; assim, considerar a prova como a *"alma do processo"* tanto pode significar a exaltação do seu valor *interno* -, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante. (*Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997, p. 13).

Já o argumento da magnitude do prejuízo aos cofres públicos, a indicar perigo para ordem econômica, não se mostra adequado como fundamento para a prisão cautelar, uma vez que tal circunstância não foi alinhavada pelo Juiz de primeira instância, não se podendo admitir que fundamento novo, esposado somente no acórdão, venha a dar suporte à prisão inicialmente decretada.

Pois bem, o Juiz de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva, examinou todos os elementos constantes dos autos e, à luz das circunstâncias do art. 312 do Código de Processo Penal, apontou quais eram aquelas que dariam suporte para a segregação cautelar. Em havendo a impetração de *habeas corpus* contra tal decisão, obviamente, que não é possível ao Tribunal inovar, agregando

outras circunstâncias além daquelas enunciadas na decisão originária, até mesmo porque se extrapolaria o objeto da causa, em verdadeiro julgamento *extra petita*. A situação assemelhar-se-ia, caso se tratasse o *writ* de recurso, a uma *reformatio in pejus*.

Ante o exposto, por não apurar cautelaridade no decreto de prisão preventiva, *concedo a ordem*, confirmando a liminar que revogou a prisão preventiva do paciente nos autos da ação penal n. 2005.61.19.008613-0, em andamento perante a Segunda Vara Federal Criminal de Guarulhos.

Esta colenda Turma assegurou ao paciente o direito de permanecer em liberdade, ressalvada a hipótese de surgirem fatos que concretamente plasmassem a necessidade do seu encaceramento processual.

Foi, então, que sobreveio a sentença condenatória que o condenou a noventa e quatro anos e seis meses de reclusão, bem como ao pagamento de trezentos e trinta dias multa, determinando-se o recolhimento do paciente e corréus, nos seguintes termos:

(...)

5 - Da Decretação de Prisão Preventiva dos Condenados

(...)

Verifico que se encontram presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva dos ora condenados, consubstanciados *nos artigos 387, parágrafo único, 312, ambos do Código de Processo Penal e artigos 7º, 9º e 10, da Lei n. 9.034/1995*.

Conquanto haja decisão recente, oriunda do egrégio Supremo Tribunal Federal, preconizando que os condenados pela justiça têm o direito de recorrer em liberdade até que não haja mais possibilidade de recurso (STF - *Habeas Corpus* (HC) n. 84.078) e, malgrado o superlativo respeito ao entendimento ora esposado pela nossa Corte Máxima, verifico que o presente caso trata de situação diversa.

Após longa instrução criminal e o respectivo *decisum* condenatório, a análise pormenorizada dos elementos probatórios coligidos aos autos comprovaram, a mais não poder, que os condenados associaram-se de forma constante, perene, articulada e com sofisticada hierarquia estrutural para a prática de um esquema criminoso e bilionário. com divisão clara de atribuições no âmbito da organização criminosa, cujo objetivo era viabilizar um sistema fraudulento de importações.

Tais crimes, perpetrados pelos participantes da mencionada organização criminosa são de *extrema gravidade* e atentam contra a credibilidade das instituições em geral, notadamente do Poder Judiciário.

De fato, a perpetração de tais delitos atingem nossa sociedade com reflexos verdadeiramente negativos pela afronta que apresentam aos valores éticos

e morais do cidadão comum, propiciando, desta feita, *um forte sentimento de impunidade e injustiça.*

A Decretação da Prisão Preventiva, portanto, ao ver deste Juízo, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação que reconheceu a necessidade de sua custódia cautelar, devidamente fundamentada neste decreto de prisão.

Não se olvide que eventuais condições subjetivas favoráveis dos condenados, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela.

Assim sendo, à luz do artigo 93, IX da Constituição Federal e 315 do Código de Processo Penal passo a analisar o que a seguir se expõe:

(...)

Assim sendo, de posse dos documentos necessários, os responsáveis pelas importadoras, a mando e em conivência com os administradores da Daslu, cuidavam de elaborar faturas comerciais falsificadas, com valores irreais, omitindo-se o nome da Daslu, para preservar os réus *Antonio Carlos* e *Eliana*, bem como para não chamar a atenção da fiscalização, faturas falsas que eram utilizadas para instruir o procedimento aduaneiro de desembaraço e subfaturar a base de cálculo dos tributos devidos.

Neste diapasão, restaram comprovadas ao menos *nove importações realizadas por tal* modus operandi, delienadas na sentença, com a participação determinante dos réus *Celso*, *André*, *Christian, Rodrigo e Roberto*, responsáveis pelas importadoras *Multimport*, *Kinsberg*, *By Brasil* e *Todos os Santos*, respectivamente, os quais aceitaram integrar a organização para fraudar importações em prol da Boutique Daslu.

Trata-se, portanto, de *complexa organização criminosa* com *dimensões internacionais* e claro risco de fuga dos condenados, máxime agora, com a prolação da sentença que os imputou penas altíssimas.

Encontro, pois, a presença da prova da materialidade dos crimes imputados bem como indícios suficientes de autoria, a autorizar os requisitos da prisão preventiva.

(...)

A participação, de modo estável, em empreitada criminosa organizada, é capaz de ofender permanentemente a ordem pública, enquanto gozem de liberdade seus componentes - aspecto do qual exsurge o *periculum libertatis*, a legitimar a coação.

(...)

No que diz respeito ao fundamento da garantia da ordem pública, é importante considerar que se trata de organização criminosa que não interrompeu suas atividades mesmo depois de iniciado o presente processo.

Com efeito, no decorrer da instrução criminal, surgiram provas inequívocas da *reiteração criminosa* por parte dos *chefes* da organização criminosa.

Ou seja, os líderes da quadrilha organizaram um sistema fraudulento de importações em Santa Catarina, com destino à *Boutique Daslu*, durante a colheita probatória, o que ensejou a necessária Decretação de Prisão Preventiva.

De fato, restou comprovado, durante a instrução processual penal, que a Boutique Daslu *apenas deslocou seu eixo de atuação ilícita para o sul do Brasil, evitando assim os portos e aeroportos paulistas em razão da vigilância que aqui se instalou*.

Explico. No final do mês de dezembro de 2005, oito meses, portanto, após o início da *Operação Narciso*, foi fiscalizada pela Receita Federal do Estado de Santa Catarina uma carga suspeita que dizia respeito a quase ***dois milhões de reais*** em mercadorias de alto luxo. A partir da aludida fiscalização descobriu-se a reiteração da fraude a qual, após comprovada em auto de infração elaborado pela Receita Federal de Santa Catarina, foi analisada inclusive em sede de Mandado de Segurança pelo Juiz Federal daquele Estado.

Este Juízo não vislumbrou outra saída a não ser decretar a Prisão Preventiva, com fundamento justamente na *reiteração delituosa*.

Vê-se, portanto, que a conduta dos condenados frente ao respeito pelo Poder Judiciário entremostrou-se intolerante e inescrupulosa e sua ousadia em dar prosseguimento às atividades da organização criminosa, mesmo durante a instrução probatória revelou exacerbado sentimento de impunidade.

Não se olvide que a organização criminosa possui evidentes conexões no estrangeiro, o que lhes possibilita fácil fuga, máxime agora, com a prolação da presente sentença condenatória.

Outrossim, restou tão evidente as conexões internacionais da organização criminosa que *Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi*, uma das *chefes da organização criminosa*, mesmo durante a instrução processual penal, não se privou de manter seus contatos no exterior, chegando a realizar ***mais de 17 (dezessete) viagens internacionais.***

De rigor, portanto, o resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência, mormente em situações que indicam a probabilidade de reiteração de condutas delituosas como no caso ora em apreciação.

A garantia da ordem pública, portanto, está representada pelo imperativo de se impedir a reiteração da prática criminosa. A regra do art. 7°, da Lei n.

9.034/1995, consoante a qual não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa revela-se coerente com o disposto no art. 312, do CPP.

A prisão cautelar ora imposta aos condenados, concretamente justificada no resguardo da ordem pública e para garantia da aplicação da lei penal, tem por escopo, portanto, prevenir a reprodução de novos fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade aqueles que demonstram ser dotados de intensa periculosidade, consubstanciada no *modus operandi*, na habitualidade das condutas e, como no caso em exame, de reiteração delituosa por poderosa organização criminosa.

Com efeito, a dimensão e a perniciosidade das ações da quadrilha, delineadas pelos elementos probatórios coligidos aos autos, evidenciam clara ameaça à ordem pública, a autorizar o encarceramento dos réus, em especial dos lideres, a fim de estancar a continuidade das empreitadas criminosas.

Tendo sido comprovado que os acusados fazem parte de poderosa organização criminosa com ramificações no exterior não se mostra inidôneo o decreto de prisão cautelar, arrimado no resguardo da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, pois há sérios riscos das atividades ilícitas serem retomadas se continuarem soltos, além de se mostrar bastante provável que os mesmos se furtem à aplicação da lei penal.

A Decretação da Prisão Preventiva dos acusados, portanto, com fundamento na garantia da ordem pública, objetiva evitar a prática de novos crimes, quer porque sejam acentuadamente propensos à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrarão os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

Tais circunstâncias, por si só, demonstram que, caso os réus venham a permanecer em liberdade, *especialmente neste momento processual, haverá um forte sentimento negativo de insegurança, de impunidade por parte de toda a sociedade, havendo, indubitavelmente um forte abalo à ordem pública*.

Demais disso, a decretação da prisão preventiva se impõe para a garantia da ordem pública, vez que os delitos perpetrados possuem alta gravidade objetiva, consoante assinalado na sentença, nos moldes de uma típica e sofisticada organização criminosa, bem como porque se trata de criminosos contumazes de modo que, soltos, certamente voltarão a delinquir no aguardo da solução definitiva do processo.

De outra feita, cientes das várias imputações de crimes graves nos quais são ora sentenciados e, diante da extrema comprovação da materialidade e autoria e, por fim, face à expectativa de que possam vir a ser condenados definitivamente ao cumprimento de pesadas penas corporais, é bastante plausível que, caso soltos, tentem evadir-se e, assim, consoante já assinalado, frustrar a futura aplicação da lei penal.

A magnitude da quantia sonegada e desviada pela quadrilha, da qual os condenados são culpados revela a periculosidade da organização criminosa, impondo ao Poder Judiciário pronta atuação, para a cessação do prejuízo público.

Dois motivos, portanto, autorizam tal conclusão. Primeiro: os acusados praticaram crimes de forma habitual, como verdadeiro modo de vida, ou seja, são literalmente profissionais do crime. Segundo: os réus praticaram delitos de diversas naturezas, sendo certo que, se ficarem em liberdade, certamente voltarão a delinquir.

A prática do crime mediante associação organizada, causando transtornos à ordem pública, é motivação suficiente para a decretação da prisão preventiva.

Há, portanto, lastro factual idôneo a justificar a segregação preventiva.

Ante todo o exposto, com fulcro nos requisitos legais da prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, bem como, nos fundamentos de ordem pública e garantia da aplicação da lei penal, nos termos dos arts. 312 e segs. do Código de Processo Penal, e, ainda; em face dos arts. 7°, 9º e 10, da Lei n. 9.034/1995, *decreto a prisão preventiva de* ***Antônio Carlos Piva de Albuquerque, Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo.*** (fls. 526-542, do Apenso II).

O preclaro Ministro Og Fernandes, diante de minha ausência justificada, deferiu liminar, motivando seu convencimento nos seguintes termos:

Vislumbro, em um exame preliminar, que os fundamentos colacionados no decisório, em sua maioria, nada mais são que repetição dos já exarados quando da anterior decretação da preventiva. Assim, penso não haver amarras ao conhecimento do presente pedido. Em outras palavras, mesmo não tendo o Tribunal Regional se manifestado acerca do teor da sentença, *não* é hipótese de supressão de instância.

Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória –, são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação, que demonstre, principalmente, a *necessidade* de restrição ao sagrado direito à liberdade.

No caso presente, quando esta Corte concedeu o *habeas corpus* anteriormente impetrado, revogando a prisão preventiva, pautou-se no sentido de *não ser necessária a custódia cautelar do paciente*.

Pelo mesmo fundamento, isto é, *por não vislumbrar, nesse momento, a necessidade da custódia cautelar do ora paciente, entendo deva ser deferida a liminar*, com a consequente revogação da preventiva.

Valho-me, para tanto, dos seguintes fundamentos:

- Passados quase três anos desde a revogação da custódia anterior, a única alteração relevante no cenário jurídico que cerca a ação penal ora em análise é a prolação de sentença condenatória. Entretanto, ela está sujeita a revisão, tanto por meio do recurso de apelação – expressão do duplo grau de jurisdição – quanto, se cabíveis forem, pelo manejo dos recursos especial e extraordinário. Logo, a prisão conserva sua natureza cautelar.

- Em liberdade durante todo esse período, o paciente não demonstrou praticar atos deletérios à correta *instrução criminal*; ao revés, ele se fez presente aos atos processuais, colaborando com o regular andamento do processo.

- Acresça-se que ele não deu mostras no sentido de pretender se furtar à *aplicação da lei penal*. Tanto que, nas outras ocasiões em que foi preso, ou se encontrava no endereço informado à Justiça, ou se apresentou espontaneamente. Note-se ainda ter havido o depósito, em juízo, de seu passaporte, o que faz cair por terra a justificativa calcada na possibilidade de evasão do território nacional.

- O fato de a corré Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi ter se ausentado do País por 17 (dezessete) vezes não milita em seu desfavor. A uma, porque ela exerce atividade lícita, no ramo da comercialização de mercadorias importadas, sendo intrínseco do negócio eventual deslocamento a outros países. A duas, porque, quisesse ela fugir, já o teria feito em quaisquer destas oportunidades.

- A afirmação feita pela julgadora, no sentido de que "a organização criminosa possui evidentes conexões no estrangeiro, o que lhes possibilita fácil fuga" (fl. 536), soa, a meu ver, como mero sentimento da autoridade coatora, uma vez que na realidade, isso não se verificou.

- A Magistrada ainda alude que os acusados "associaram-se de forma constante, perene, articulada e com sofisticada hierarquia (...) para a prática de um esquema criminoso (...) cujo objetivo era viabilizar um sistema fraudulento de importações". Tais argumentos, porém, são utilizados para embasar eventual fixação da pena, a teor do que dispõe o art. 59 do Código Penal e não para se restringir a liberdade em caráter cautelar.

- Ela ainda prossegue asseverando que os crimes praticados "são de extrema gravidade e atentam contra a credibilidade das instituições em geral, notadamente do Poder Judiciário. Os argumentos de resguardo da *credibilidade das instituições* e da *gravidade do delito* não constituem fundamentação idônea e autorizam a concessão da tutela requerida ante o constrangimento ilegal.

(...)

- Entendo ainda que *a magnitude da lesão*, apontada pela douta Magistrada, igualmente não autoriza a decretação da medida extrema, porque, quando da concessão da ordem anterior, os fatos narrados na denúncia – que foram justamente o motivo de sua condenação –, já eram conhecidos por este Tribunal e não constituíram empecilho à revogação da prisão. (...)

> (...)
>
> De mais a mais, a eminente Juíza reconheceu ser o paciente primário, portador de bons antecedentes, possuidor de emprego fixo e residência certa. Tais fatores, embora isoladamente não garantam ao acusado responder em liberdade, militam a seu favor.
>
> Por fim, considerando que, na sentença, não se particularizou concretamente razões que justificassem tratamento diferenciado aos corréus, entendo devam os efeitos da liminar ser também a eles estendidos.
>
> Pelo exposto, *defiro a liminar* para *revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente Antônio Carlos Piva de Albuquerque* nos autos da Ação Penal n. 2005.61.19.008613-0, em trâmite perante a 2ª Vara Federal Criminal de Guarulhos, até julgamento definitivo do presente *writ*.
>
> Por haver similitude de situações, *estendo os efeitos aos corréus Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo*.

No meu sentir, seria até mesmo caso de ajuizamento de reclamação no seio do *Habeas Corpus n.* 65.306-SP. Por mais que não seja equívoco o raciocínio de que é viável a conversão do remédio heróico, de preventivo em liberatório, toda a matéria relativa à cautelaridade do encarceramento do paciente se encontram em tais autos.

Mas, dadas as particularidades do caso, com a expedição de mandado de prisão, não vejo inconveniente em apreciar, aqui, a questão, mormente porque quando do indeferimento da liminar, consignei (fl. 385):

> Ressalto que não vislumbro, em primeira e superficial análise, *periculum in mora*, porque:
>
> 1) ainda que o feito esteja conclusos para sentença, nada impede a decretação posterior da nulidade do processo, caso a colenda Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça acolha as alegações expostas na impetração;
>
> 2) restou decidido no *Habeas Corpus n.* 69.694, em que figura como paciente a co-ré deste processo, relativamente à aplicação da Lei n. 9.034/1995, que: "... é evidente que qualquer medida processual constritiva não decorrerá, pura e simplesmente - de forma automática - do reconhecimento da existência, ou não, de organização criminosa. É claro que toda e qualquer decisão judicial que quebre sigilos, determine encarceramento preventivo ou indefira liberdade provisória, deverá, a teor do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, ser fundamentada" (voto proferido pela Relatora); e, ainda, que "vale anotar que a questão que parece ser a mais sensível, qual seja, a da vedação legal do apelo em liberdade, não colhe contra a paciente os sufrágios dessa Corte Superior de Justiça, firme em que a presunção relativa da necessidade da custódia cautelar desconstitui-se

> com o fato da liberdade durante o curso do processo (voto-vista proferido pelo eminente Ministro Hamilton Carvalhido).
>
> (...)

Acredito que o ilustrado Ministro Og Fernandes bem feriu o âmago da *quaestio*. Com todo o respeito ao trabalho de fôlego da magistrada de primeiro grau, do qual resultou o édito condenatório com mais de quinhentas laudas, nota-se que os argumentos vertidos na primitiva decisão, já tidos por insubsistentes por esta respeitável Turma, foram reapresentados, como que passando ao largo do aresto constante do *Habeas Corpus* n. 65.306-SP.

Acrescentou-se, apenas, a questão do risco de fuga, diante da vigorosa pena privativa de liberdade de quase uma centúria. Contudo, não dista no tempo e, portanto, facilmente recorre à memória, a gigantesca e histórica reprimenda infligida a acusado, no caso conhecido como "Massacre do Carandiru". Com mais de seiscentos anos de pena, nem por isso, ausente as hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, o juiz de primeiro grau deixou de assegurar ao réu o direito de recorrer em liberdade. O fato processual repercutiu negativamente perante os órgãos de imprensa? Não há dúvida. Contudo, o papel do Poder Judiciário, técnico por excelência, é assegurar o direito, mesmo que a "opinião pública" possa não aceitar de maneira unânime. À sanha midiática responde-se com a democrática cláusula da presunção de inocência, conquistada à custa de muito esforço e evolução civilizatória.

Assim, não se apresentando fatos novos - substanciais - a ensejar a odiosa providência extrema, penso que seja o caso de conceder a ordem para manter o paciente solto, preservando-se, entrementes, a autoridade da decisão desta Corte, proferida no bojo do *Habeas Corpus* n. 65.306-SP.

Ante o exposto, ratificando o "provimento incidental liberatório", concedo em parte a ordem para assegurar o direito de recorrer em liberdade a Antônio Carlos Piva de Albuquerque, estendendo-se os efeitos aos corréus Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, André de Moura Beukers, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, este caso específico teve uma ressonância nacional por envolver pessoas conhecidas, mas a tese é simples, uma

das mais simples que enfrentamos aqui. Enfrentamos casos como este todos os dias, e muitos dos casos com pessoas pobres.

Disse o Sr. Ministro Gilmar Mendes certa vez: "Cria-se uma perplexidade em torno de personalidades fornidas de algum recurso na imprensa, e acha-se que o Judiciário vive a acolher esses pedidos tendo em vista o CPF, quando, na realidade, passamos a vida a julgar pessoas pobres e a soltar pessoas pobres; basicamente isso, quando é o caso devido."

O fato é muito simples. Trata-se de uma prisão em que havia manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema no sentido da concessão da liberdade provisória. O fato novo foi uma decisão condenatória recorrível – só isso é um fato novo –, porque os fundamentos levantados na decisão de primeiro grau foram aqueles já analisados na primeira liminar.

Então, há recurso, a decisão não tem trânsito em julgado, e não se justifica a cautelaridade nesta hipótese.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, concedendo em parte a ordem de *habeas corpus* para assegurar o direito de recorrer em liberdade ao paciente, estendendo-se os efeitos aos corréus André de Moura Beukers, Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Sr. Presidente, o direito brasileiro tem uma peculiaridade que é o *habeas corpus* de ofício, e é concedido milhares de vezes em todo o Brasil. Todos os juízes, todos os tribunais têm a obrigação de conceder a ordem de *habeas corpus* de ofício para todo e qualquer réu, de qualquer classe.

Acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, concedendo em parte a ordem de *habeas corpus* para assegurar o direito de recorrer em liberdade ao paciente, estendendo-se os efeitos aos corréus André de Moura Beukers, Eliana Maria Piva de Albuquerque Tranchesi, Celso de Lima, Christian Polo, Roberto Fakhouri Júnior e Rodrigo Nardy Figueiredo.

HABEAS CORPUS N. 110.119-SP (2008/0145192-9)

Relator: Ministro Nilson Naves
Impetrante: Luis Fernando Sequeira Dias Elbel e outro
Advogado: Flávio Studart Wernik e outro(s)
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Valdemir de Oliveira (Preso)

EMENTA

Intimação para julgamento. Advogado falecido (ineficácia). Defesa (prejuízo).

1. De tão relevante a defesa, que ninguém será processado ou julgado sem defensor (Cód. de Pr. Penal, art. 261); é indisponível; "consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais" (Rui Barbosa).

2. A intimação para julgamento feita em nome de advogado falecido é ineficaz, porque não produz o efeito pretendido.

3. Em caso que tal, é até possível concluir pela ausência de defesa, com consequente prejuízo para o paciente, que era representado pelo advogado falecido.

4. Daí que, na espécie, nulo é o julgamento realizado, outro devendo realizar-se precedido de intimação.

5. *Habeas corpus* deferido, concedendo-se ao paciente liberdade para, solto, aguardar a nova sessão de julgamento.

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, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), bem como a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

O Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos fez sustentação oral, bem como o Dr. Nilo Nóbrega dos Santos, pela parte, Valdemir de Oliveira.

Brasília (DF), 17 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 22.06.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Advogados do escritório Elbel, de Santos, impetram ao Superior Tribunal ordem a favor de Valdemir de Oliveira, cuja apelação, no Tribunal Regional, não foi provida. Lá o acórdão foi assim ementado:

> Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Autoria e materialidade comprovadas. Evasão de divisas. Falsidade na confecção de guias de importação.
>
> 1. Completados 70 anos pelo apelante na data da sentença, reconhecida a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, nos moldes do art.115 do Código Penal.
>
> 2. No que tange ao mérito da apelação restante, autoria e materialidade restaram devidamente comprovadas.
>
> 3. O apelante, em conluio com os demais acusados, se valia de declarações falsas de importação com o intuito de realizar operações de câmbio em prejuízo das reservas nacionais.
>
> 4. A pena aplicada ao acusado foi devidamente sopesada e calculada com fulcro nos parâmetros do art. 59 e 68 do Código Penal.
>
> 5. Negado provimento à apelação.

Segundo a certidão de fl. 65, a "Turma, à unanimidade, de ofício, declarou extinta a punibilidade do apelante Paulo Roberto Wolfemberg, face à ocorrência da prescrição, e negou provimento à apelação de Valdemir de Oliveira e, de ofício, reduziu a pena de multa para 30 (trinta) dias-multa, determinando, ainda, a expedição de mandado de prisão em seu desfavor".

O que requerem ao Superior é o seguinte:

> ... ser concedida a ordem para determinar a extinção da punibilidade do paciente, ou, caso não seja esse o entendimento de Vossas Excelências que seja decretada a nulidade do julgamento realizado pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal, determinando-se que o paciente aguarde novo julgamento em liberdade. Por fim, caso Vossa Excelência entenda pelo não acolhimento dos pleitos acima, requer, pelos motivos asseverados nesta peça preambular de *habeas corpus*, que o paciente possa cumprir pena em regime domiciliar.

Indeferido pelo Presidente Gomes de Barros o pedido de liminar, prestadas as informações, o Ministério Público Federal é de parecer conforme esta ementa:

> 1. Anulação do julgamento do recurso de apelação. Procedência. Ausência de defesa técnica. Tendo falecido seu advogado, o paciente só foi intimado para constituir outro, em momento posterior à sessão de julgamento.
>
> 2. Anulando o julgamento, há de ser posto em liberdade o paciente, porquanto sua custódia cautelar foi decretada por meio do v. acórdão impugnado. Caso de restabelecimento da sentença penal condenatória que concedeu o benefício do recurso em liberdade.
>
> 3. Cumprimento da pena definitiva em regime domiciliar. Não consta dos autos qualquer documento comprobatório do precário estado de saúde do paciente. Pedido que deverá ser tido como prejudicado, acaso decretada a nulidade do v. acórdão impugnado.
>
> 4. Prescrição intercorrente. Inocorrência. Prazo prescricional de 12 anos. O art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional apenas para o réu com mais de 70 anos na data da sentença. Precedente do STJ. Ademais, este pedido considerar-se- á prejudicado, se vier a ser acolhida a preliminar de nulidade do v. acórdão condenatório.
>
> 5. Parecer pela concessão parcial da ordem, para que seja anulado o julgamento do recurso de apelação, devendo o paciente ser posto em liberdade, imediatamente, para aguardar a nova sessão de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): É do Subprocurador-Geral Brasilino Pereira o parecer pela concessão em parte da ordem, nestes termos:

> Como visto, trata-se de *habeas corpus*, em que se pede: a) a anulação do julgamento do recurso de apelação; b) a possibilidade de aguardar em liberdade o novo julgado do apelo; c) o cumprimento da pena definitiva em prisão domiciliar; d) a extinção da punibilidade do paciente em face da prescrição intercorrente.

Temos que a ordem deve ser parcialmente concedida, de acordo com os motivos a seguir expendidos.

Em primeiro lugar, parece-nos procedente o pedido de declaração de nulidade do julgamento do recurso de apelação e, por via de conseqüência, também o pedido para aguardar em liberdade a repetição desse ato processual.

Isto porque, o Senhor Renato Antonio Mazagao consta como advogado do paciente durante a sessão de julgamento do Recurso de Apelação n. 1999.03.99.118671-5, que foi julgado no dia 13.11.2007 (fl. 70), ou seja, em data muito posterior ao falecimento do aludido defensor (05.01.2005 - fl. 12).

Outrossim, vale ressaltar que o paciente só foi intimado para constituir novo advogado no dia 25.04.2008, conforme despacho de fl. 48, que ainda indica o Senhor Renato Antonio Mazagao como advogado de defesa, sendo forçoso, portanto, reconhecer a nulidade do julgamento de 2° Grau à míngua de defesa técnica.

Anulado que seja o julgamento, há de ser posto em liberdade o paciente, porquanto sua custódia cautelar foi decretada por meio do v. acórdão impugnado, cabendo frisar que o Juízo de 1° Grau, na sentença penal condenatória, concedeu-lhe o benefício do recurso em liberdade (fl. 28).

Em segundo lugar, no que se refere ao pedido de extinção da punibilidade, resta prejudicado, por causa da nulidade do v. acórdão. Somente no caso (improvável) de rejeição desta preliminar, poderá ser apreciado. E, nesse caso, temos que, a prescrição intercorrente não se efetivou, pois o prazo prescricional não deve ser reduzido de metade, devendo permanecer no patamar de 12 anos (art. 109, III, do CP), porque, ao contrário do alegado na inicial, 'o art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença' (RHC n. 16.856-RJ, Relator: Ministro *Gilson Dipp*, 5ª Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 295).

Por derradeiro, não pode ser acolhido o pedido de cumprimento da pena definitiva em regime domiciliar, também devido à nulidade do v. acórdão. Acaso afastada a nulidade, no mérito, tal pedido, mesmo assim, não poderá ser atendido, face a inexistência de qualquer documento comprobatório do precário estado saúde do paciente.

Diante do exposto, o Ministério Público Federal oficia no sentido da concessão parcial da ordem, para que seja anulado o julgamento do recurso de apelação, devendo o paciente ser posto em liberdade para aguardar a nova sessão de julgamento.

De fato, a alegação segundo a qual "o então defensor do réu faleceu e o requerido não foi intimado a apresentar novo antes da sessão de julgamento" precede a alegações outras, e, a seu propósito, há, na 5ª Turma, julgados de 2003

e de 2007, Ministros Dipp e Fischer, repelindo, em casos que tais, a indicada nulidade. Confira-se a ementa do RHC n. 15.092: "Não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, se evidenciado que o falecimento do advogado subscritor das razões de apelação não foi comunicado ao Juízo. Precedente do STF." Mas lá existe, de 2008, Ministro Napoleão Maia, julgado acolhendo a nulidade, eis as palavras do Relator:

> 3. No caso em exame, houve a intimação do então advogado do paciente, José Elias Gonzaga, para o julgamento da Apelação Criminal n. 2000.0150.3674-0/1, por meio de publicação no Diário de Justiça do Estado do Ceará, em 31.03.2005 (fl. 55). Todavia, noticia a impetração o falecimento do referido causídico em 18.02.2004 - ou seja, mais de um ano antes da comunicação -, conforme cópia da certidão de óbito (fl. 23).
>
> 4. Portanto, a intimação do advogado já falecido consubstancia efetivo prejuízo à defesa do paciente, mormente porque, desprovido o recurso, ficou mantida a condenação anteriormente imposta.
>
> 5. Destaca-se, porquanto esclarecedor, o seguinte excerto do parecer ministerial:
>
> (...)
>
> 7. Destarte, em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, para declarar a nulidade do julgamento da Apelação Criminal n. 2000.0150.3674-0/1 e de todas as conseqüências dele decorrentes, com a revogação da prisão - se por outro motivo não estiver preso -, determinando-se a baixa dos autos ao Tribunal de origem, para a renovação do julgamento, observada a prévia intimação do defensor constituído.

Na 4ª Turma, em 1995, Bueno de Souza ementou, desta forma, o REsp n. 12.689 (Fontes, Sálvio, Barros Monteiro e Ruy Rosado):

> 1. Passamento que antecedeu a publicação do ato intimatório, do qual constou unicamente o nome do extinto causídico.
>
> 2. *Modus faciendi* das bancas de advocacia para o acompanhamento das intimações, que deve ser considerado pelo julgador.
>
> 3. Manifesto prejuízo causado à parte representada pelo pranteado.
>
> 4. Recurso especial conhecido e provido, sem discrepância de votos.

Ainda na 4ª Turma, em 2002, Ruy Rosado ementou, desta forma, o REsp n. 363.335 (Aldir Passarinho e Cesar Rocha):

> Intimação. Advogado falecido. Ineficácia.

É ineficaz a intimação feita pelo jornal para advogado já falecido. A desídia da parte em comunicar ao Juízo o falecimento de um dos seus advogados constituídos, exatamente aquele cujo nome constou no edital, não é suficiente para que se tenha a intimação como regularmente realizada.

Recurso conhecido e provido.

Respeitante ao tema, nada encontrei nos registros da 6ª Turma. Em nome da defesa, colocando-me ao lado dos precedentes relatados por Bueno, Ruy e Napoleão Maia, também lembrando Rui, o Barbosa (para quem a defesa "consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais"), concedo, em conformidade com o parecer ministerial, a ordem para que se faça outra intimação – consequentemente, nulo o julgamento da apelação, o paciente terá liberdade para, solto, aguardar a nova sessão de julgamento.

HABEAS CORPUS N. 110.405-SP (2008/0148901-6)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Alex Niuri Silveira Silva
Advogado: Paulo Henrique de M. Sarmento e outro(s)
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Omar Najar

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. 1. Art. 39 da Lei n. 9.605/1998. Corte de árvores. Área de preservação permanente. Propriedade rural privada. Bens, interesses ou serviços da União. Lesão. Ausência. Competência Federal. Constrangimento ilegal reconhecimento. 2. Pleito incidental. Subsequente prescrição. Reconhecimento.

1. O crime de corte indevido de árvores em área de preservação permanente, praticado no interior de propriedade rural privada,

inexistente lesão a bens, interesses ou serviços da União é de competência da Justiça Estadual. Precedentes.

2. Com a anulação do processo penal, consumado o crime em 14.09.1998, o qual possui pena máxima de detenção de três anos, e, reprimenda concretamente aplicada em um ano e seis meses, apura-se a prescrição da pretensão punitiva.

3. Ordem concedida para, acolhido o parecer do Ministério Público Federal, anular o processo *ab initio* e, atendendo ao pleito incidental, declarar extinta a punibilidade do paciente em relação ao delito descrito no art. 39 da Lei n. 9.605/1998, pela prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Dr(a). Paulo Henrique de Moraes Sarmento, pela parte paciente: Omar Najar

Brasília (DF), 16 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 1º.07.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado em favor de *Omar Najar*, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Noticia o impetrante que, nos autos da Ação Penal n. 1999.61.02.002575-8, que tramitou perante a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão

Preto-SP, o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de detenção, no regime aberto, imposta pela prática das condutas previstas nos artigos 39 e 48 da Lei n. 9.605/1998, substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal. Analisando os recursos de apelação interpostos pela acusação e defesa, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a sentença proferida pelo magistrado singular, para decretar a extinção da punibilidade do paciente com relação à conduta prevista no artigo 48 da Lei n. 9.605/1998, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, bem como para ajustar a dosimetria da pena privativa de liberdade para 1 ano e 6 meses de detenção, mantidos o regime e a substituição por penas restritivas de direitos. Contra este acórdão foram interpostos recursos especial e extraordinário, nos quais alegou-se, em síntese, a inépcia da denúncia e a ausência de prova da materialidade, pugnando-se pela absolvição do paciente, os quais tiveram seus seguimentos negados. Com o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória (fl. 881), foi determinada a expedição de guia de execução para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Sustenta o impetrante que a pena à qual o paciente encontra-se na iminência de ser submetido lhe foi imposta por juízo absolutamente incompetente, sob o argumento de que não há nos autos nenhuma circunstância que justifique a fixação da competência da Justiça Federal para instrução e julgamento do feito.

Defende que a infração atribuída ao paciente teria sido cometida em Área de Preservação Permanente localizada no interior de sua propriedade privada, localizada no Município de Barretos-SP, não ocorrendo nenhuma lesão a bens, serviços ou interesses da União, circunstância que evidenciaria a competência residual da Justiça Estadual.

A exordial acusatória atribuiu ao paciente a prática da seguinte conduta:

> Consta dos autos inclusos que, em 14.09.1998, quando policiais militares, em vistoria ambiental de rotina, realizada na propriedade rural da Fazenda Naíza, no município de Colômbia-SP, cujo proprietário é o próprio denunciado, observaram a existência de inúmeros danos ambientais, conforme os Autos de Infração e Boletins de ocorrência às fls. 04-28.
>
> Trata-se de área de Preservação Permanente, composta por mata ciliar, onde o infrator cortou árvores e suprimiu a vegetação natural com emprego de ferramentas (machado e enxada) em uma área de aproximadamente 0,14 ha, além de impedir a regeneração natural dessa vegetação com o emprego de implementos agrícolas, encontrando-se dessa maneira, em desacordo com o art. 2º da Lei n. 4.771/1965 e arts. 40 e 48 da Lei n. 9.605/1998.

> (...)
>
> Ante as circunstâncias, que evidenciavam a construção de edificação em área de preservação permanente e o impedimento de regeneração das formas de vegetação foram lavrados os Autos de Infrações (fls. 04-28) e o relatório do Ibama (fl. 54), que atestam a materialidade do delito.
>
> Ademais, encontra-se acostados às fls. 44 e 45, as declarações prestadas pelas testemunhas, *Donizete André Contin* e *Mauro Mancilha*, que comprovam a prática ilícita por parte de *Omar Najar*.
>
> (...)
>
> Portanto, frente ao exposto, e tendo-se em vista que a conduta, em tese, constitui crime e há indícios de autoria, denuncio *Omar Najar* como incurso nas penas do art. 40 e 48 da Lei n. 9.605/1998, c.c. art. 70 do Código Penal, requerendo que, recebida e autuada esta, seja o mesmo citado para se ver processar e, ouvindo-se as testemunhas, prossiga o feito, nos termos do artigo 394 e seguintes, 498 e seguintes do Código de Processo Penal, até ulterior condenação. (fls. 15-17.)

Colhe-se do laudo elaborado em decorrência do exame pericial realizado no local do dano ambiental as seguintes informações:

> O local apontado pela autoridade requisitante, como sendo de 'Infração de dano ambiental', ocorrera na Fazenda Naiza, no município de Colômbia-SP.
>
> Trata-se de uma propriedade rural, com via de acesso pela rodovia Brigadeiro Faria Lima, altura do Km 450, no seu flanco esquerdo, sentido Barretos-Colômbia, em seguida trafegando por mais 19 km em estrada de chão batido pela via municipal da fazenda Onça, no seu flanco direito depara-se com o acesso à referida propriedade.
>
> Totalmente vedado por cerca de arame liso, sustentado por palanques de madeira, seccionada frontalmente por uma ponte de traves espaçadas transversais, dispostas equidistantemente, destinado a vedar o trânsito de animais. Sua área cultivável achava-se voltada para o pastoreio. (fl. 79.)

Pretende, liminarmente, a suspensão dos efeitos da sentença condenatória proferida nos autos da Ação Penal n. 1999.61.02.002575-8, que tramitou perante a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto-SP, e, no mérito, a sua anulação desde o ato de recebimento da denúncia, inclusive, determinando-se a remessa dos autos para processamento perante a Justiça Estadual.

O *habeas corpus* foi impetrado durante o período de férias forenses, razão pela qual o Ministro Presidente, no uso de suas atribuições regimentais, não apreciou o pleito liminar formulado, por não vislumbrar urgência no pedido,

conforme despacho acostado à fl. 99. Contra esta decisão foi interposto agravo regimental, pugnando-se pela reconsideração do mencionado despacho, o qual foi mantido, por decisão proferida à fl. 108 pelo Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência desta Corte. De tal decisão insurgiu-se mediante a impetração de *writ* perante o Pretório Excelso, *Habeas Corpus* n. 95.396, o qual teve o seguimento negado, nos seguintes termos:

> (...)
>
> No caso, há sentença penal condenatória contra o paciente, já transitada em julgado e originada de ação penal em que teve o réu, segundo se presume, oportunidade de defesa plena.
>
> A tese jurídica ora sustentada – incompetência da Justiça Federal - envolve, ademais, exame de prova, incabível em sede de *habeas corpus*, especialmente quanto ao local em que se teria dado o corte de árvores, não se podendo excluir, *a priori*, interesse da União.
>
> Em tais condições, nada justifica que, em provimento monocrático de natureza liminar, em regime de plantão, sejam suspensos os efeitos da condenação, mormente se na instância especial sequer há decisão que tenha indeferido o pedido de liminar, formulado com base nos mesmos argumentos.
>
> A situação em muito pouco se diferencia, aliás, da que negou, em 3 de junho do corrente ano, seguimento ao *Habeas Corpus* n. 94.658-SP, impetrado perante esta Corte em favor do mesmo paciente e no qual foi relator o eminente Ministro Ricardo Lewandowski.
>
> 3. Ante o exposto, nego seguimento ao presente *habeas corpus*, com fundamento no art. 21, § 1º do RISTF.
>
> Publique-se.
>
> Brasília, 21 de julho de 2008.
>
> Ministro *Cezar Peluso*
>
> Vice-Presidente
>
> (RISTF, art. 13, VIII, c.c. art. 14)

Por meio de petição acostada às fls. 117-118, os causídicos substabelecidos pelo impetrante trouxeram aos autos cópia integral da ação penal em tela, bem como de documentos referentes ao processo de registro eleitoral do paciente. Requereram, ainda, a desistência do agravo regimental interposto, conforme petição de fl. 971.

A liminar foi deferida às fls. 973-977, a fim de suspender a execução da pena imposta ao paciente.

As informações foram prestadas às fls. 988-1079.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 1.081-1.083, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Deborah M. D. de B. Pereira, opinando pela concessão da ordem.

Por meio da petição de fls. 1.086-1.092, pleiteou-se o aditamento da inicial para que seja decretada a superveniência da prescrição da pretensão punitiva para ambos os delitos imputados ao paciente.

Esclarece-se que este *habeas corpus* me foi distribuído por prevenção ao HC n. 58.747-SP, impetrado em favor do paciente, por meio do qual se pretende, em síntese, a desconstituição da sentença condenatória sob a alegação de julgamento contrário à prova dos autos. Desprovido de pleito liminar, o mencionado *writ* encontra-se concluso para estudos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão trazida a deslinde diz com a incompetência do juízo da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto-SP para processar e julgar a ação penal em testilha.

Como já havia salientado, quando do deferimento do pleito preambular, pretende o impetrante a anulação da ação penal que culminou na condenação do paciente, após o advento do trânsito em julgado, alegando a incompetência absoluta da Justiça Federal para instruir e julgar o feito.

Destaquei que a matéria aqui tratada não foi alvo de deliberação em nenhuma das instâncias inferiores, razão pela qual a abordagem por esta Corte, num primeiro momento, poderia configurar a indevida supressão de instância. Todavia, o caso apresentado nos autos já foi alcançado pelo trânsito em julgado, sendo certo que se discute a própria incompetência do juízo processante, cuja prestação jurisdicional exauriu-se com a prolação do acórdão que reformou parcialmente a sentença condenatória, bem como com a negativa de seguimento dos recursos extraordinários. Ademais, a matéria, por ser considerada de ordem pública, pode, até mesmo, ser conhecida de ofício, não havendo, portanto, nenhum óbice ao processamento do *writ*.

A hipótese apresentada nos autos é enfrentada com certa freqüência por esta Corte em conflitos de competência estabelecidos entre juízos da Justiça Federal e das Justiças Estaduais, sendo certo que em reiterados julgamentos assentou-se a necessidade da caracterização, na prática do crime ambiental, de lesão a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, para ensejar a fixação da competência da Justiça Federal, a teor do que dispõe o artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, confiram-se os precedentes:

> Conflito de competência. Crime ambiental. Lei n. 9.605/1998. Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Delito praticado em área particular. Inexistência de especial interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Competência da Justiça Estadual.
>
> 1. A partir da edição da Lei n. 9.605/1998, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essas matérias.
>
> 2. Deve ser verificado se o delito foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no artigo 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal.
>
> 3. Tratando-se de suposta infração cometida em área particular, inexistente qualquer circunstância determinante de especial interesse da União, declara-se a competência da Justiça Estadual.
>
> 4. Conflito conhecido, declarando-se competente o suscitado. (CC n. 30.260-MG, Rel. Ministro Fontes de Alencar, Rel. para acórdão Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 22.02.2006, DJ 14.06.2006 p. 194)

> Embargos de declaração em conflito de competência. Penal. Crime contra a fauna. Porte de arma sem licença e pesca mediante a utilização de petrechos proibidos. Ausência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da Justiça Estadual.
>
> 1. A partir do cancelamento do enunciado n. 91 da súmula desta Corte, a competência da Justiça Federal restringe-se aos casos em que os crimes ambientais foram perpetrados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas.

> 2. O crime do caso *sub examine* não se amolda às hipóteses que justificam a fixação da competência na Justiça Federal.
>
> 3. Embargos de declaração acolhidos, para efeito de suprir a omissão constatada, sem atribuição de efeito modificativo ao julgado, reafirmada a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Olímpia-SP.
>
> (EDcl no CC n. 32.453-SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005 p. 206)

> Criminal. Conflito de competência. Caça e abate de animal silvestre. Possível crime ambiental. Lesão a bens, serviços ou interesses da União não-demonstrada. Cancelamento da Súmula n. 91-STJ. Conduta que não se enquadra nas situações específicas que justificam a competência da Justiça Federal. Competência da Justiça Estadual.
>
> Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível crime ambiental, consistente na prática, em tese, de guarda de animal silvestre previamente abatido, quando não restar demonstrada a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a ensejar a competência da Justiça Federal.
>
> Cancelamento da Súmula n. 91-STJ.
>
> Conduta que não se enquadra nas situações específicas de delitos contra a fauna que justificam a competência da Justiça Federal.
>
> Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Soledade-RS, o Suscitado. (CC n. 41.562-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 08.09.2004, DJ 04.10.2004 p. 208)
>
> Conflito negativo de competência. Crime contra o meio ambiente. Poluição. Ausência de lesão a bens, interesses ou serviços da União. Competência da Justiça Estadual. (CC n. 80.963-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ 15.05.2007)

Dentro de uma perspectiva de congnição progressiva, foi se adensando a plausibilidade jurídica, sendo imperioso, penso, trancrever o seguinte trecho do parecer do Ministério Público Federal:

> Assim, não havendo interesse sequer remoto da União, é caso, de fato, de incompetência absoluta do juízo federal e nulidade absoluta do processo. (fl. 1.083).

Ressuma dos autos que a conduta do paciente, por mais que tenha se mostrado daninha ao meio ambiente, não ultrapassou os lindes de sua propriedade rural, não se afigurando, portanto, hipótese que atraia a competência da Justiça Federal.

Logo, penso ser, de fato, a Justiça Estadual a competente para conhecer do feito.

Passa-se, então, a apreciar o pleito incidental de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em razão da anulação ora proposta.

O paciente foi condenado pela prática do crime enunciado no art. 39 da Lei n. 9.605/1998. Tal delito tem pena máxima de três anos de detenção. Portanto, a prescrição em abstrato ocorre em oito anos. Como a denúncia irroga conduta consumada em 14.09.1998, com a anulação do feito, ter-se-ia por prescrita a pretensão punitiva em 13.09.2006. Todavia, como há pena concretizada e, não impugnada pelo Ministério Público, de um ano e seis meses, tem-se como lapso prescricional de quatro anos. Extinta se encontra, portanto, a punibilidade.

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, concedo a ordem para anular o processo *ab initio* e, atendendo ao pleito incidental, declarar extinta a punibilidade do paciente em relação ao delito descrito no art. 39 da Lei n. 9.605/1998, com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 125.999-SP (2009/0005636-4)

Relator: Ministro Nilson Naves
Impetrante: Luana Pereira do Amaral - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Jhony Oliveira da Silva

EMENTA

Roubo qualificado por emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do Cód. Penal). Apreensão e perícia (ausência). Qualificadora (não ocorrência). Ônus da prova (Ministério Público).

1. O inciso I do § 2º supõe a apreensão da arma, também a sua perícia, porque arma, para ser arma, há de ser eficaz. As coisas são o

que são; conforme a poética de Eliot, "alegro-me de serem as coisas o que são".

2. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda a prova de acusação, aí figurando, claro é, o ônus de provar a qualificadora.

3. Carente a espécie da apreensão da arma e, consequentemente, da perícia, não se aumenta, no caso, a pena, visto que não ocorrente a qualificadora.

4. *Habeas corpus* concedido.

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, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 04.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o paciente – Jhony Oliveira da Silva – condenado, por roubo com emprego de arma, à pena de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão e à de 18 (dezoito) dias-multa. Determinou-se o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade no regime fechado.

Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu-lhe parcial provimento a fim de "reduzir as penas do apelante para seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e pagamento de quatorze dias-multa".

Contra essa decisão, foi impetrado pela Defensoria Pública este *habeas corpus*, no qual se pede seja "afastada a qualificadora prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do CP, e ao final cumpra [o paciente] a pena privativa de liberdade em regime semi-aberto".

O Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira) opinou pela denegação da ordem; fê-lo nos termos da seguinte ementa:

> *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Majorante. Emprego de arma branca. Não apreensão. Regime. Réu reincidente.
>
> É dispensável a apreensão da arma para a caracterização da causa especial de aumento, prevista no § 2º, inciso I, do art. 157, do Código Penal, quando, por outros meios, se comprova a sua efetiva utilização no crime, o que ocorreu, no caso sob exame, com o depoimento da vítima atestando que o paciente fez uso de uma faca para intimidá-la, o que também foi confirmado por uma das testemunhas ouvidas em Juízo. Precedentes do STJ e do STF.
>
> Se o réu é reincidente e a pena aplicada é superior a quatro anos, não tem direito de iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto. Inteligência da Súmula n. 269-STJ.
>
> Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): É caso em que se não apreendeu a arma (obviamente, caso em que não foi ela periciada). Confiramos, a propósito, a sentença nesta passagem: "O fato de a faca não ter sido apreendida e submetida à perícia não afasta a qualificadora do roubo. A palavra da vítima é suficiente para comprovar o emprego de arma, não sendo imprescindível a sua apreensão." Confiramos, da mesma forma, o acórdão nesta passagem: "De acordo com orientação que venho adotando, basta ao reconhecimento da majorante a segura imputação da vítima, cuja idoneidade não foi abalada, não se exigindo a apreensão da arma e sua submissão a exame pericial, sobretudo em se tratando de arma branca."

Ora, se não se apreendeu a arma, se não foi ela periciada, é, então, caso a que se não aplica o inciso I, e foi em 2004 que, a tal respeito, escrevi, no HC n. 36.182, o seguinte:

> De minha parte, confesso que tenho dificuldade em dar por conhecida a qualificadora em causa. De um lado, porque arma alguma foi apreendida, parecendo-me de pouca prova ou de prova jamais tão valiosa assim a palavra da vítima, simplesmente. Simplesmente e simplesmente, porque aos autos não veio, concretamente, outra prova. Além disso, não sei como se pode reconhecer o emprego de algo de que não se tem notícia. A mim se me afigura que a qualificadora supõe a apreensão da arma. De outro lado, o ônus da prova não é da defesa, e sim da acusação. Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda prova de sua proposta de acusação, aí figurando o ônus de provar a qualificadora – no presente caso, o emprego de arma e, ao que eu entendo, a sua eficácia. Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida.

2. Relativamente à arma – uso, emprego, apreensão, perícia, etc. –, venho votando tal e qual fiz em 2004 (entre outros, HC n. 36.182, de 2004, e REsp n. 771.014, de 2006). No HC n. 70.544, de 2008, deixei escrito: "A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma." Fui seguido pela Ministra Maria Thereza, e lá se concedeu a ordem, vencidos o Ministro Paulo Gallotti e a Desembargadora convocada Jane Silva.

3. Apanho de minhas reflexões: "Ora, arma sem eficácia não é arma, seria como um canivete ao qual faltassem a lâmina movediça e o cabo. As coisas são o que são, sob pena de abstração da sua realidade. Quando vagamos, a realidade não nos acompanha, e isso não é bom para a dogmática penal. Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida." As coisas são o que são; conforme a poética de Eliot, "alegro-me de serem as coisas o que são". Vejam: "Arma há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida."

4. Quanto ao regime, a sentença estabeleceu o fechado porque "o crime de roubo é grave e não aconselha a fixação de regime mais brando". Sucede que, a tal propósito, há orientação segundo a qual, "quando as circunstâncias previstas no art. 59 do Cód. Penal forem favoráveis ao réu, não pode o juiz estabelecer regime mais rigoroso baseando-se tão-somente na gravidade do delito" (HC n. 81.197, DJ de 03.12.2007).

5. Voto pela concessão da ordem de *habeas corpus* a fim de, primeiro, ter por não configurada a qualificadora do emprego de arma; segundo, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, *data venia*, voto no mesmo sentido do *Habeas Corpus* n. 99.762-MG, de que foi relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado nesta assentada.

Denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, *data venia*, voto no mesmo sentido do *Habeas Corpus* n. 99.762-MG, da relatoria da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado nesta assentada.

Denego a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 128.938-SP (2009/0028939-9)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)
Impetrante: Eduardo Pizarro Carnelós e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Luc Marc Dépensaz

EMENTA

Habeas corpus. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva do paciente revogada pelo Supremo Tribunal Federal mediante condições especificadas pelo juízo de primeiro grau. Dentre estas, o compromisso de depositar em juízo o passaporte. Coação ilegal reconhecida. Termo que não reitera essa obrigação. Ordem concedida para devolver ao paciente seu documento internacional de viagem.

1. O paciente, devidamente autorizado, viajou para a Suíça e cumpriu, no retorno, o compromisso de comparecer à Justiça Federal e apresentar seu passaporte.

2. É indevida a retenção desse documento, porquanto não há lei que a autorize, ao mesmo tempo que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XV, preceitua que "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

3. O novo termo de compromisso assinado pelo paciente não reitera a obrigação de devolver à Justiça Federal seu passaporte, de modo que o presente remédio é hábil a reparar essa coação ilegal violadora do direito de ir e vir, ainda que de modo oblíquo.

4. Ordem concedida, para determinar a entrega definitiva do passaporte.

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 Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentaram oralmente Dr. Eduardo Pizarro Carnelos, pelo paciente: Luc Marc Dépensaz.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

---

DJe 24.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor *de Luc Marc Dèpensaz*, apontando-se como autoridade coatora o *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.

Alegam os impetrantes, em síntese, que ao paciente, denunciado pela prática do delito previsto nos artigos 4º, 16, 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, combinado com os artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990; artigo 1º, VI, VII e § 1º, I e III, da Lei n. 9.613/1998, combinado com o artigo 288 do Código Penal, foi determinada a devolução do seu passaporte, o que se revela ilegal, haja vista que a prisão preventiva, anteriormente decretada, foi revogada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, requereram o deferimento do pedido liminar, para determinar a posse definitiva, ao paciente, do seu passaporte.

A liminar foi indeferida a fls. 171-172.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Esta e. Corte, sobre o tema, já decidiu:

> *Habeas corpus.* Réu nacional processado por vários crimes, mas em liberdade. Atividades laborais no exterior. Apreensão de seu passaporte mediante o temor de que ele se evada ou exerça no exterior as suas atividades ilícitas. Nocuidade da autorização a cada viagem. Medida cautelar, em tese, possível, desde que fundamentada em fatos concretos não demonstrados. Meras conjeturas. Ordem concedida para devolução do passaporte.
>
> 1. A apreensão de passaporte de cidadão brasileiro, em liberdade, impedindo-o de viajar para o exterior, para o exercício de atividades laborais, por consistir, em tese, restrição ao pleno direito de locomoção, amparado pela Constituição Federal, pode ser examinada nesta via.
>
> 2. A presunção de não-culpabilidade não exclui a determinação de medidas cautelares, visando eventual aplicação da lei penal, devidamente fundamentadas em fatos concretos, entre elas a apreensão de passaporte.
>
> 3. Se ao paciente já foi concedida autorização para outras viagens, não se concretizando o receio mostrado na determinação da medida cautelar, não se justifica a sua manutenção.
>
> 4. Ordem concedida para a devolução do passaporte.
>
> *Habeas Corpus* n. 85.495-SP, Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), publicado no DJ: 12.11.2007.

> Processual Penal. Inquérito policial. Crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva. Liberdade provisória. Concessão.

> Juízo de primeiro grau. Imposição. Retenção de passaporte. Viagem. Autorização judicial. Fundamentação. Ausência. Fuga. Mera conjetura. Direito de ir e vir. Restrição. Constrangimento ilegal. Evidenciado.
>
> 1. Se o Juiz de primeiro grau entendeu que não havia como manter a prisão preventiva do indiciado, por conseguinte, não há como reter o passaporte de cidadão estrangeiro, notadamente por tempo indeterminado, ante a ausência de previsão legal.
>
> 2. A medida constritiva de retenção de passaporte imposta com base em mera conjectura caracteriza injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, direito garantido constitucionalmente.
>
> 3. Ordem concedida para determinar a restituição do passaporte e afastar a exigência de autorização judicial para viagem ao exterior, mediante compromisso do paciente de comparecer aos atos relativos à elucidação dos fatos delituosos.
>
> *Habeas Corpus* n. 103.394-RN, Relator: Ministro Og Fernandes, publicado no DJ: 17.11.2008.

Observo, em primeiro lugar, que o Supremo Tribunal Federal revogara a prisão preventiva do paciente, mas mediante condições a ser especificadas pelo Juízo de primeiro grau. E, dentre tais condições, não figurou a retenção do passaporte de que o paciente é portador.

Em segundo lugar, anoto que o paciente obtivera autorização para viagem à Suíça, tendo, obviamente, em mãos seu passaporte, e se comprometera, no retorno, a apresentar-se à Justiça Federal no prazo de 48 horas, e tal compromisso foi cumprido, quando então devolveu o documento de viagem.

Pretende, agora, que lhe seja devolvido pela Justiça Federal esse documento, porquanto não pretende furtar-se à aplicação da lei penal, tanto que, no retorno da viagem, cumpriu os compromissos assumidos.

Bem por isso é que anotei os precedentes transcritos: afinal, não se pode cogitar de temor de fuga, se o paciente foi ao exterior, retornou e devolveu seu passaporte, no prazo estabelecido.

Demais disso, como bem apreendeu o douto voto condutor no Tribunal de origem,

> O paciente, de nacionalidade suíça, foi denunciado pelo Ministério Público Federal como incurso nos artigos 4º, 16 e 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986; artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990; artigo 1º, incisos VI, VII e § 1º incisos I e III, da Lei n. 9.613/1998 combinado com o artigo 288 do Código Penal, apurados em operação desencadeada pela Polícia Federal, denominada "Kaspar II".

Preliminarmente, observo que, embora o pedido da impetração seja de restituição de passaporte, ela na verdade se insurge quanto à proibição de saída do País. Assim, patente o cabimento do *habeas corpus*, nos termos do artigo 5°, inciso LXVIII, da Constituição Federal, já que existente restrição à liberdade de locomoção do paciente.

Consta da impetração que o paciente foi preso em 06.11.2007, em virtude da decretação da prisão temporária, a qual foi posteriormente convertida em prisão preventiva. O paciente apresentou seu passaporte à autoridade impetrada, buscando revogar a medida constritiva, tendo o Juízo da 6ª Vara Criminal indeferido o pedido de liberdade.

Em 18.12.2007, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar a soltura do paciente (fl. 53), o qual prestou compromisso de comparecer a todos os atos processuais e de não se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem autorização judicial, entre outros (fls. 54-55).

O paciente requereu, então, a devolução do passaporte, o que foi indeferido pela autoridade impetrada. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo indeferimento do pedido de devolução do passaporte, ao argumento de que "(...) caso seja liberado o passaporte do requerente, ainda que provisoriamente, há grandes riscos de evasão deste, que é estrangeiro e não possui vínculos com o Brasil, de forma que a instrução do processo e a aplicação da lei penal ficariam prejudicadas" (fl. 65). E a decisão que negou a devolução do documento foi expressa no sentido de que "o réu não possui residência fixa no País, residindo em um 'apart-hotel'", acolhendo assim as razões do Ministério Público Federal.

Entendo que a decisão judicial que indefere a restituição do passaporte de um indivíduo – e, por via transversa, impede a sua saída do País - viola os princípios constitucionais da legalidade e da liberdade de locomoção. Em minha opinião pessoal, não há suporte fático-jurídico a amparar medida restritiva à liberdade de locomoção imposta ao paciente, com nítida função acautelatória de preservação da eficácia de futura e incerta condenação penal, consistente em retenção pela autoridade judiciária de passaporte do paciente.

Com efeito, dispõe o inciso XV do artigo 5° da Constituição Federal que "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". É certo que tal garantia constitucional não impede a decretação, pela autoridade judiciária competente, de medidas de restrição à liberdade de locomoção.

Contudo, qualquer medida deve ser pautada no princípio da legalidade, constante do inciso II do artigo 5° da Carta.

A legislação processual penal prevê a possibilidade de decretação da prisão temporária e da prisão preventiva, desde que atendidos os requisitos estabelecidos. Não há previsão legal para que o Juiz possa, no interesse da

persecução penal, proibir uma pessoa de sair do País. Tampouco há previsão legal para que seja apreendido o passaporte de alguém, com a finalidade de impedir a sua saída do País.

Extrai-se do documento que instrui as informações que o MM. Juízo *a quo*, além de indeferir a restituição do passaporte, também indeferiu o pedido de viagem formulado pelo paciente. Tal procedimento, em minha opinião, também não encontra previsão legal.

Observo que as restrições constantes da redação original do artigo 369 do Código de Processo Penal não mais constam do aludido dispositivo, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.271/1996, que estabelece apenas que, no caso de mudança de endereço sem comunicação ao Juízo, o processo prosseguirá à revelia do acusado.

Por outro lado, tais restrições subsistem, atualmente, apenas com relação ao réu afiançado, conforme consta do artigo 328 do CPP, que não se aplica à hipótese dos autos, pois o paciente foi preso preventivamente. E, ademais, a legislação processual penal não prevê a necessidade de autorização do Juízo para que o réu possa viajar para fora do País, mas apenas determina a comunicação de tal ato, se a ausência for superior a oito dias.

Noutro prisma, não me convencem os argumentos no sentido de que a possibilidade de retenção do passaporte encontra-se dentro do âmbito do poder geral de cautela do Juiz, e que tal medida pode ser adotada, porque não é tão extrema quanto a prisão preventiva, e ao mesmo tempo, hábil a resguardar a persecução penal. Em outras palavras, argumenta-se que, se ao Juiz é dado decretar a máxima restrição à liberdade de locomoção, que é a prisão, também lhe é possível graduar a restrição, proibindo o réu de sair do País, mediante a apreensão de seu passaporte. Ou seja, trata-se da aplicação do adágio "quem pode o mais, pode o menos".

Assim não penso. Não se trata aqui, como visto, de mera apreensão de documento que possa interessar à instrução criminal, mas sim de verdadeira restrição à liberdade de locomoção do indivíduo.

Nesse tema, há de prevalecer a estrita legalidade. Por certo, seria conveniente que a legislação processual penal previsse a possibilidade de restrição de saída do país. Isso, de *lege ferenda*. Enquanto não houver previsão legal de tal medida, concluo pela impossibilidade de sua decretação.

Isso porque reputo perigoso o raciocínio calcado na regra do "quem pode o mais, pode o menos". Do ponto de vista lógico, admitida a premissa da possibilidade de decretação da prisão, e aplicando-se tal regra, seria forçoso concluir-se pela possibilidade do Juiz proibir ao réu não só a saída do País, mas também decretar-lhe a proibição de sair do Estado, do Município, do bairro.

No sentido da impossibilidade de retenção de passaporte, com a finalidade de impedir a saída do réu do país, em casos similares ao aqui discutido, situa-se o

entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: STJ – 6ª Turma – RHC n. 1.944-SP – Rel. Min. Pedro Acioli – DJ 24.08.1992 p.13.001; STJ – 5ª Turma – RHC n. 12.575-RJ – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJ 16.12.2002 p.348; STJ – 5ª Turma – RHC n. 42.994-SP – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJ 21.11.2005 p.264; TRF 3ª Região – 1ª Turma – HC n. 2006.03.00.047907-0 - Relator Juiz Convocado Luciano Godoy – DJ 05.09.2006 p. 300.

Assim, no meu entender configura-se constrangimento ilegal a retenção do passaporte do paciente, com vistas a impedir a sua saída do País. Também entendo que, não se tratando de prisão em flagrante, mas de prisão preventiva decretada durante o curso da ação penal, e não mais estando presentes os seus pressupostos, cabe ao juiz apenas revogá-la, sendo equivocada a concessão de liberdade provisória.

Em minha opinião, não há previsão legal para o estabelecimento de condições para a revogação da prisão preventiva, mas apenas e tão somente quando da concessão de liberdade provisória e assim, não cabe ao Magistrado impor ao réu restrições não previstas em lei, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da liberdade de locomoção (artigo 5º, incisos II, XV e LVII, da Constituição Federal. Nesse sentido já decidiu esta Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no HC n. 2006.03.00.060760-5, de minha Relatoria, DJ 17.10.2006 p. 217.

Contudo, não obstante minha modesta opinião pessoal pela impossibilidade de retenção de passaporte e pela ilegalidade do estabelecimento de condições na revogação de prisão preventiva, no caso dos autos há uma particularidade.

A prisão preventiva do paciente foi revogada por força da decisão da c. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 93.134-1-SP, que concedeu a ordem, nos termos do voto do e. Relator, Ministro Ricardo Lewandowski.

Do voto do e. Relator consta que foi concedida a ordem "para determinar a soltura do paciente, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau". Do voto da Exma. Ministra Carmen Lúcia consta um pedido de esclarecimento ao e. Relator, sobre "se estaria encaminhando no sentido de o juiz poder estabelecer essas mesmas condições ou se já seria uma orientação do próprio voto". E o e. Relator esclareceu que "atento às circunstâncias peculiares, ele poderá estabelecer outras condições que julgar conveniente para além daquelas já estabelecidas no que se refere a um outro investigado em idêntica situação.

Também apresentou passaporte, certidão negativa de antecedentes criminais e comprovante de residência certa."

Observo que o outro investigado é o co-réu *Reto Buzzi*, que havia sido libertado pelo Juízo mediante assinatura de termo de compromisso, e que foi fundamento para a concessão da ordem, em razão do tratamento anti-isonômico.

> Dessa maneira, têm-se que o Supremo Tribunal Federal considerou lícito o estabelecimento de condições para a revogação da prisão preventiva, e entre tais condições considerou lícita a apresentação de passaporte, posto que fez referência a tal possibilidade.
>
> Dessa forma, e com a ressalva de minha opinião em sentido contrário, não há como deferir o pedido.
>
> Por estas razões, denego a ordem.
>
> É o voto.

Não se pode aceitar apenas a conclusão desse ilustrado voto, porquanto, como anotado pela eminente Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Oliveira Gomes, consta, a fl. 183, que o paciente, em 27 de fevereiro de 2009, comparecera à Secretaria da 6ª Vara da Justiça Federal, 48 horas após retornar ao Brasil, e ali firmou termo de compromisso de cumprir as condições impostas pelo Juízo Federal para manter-se solto, e nas quais não se inclui o depósito de seu passaporte em Juízo.

Em suma, 1) foi preso preventivamente; 2) o Supremo Tribunal revogou a prisão, mediante condições a ser especificadas pelo Juízo de primeiro grau; 3) esse Juízo fixou as condições, autorizando o paciente a viajar para a Suíça, por tempo superior a 8 dias, sob o compromisso de, no retorno, depositar em Juízo, no prazo de 48 horas, seu documento de viagem; 4) a imposição de condições foi determinada pelo Supremo Tribunal, mas autorizado o Juízo de primeiro grau a especificá-las, de tal modo que não se pode revogar a imposição de condições, mas, pode o Juízo alterá-las, já que foi este que as especificara; e 5) do termo de fl. 183 não consta a obrigação de depositar em Juízo o passaporte.

Considere-se, finalmente, que este remédio heróico é instrumento legítimo para reparar a coação ilegal de que é vítima o paciente, pois, de modo transverso e oblíquo, há cerceamento ao direito de ir, vir e permanecer, sendo direito líquido e certo do réu portar seu documento internacional de viagem, como o demonstraram os precedentes citados.

Em face do exposto, concedo a ordem, para determinar a devolução definitiva do passaporte ao paciente.

HABEAS CORPUS N. 134.044-SP (2009/0071133-3)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)
Impetrante: Celso Vilardi e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Reto Buzzi

EMENTA

Penal e Processo Penal. Crime contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, crimes de lavagem de dinheiro e crime de bando. Trancamento da ação penal. Alegação de inépcia e falta de justa causa. Ordem concedida para anular a denúncia em relação ao paciente. Nulidade dos atos subsequentes. Ressalva da possibilidade de oferecimento de outra denúncia.

1. Denúncia genérica, sem imputação fática concreta.

2. Inépcia da denúncia.

3. Alegação de dificuldade para a imputação, ante o número significativo de crimes e de réus: fundamento inidôneo que não elide a obrigação de apresentar denúncia com os requisitos do art. 41 do CPP.

4. Esboroa-se, por via oblíqua, o Estado Democrático de Direito, com todos os seus preciosos princípios, se permite ao acusador oferecer denúncia sem imputação fática precisa.

5. Inépcia reconhecida.

6. Ordem concedida, para declarar a nulidade da denúncia, trancando-se a ação penal, mas permitido o oferecimento de outra denúncia, com os requisitos legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura concedendo a ordem, seguida pelo Sr. Ministro Og Fernandes, 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 Nilson Naves, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 29 de junho de 2009 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

---

DJe 17.08.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de *Reto Buzzi***,** denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 4º; 16; e 22 da Lei n. 7.492/1986; combinados com os artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990; e artigo 1º, incisos VI e VII; e parágrafo 1º, incisos I, II e III, da Lei n. 9.613/1998, combinados com o artigo 288 do Código Penal, sob alegação de constrangimento ilegal por parte do e. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, consistente em denegar a ordem em *writ* lá impetrado, com vista ao trancamento da ação penal.

Alegam os impetrantes que a denúncia é inepta, porquanto não se colheu nenhum indício da participação do paciente naqueles crimes, limitando-se a mencionar que ele mantinha contatos diretos com Claudine acerca de transferências financeiras realizadas por clientes em comum e que ele fora o responsável por abertura de contas no Brasil.

Não foram descritos os fatos delituosos e as circunstâncias em que teriam sido praticados.

Em operação realizada pela Polícia Federal, denominada "Kaspar", foram identificados alguns doleiros, sendo um deles, supostamente, Claudine.

Ao paciente foi atribuída a condição de representante do Banco Clariden no Brasil e não de funcionário do Credit Suisse ou do UBS, estes acusados de atividades ilícitas, como consta da denúncia. As conversas do paciente com Claudine se referem a esses dois bancos, com o qual não mantinha ele nenhum contato, à época dos fatos. E, na verdade, tratava-se de um mero favor, relacionado a transferências entre essas duas instituições.

Quanto ao crime de gestão fraudulenta, só pode ser caracterizado se houver uma instituição financeira a ser gerida e operada. Não se sabe qual instituição seria gerida pelo paciente e quem eram seus clientes.

O paciente não pode defender-se de uma acusação que não descreve sua conduta. Os demais delitos não estão, igualmente, descritos na denúncia. Limita-se ela a dizer que o paciente mantinha contatos diretos com Claudine sobre transferências financeiras realizadas em comum (clientes dos serviços de Claudine e correntistas do Banco Clariden Leu na Suiça).

No tocante ao crime de formação de quadrilha ou bando, não foram sequer mencionadas as pessoas que integrariam a suposta quadrilha.

Manifesto, assim, o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Pleiteou a concessão liminar da ordem, visando ao trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia (fls. 2 a 44).

O Tribunal *a quo* prestou informações a fl. 185, esclarecendo que já houve julgamento (31.03.2009), sendo denegada a ordem impetrada em favor do paciente naquele Tribunal, votação unânime. Juntaram-se peças a fls. 186-278.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para trancar a ação penal em relação ao crime contra a ordem tributária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Eis o rol de crimes imputado ao paciente e a outros 28 corréus: a) gestão fraudulenta; b) fazer operar instituição financeira sem autorização das autoridades brasileiras; c) evasão de divisas; d) lavagem de dinheiro; e) formação de quadrilha. Tais crimes estão tipificados na Lei n. 7.492/1986, arts. 4°; 16; 22, *caput*, parágrafo único; Lei n. 8.137/1990, arts. 1° e 2°; Lei n. 9.613/1998, art. 1°, VI, VII e § 1°, I, II, III; e Código Penal, art. 288.

Na impetração, pede-se o trancamento da ação penal, sob o fundamento de inépcia formal da denúncia, tanto em razão da ausência de descrição das condutas imputadas ao paciente, como da falta de elementos indicadores de sua ação nas supostas práticas delituosas. Quanto aos crimes de gestão fraudulenta e operação de instituição financeira, a inépcia é material, ausente imputação

relativa ao paciente de ser ele controlador, administrador, gestor, diretor ou gerente de instituição financeira. Ademais não se descreveu a prática de fraude. Com relação aos crimes de evasão de divisas, a inépcia é formal, porquanto ser gerente, na Suíça, de contas de brasileiros que enviam e recebem recursos para o exterior não configura o tipo penal, e, além disso, não há descrição das remessas. Alega-se inépcia material da denúncia, em relação ao crime de sonegação fiscal, por não haver indicação dos tributos em tese devidos. Acresce inexistir autuação fiscal concluída, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso no HC n. 81.611. Com relação ao crime de lavagem de dinheiro, sustentam os impetrantes inépcia material da denúncia, por não descrever a forma de ocultação, dissimulação ou reintegração de valores ou como o acusado teria participado desses procedimentos. E, ainda, inépcia formal da denúncia, quanto ao crime de formação de quadrilha, por não apontar os participantes, nem demonstrar a existência de associação ou de sua permanência.

Insistem os ilustres impetrantes em que os fatos imputados ao paciente não permitem chegar-se à conclusão de que podem ser qualificados como crimes porquanto as descrições sucintas não o permitem.

Mas, veja-se, em primeiro lugar, que o número de crimes imputado ao paciente Reto Buzzi alcança mais de uma dezena:

Lei n. 7.492/1986

> Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:
>
> Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
>
> Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
>
> Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:
>
> Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:
>
> Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei n. 9.964, de 10.04.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2° Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998.

> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:
>
> VI - contra o sistema financeiro nacional;
>
> VII - praticado por organização criminosa.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:
>
> I - os converte em ativos lícitos;
>
> II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
>
> III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Código Penal

> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
>
> Pena - reclusão, de um a três anos.

Transcrevo a denúncia, na parte que imputa a Reto Buzzi os seguintes fatos típicos:

> 12) *Reto Buzzi*
>
> O denunciado *Reto Buzzi* é cidadão suíço, residente no Brasil, gerente de contas na Suíça, especialmente de brasileiros, junto ao banco *Clariden Leu* (banco do mesmo grupo do *Credit Suisse*) que se valiam dos serviços de *Claudine* para enviar ou receber recursos por intermédio e com suporte daquela instituição.
>
> Mantinha contatos diretos com *Claudine* acerca de transferências financeiras realizadas por clientes em comum (clientes dos serviços de *Claudine* e correntistas do banco *Clariden Leu* na Suíça), tendo sido o denunciado *Buzzi* o responsável pela abertura de contas no Brasil, no próprio escritório de *Claudine*, conforme a declaração de alguns clientes.
>
> *Buzzi* tinha direta participação na realização das operações a cabo que *Claudine* intermediava entre seus clientes, conforme se observa do teor dos diálogos abaixo indicados:
>
> Telefone Nome do alvo
>
> 1181718738 Claudine – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Claudine x Butsi (Clariden)

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
25.07.2007/08:24:52	25.07.2007/08:29:18	00:04:26

"Claudine liga para Buzzi (gerente de conta do Banco Clariden) pedindo informações a respeito da transferência de dinheiro da conta Tortellini do Banco Credit Suisse – pertencente a Alain, Confecções Leal – para a conta Parbold do UBS."

Telefone	Nome do alvo
1181718738	Claudine – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Butsi (Clariden) X Michel

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
25.07.2007/10:04:24	25.07.2007/10:07:36	00:03:12

"Buzzi liga para Claudine informando que o pessoal do Banco Credit Suisse negou-lhe informações sobre a transferência de valores da conta Tortelli pertencente a Alain para a conta Parbold do UBS e que o dinheiro ainda não tinha chegado no UBS. Claudine, ao final da conversa, menciona que a esposa de Alain também poderia ligar para o Banco Credit, porém, por causa do fuso horário também estaria impossibilitada de fazê-lo. Esta afirmativa de Claudine demonstra indícios de que a esposa de Alain seja a titular da conta Lasagna, também do Credit Suisse, haja vista fax de Claudine com autorizações de transferência desta conta serem encaminhadas para a Confecção Leal."

Telefone	Nome do alvo
1181718738	Claudine – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Butsi x Claudine

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
07.08.2007/13:00:00	07.08.2007/13:02:04	00:01:25

Telefone	Nome do alvo
1196898865	Buzzi – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Pietro x Buzzi

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
14.09.2007/12:37:35	14.09.2007/12:38:22	00:00:47

> "Ao que tudo indica, Pietro é cliente de Buzzi, do banco Clariden. Na oportunidade, ele deseja saber se já entrou um cabo no montante de 50.000,00 USD."
>
> | Telefone | Nome do alvo |
> |---|---|
> | 1196898865 | Buzzi – Kaspar |
>
> Interlocutores/Comentário
>
> 7@@@Boris x Buzzi Cabo Degravar Ok
>
> | Data/Hora inicial | Data/Hora final | Duração |
> |---|---|---|
> | 31.10.2007/10:36:36 | 31.10.2007/10:37:41 | 00:01:05 |
>
> Os *apensos* 08 e 09 contêm os documentos apreendidos em poder de *Buzzi*, além de valores em espécie.
>
> Material apreendido em poder de *Claudine* demonstra a sua relação financeira com *Buzzi*, como, por exemplo, o boleto em nome de *Buzzi* reproduzido em imagem constante do relatório final, e o extrato das operações de *Buzzi* extraído do *pen drive* de *Claudine*. (fls. 129-131)

Ora, se formos contar o número de núcleos típicos, mais de uma dezena, e tentar subsumir os fatos descritos na denúncia, chegaremos à conclusão de que tais fatos não bastam para tantos crimes...

Começando pela primeira imputação, o artigo 4° da Lei n. 7.492/1986, o paciente teria gerido fraudulentamente instituição financeira. Qual instituição? Quando? Fraudulentamente por quê? Qual o ardil empregado? Aliás, é tipo aberto, vago e, por isso mesmo, tangenciando a inconstitucionalidade, circunstância que não passou despercebida do penalista paulista Guilherme de Souza Nucci:

> Cuida-se de elemento aberto do tipo penal, valendo-se da interpretação, sob o prisma cultural e também jurídico.
>
> (Leis penais e processuais penais Comentadas, p. 1.084)

Viola, certamente, o princípio da legalidade das penas e delitos, previsto na Constituição Federal, artigo 5°, inciso XXXIX, que dispõe claramente não haver crime sem lei anterior que o defina. Em outras palavras, a definição a que a Constituição Federal se refere, significa seja a tipificação bem descrita, com suficientes circunstâncias e pormenores. Isto é, a tipificação há de ser taxativa, porquanto tipo aberto, como é mais do que sabido, permite interpretações e abrange fatos que não se revelam lesivos à sociedade.

É crime próprio, isto é, somente pode ser praticado por sujeito qualificado. E, embora, de início, aparente ser crime habitual, para Guilherme Nucci, não o é ("Leis Penais e processuais penais comentadas", p. 1.087). Veja-se, aliás, o parágrafo único do art. 1°, da Lei n. 7.492/1986, mostrando que se equipara à instituição financeira a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual. Cf. seu inciso I.

No entanto, à semelhança do disposto no artigo 16 dessa lei, de forma diferente pensam Paulo José da Costa Júnior, Maria Elisabeth Queijo e Charles M. Machado:

> A coleta, intermediação ou aplicação de dinheiro como mercadoria exige um mínimo de reiteração. A mercancia do numerário é habitual. Fazê-la operar, colocá-la em funcionamento, pressupõe uma repetição da conduta, uma certa frequência no comércio.
>
> Assim, o crime não se consuma com uma só operação, isolada.
>
> Punir tal tipo de conduta implicaria em punir todos aqueles que firmaram contratos de mútuo.
>
> Tratando-se de crime habitual, é admissível a tentativa, por parte do agente que estiver dando início à prática ilegal.
>
> (Crimes do Colarinho Branco, p. 115, Saraiva, São Paulo, 2002)

Mas, embora a denúncia atribuísse ao paciente a condição de ser representante do Banco Clariden, e não do Credit Suisse ou da União de Bancos Suíços, o diálogo transcrito na denúncia diz respeito a atividades desses dois bancos.Ora, o paciente não entretinha nenhuma relação com esses dois bancos. E o diálogo se prendia a um favor que iria prestar a Claudine. Esta solicitou ao paciente a obtenção de informações junto ao Credit Suisse, mas não logrou ele obtê-las, pois o pessoal desse banco lhe negara essas informações.

Quanto ao terceiro telefonema, não está transcrito o teor do diálogo.

Não há dúvida de que, se esses telefonemas ensejassem informações comprometedoras, o Ministério Público certamente estaria respaldado por elas e certamente apresentaria uma denúncia com os pormenores e circunstâncias dos fatos, uma denúncia a eles vinculada e merecedora de, pelo menos, recebimento e apreciação.

O artigo 16 da Lei n. 7.492/1986 refere-se a "Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio". No

entanto, a denúncia refere-se a ser o paciente gerente do Banco Clariden, sem afirmar que esse Banco não está legalmente autorizado a operar no Brasil. E o artigo 22: "Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País". Todos esses preceitos primários, artigos 4°, 16 e 22 da Lei n. 7.492/1986, foram executados pelo paciente? A denúncia descreve alguns fatos episódicos que, francamente, estão longe de caracterizar a prática desses dois delitos. De sua leitura, como já vimos, não se chega à conclusão lógica a que chegou a acusação. Sua ligação eventual com uma pessoa acusada de ser doleira não o faz representante de uma instituição financeira, não o torna seu gestor, menos ainda de administrá-la fraudulentamente. Como igualmente não descreve cada operação de câmbio realizada sem autorização e com o propósito de promover a evasão de divisas do País.

Como logo se percebe, a denúncia, também nesses capítulos, é genérica e vaga, a impedir a plena defesa do acusado.

Não escapa ao mesmo vício a denúncia referente aos delitos previstos nos artigos 1° e 2° da Lei n. 8.317. E nesse ponto, a acusação não se deu ao trabalho de sequer consignar os incisos desses artigos, aos quais se subsumiriam as condutas do paciente! Não cuidou a acusação de imputar fatos, limitando-se à citação dos artigos 1° e 2° da mencionada lei. Não se referiu ao valor devido, que, como se sabe, é elemento constitutivo do tipo. Não há referência ao tributo sonegado, não há auto de infração. Pelo que se infere da própria denúncia, não há procedimento administrativo para a apuração da sonegação de tributo, ao mesmo tempo que seria lícito pagar o imposto e, com isso, extinguir a punibilidade do crime tributário.

Aliás, o parecer oferecido pelo Ministério Público Federal é no sentido de acolher a impetração apenas no tocante ao crime contra a ordem tributária, sob o fundamento de que

> relativamente ao crime contra a ordem tributária, segundo a orientação hoje vigente nos Tribunais Superiores, a partir do julgamento HC n. 81.611 (Re. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário), "os crimes definidos no art. 1° da Lei n. 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo", de sorte que, pendendo recurso administrativo onde se discute o débito tributário, perante o Fisco, ainda não há crime a ser perseguido, porquanto tributo é elemento normativo do tipo.

Os crimes de "lavagem" de dinheiro são regulados pela Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Pretende-se impedir que dinheiro de origem ilícita

ingresse no sistema financeiro. Por isso, a "lavagem" pressupõe ilícito anterior. Daí por que à acusação caberia individualizar a conduta antecedente ilícita e a conduta consequente destinada a dissimular a origem ilícita do bem para fazê-lo ingressar no sistema financeiro. E, mais uma vez, a denúncia é omissa, impossibilitando a compreensão da imputação, assim descumprido o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Parece que os três telefonemas feitos pelo paciente, cujo teor já aqui transcrito, servem como imputação fática de mais de uma dezena de crimes imputados ao paciente...

Finalmente, quanto ao delito de quadrilha ou bando, da mesma forma, a denúncia omite a intenção de associar-se o paciente a outros indivíduos para a prática de crime, nem especifica quais seriam os outros membros do bando. Limitou-se a imputar a 29 pessoas a prática de vários delitos. Pelas mesmas razões já tantas vezes expendidas, a denúncia, nesse tema, é inepta.

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RHC n. 85.658, do Estado do Espírito Santo, Relator o Ministro Cezar Peluso:

> *Ementas:* 1. Ação penal. Denúncia. Deficiência. Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos. Sacrifício do contraditório e da ampla defesa. Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal (*due process of law*). Nulidade absoluta e insanável. Superveniência da sentença condenatória. Irrelevância. Preclusão temporal inocorrente. Conhecimento da arguição em HC. Aplicação do art. 5°, incs. LIV e LV, da CF. Votos vencidos. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão. 2. Ação penal. Delitos contra o sistema financeiro nacional. Crimes ditos societários. Tipos previstos nos arts. 1° e 2° da Lei n. 8.137/1990 e art. 22 da Lei n. 7.492/1986. Denúncia genérica. Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade de administrador de empresas. Inadmissibilidade. Imputação à pessoa jurídica. Caso de responsabilidade penal objetiva. Inépcia reconhecida. Processo anulado a partir da denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim. Extensão da ordem ao co-réu. Inteligência do art. 5°, incs. XLV e XLVI, da CF, dos arts. 13, 18, 20 e 26 do CP e 225 da Lei n. 7.492. Aplicação do art. 41 do CPP. Precedentes. No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito "crime societário", é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa.
>
> (DJ n. 155, de 12.08.2005)

E não é de agora a preocupação deste magistrado com certa complacência do Judiciário em relação às imputações genéricas e vagas, como o comprovam os seguintes julgados, no Estado de São Paulo, ao início da década de 2000:

> É preciso considerar sempre que os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, publicidade dos autos processuais, etc, etc, de nada valem, nem atuam, se for permitido ao titular da ação penal oferecer denúncia em que a imputação fática seja genérica, vaga, abstrata, a até impedir a defesa do réu e a até permitir certa desvinculação entre a imputação e a sentença.
>
> Exige-se cientificidade na elaboração de uma denúncia. Gilberto Callado de Oliveira, em monografia sobre o conceito de acusação enfatiza o princípio segundo o qual *nulla accusatio sine culpa* e acrescenta: "Não há acusação propriamente dita sem que lhe tenha precedido uma culpa, como aquilo do aforismo *nulla accusatio sine culpa*; daí se infere que não podemos entender definitivamente o que é a acusação e sua razão de ser, sem chegarmos a ter uma idéia exata dos seus elementos constitutivos e da culpa que lhes dá origem" (cf. "O conceito de acusação" p. 154 – RT 1996).
>
> A imputação como dizia o saudoso José Frederico Marques, é que precisa ser certa e determinada, e "imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta no acusado descrevendo o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada" ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. II, p. 153, Forense, ed., 1961, Rio de Janeiro – São Paulo).
>
> (HC n. 378.673-3/4 – Atibaia TJ-SP, Voto-vencido de minha relatoria)

No mesmo sentido, cito outro julgado de minha relatoria, HC n. 993.08.032875-7, Itapeva, TJ-SP, transcrevendo voto do Ministro Flaquer Scartezzini:

> Decidiu-se já que: "Não obstante considerar-se que nos crimes com pluralidade de agentes como nos societários, a não exigência da descrição pormenorizada de cada agente no ato tido por delituoso, necessário se faz afirmar que a peça acusatória não pode omitir os mais elementares requisitos que demonstrem estar presentes as indispensáveis condições para a *causa petendi*.
>
> A atenuação do rigorismo do artigo 41 do CPP não implica em admitir-se denúncia que, nem de longe demonstre a ação ou omissão praticada pelos agentes, o nexo de causalidade com o resultado danoso ou qualquer elemento indiciário de culpabilidade.
>
> Evidenciada nos autos a inexistência de ilícito e, menos ainda, da pretensão dolosa afirmada na denúncia, é de ser tida esta por inepta.
>
> Assim, ordem de *habeas corpus* concedida para o fim de trancamento da ação penal" (HC n. 3.335-3-DF – 5ª Turma – j. 24.05.1995 – relator Min. Flaquer Scartezzini – DJU 07.08.1995.

Não é outro, felizmente, o entendimento desta e. 6ª Turma, sempre com a mesma preocupação de garantir aos acusados a ampla defesa, acoimando de nulas as denúncias que, desprezando o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, trazem imputações fáticas genéricas, como se vê do seguinte julgado, relatado pelo eminente Ministro Nilson Naves:

> Crime contra a ordem tributária (imputação). Omissão de informações e de operação realizada (caso). Denúncia (concurso de pessoas). Individualização das condutas (ausência). Argüição de inépcia (procedência).
>
> 1. Conforme as melhores lições, da denúncia – peça narrativa e demonstrativa – exigem-se informações precisas sobre quem praticou o fato (quis) e sobre os meios empregados (*quibus auxiliis)*.
>
> 2. Tratando-se, como se trata, de crimes contra a ordem tributária, não há como admitir denúncia que dela não conste descrição das diversas condutas atribuídas aos sócios da empresa.
>
> 3. Caso em que, por faltar descrição de elementos de convicção que a ampare, a denúncia não reúne, em torno de si, as exigências legais, estando, portanto, formalmente inepta.
>
> 4. Ordem de *habeas corpus* concedida.
>
> (*Habeas Corpus* n. 76.611-PE, relator: Ministro Nilson Naves, publicado no DJ: 09.06.2008)

> Processual Penal. *Habeas corpus*. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Art. 168-A do Código Penal. Denúncia. Inépcia. Falta de descrição adequada das condutas dos denunciados. Simples remissão ao contrato social. Falta de nexo causal. Nulidade.
>
> 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal convergem no entendimento de que, nos crimes praticados no âmbito das sociedades, a detenção de poderes de gestão e administração não é suficiente para a instauração da ação penal, devendo a denúncia descrever conduta da qual se possa resultar a prática do delito (nexo de causalidade).
>
> 2. Possuindo o contrato social a previsão de que a sociedade será administrada por diretores e gerentes, torna-se ainda mais recomendável que exista prévia investigação da efetiva participação dos pacientes na prática da conduta descrita na denúncia.
>
> 3. Ordem concedida para declarar inepta a inicial acusatória, e, por conseguinte, a nulidade de todo o processo.
>
> (*Habeas corpus* n. 53.305-SP, relatora : Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado no DJ: 11.02.2008)

> Processual Penal. Recurso em *habeas corpus.* Crime ambiental. Desmatamento de floresta de preservação permanente. Nulidade do inquérito policial. Matéria não levada ao crivo da Corte *a quo.* Supressão de instância. Inépcia da denúncia. Peça genérica que não narra satisfatoriamente as condutas do agente. Acusação embasada tão-somente no fato de ser ele proprietário da fazenda onde teria ocorrido, em tese, o desmatamento ilegal. Impossibilidade. Responsabilidade penal objetiva repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio. Inexistência, ademais, de qualquer conduta narrada na denúncia. Tipo penal que admite a modalidade culposa. Denúncia que se eximiu de narrar qual teria sido o *animus* do agente. Necessidade de trancamento da ação penal. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.
>
> 1. De nada adiantam os princípios constitucionais e processuais do contraditório, da ampla defesa, em suma, do devido processo legal na face substantiva e processual, das próprias regras do estado democrático de direito, se permitido for à acusação oferecer denúncia genérica, vaga, se não se permitir a individualização da conduta de cada réu, em crimes plurissubjetivos.
>
> É vedado a este Superior Tribunal de Justiça o exame originário de matéria não apreciada pelo Tribunal *a quo* (irregularidades do inquérito policial), sob pena de indevida supressão de instância, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Precedentes.
>
> A denúncia formalmente correta e capaz de ensejar o efetivo exercício da ampla defesa deve individualizar os atos praticados pelo denunciado e que contribuíram para o resultado criminoso.
>
> O simples fato de uma pessoa ser proprietária de uma área rural, por si só, não significa que ela deva ser responsabilizada por qualquer crime indistintamente ali praticado, sob pena de consagração da responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo nosso Direito Penal. Precedentes.
>
> É inadmissível a imputação de um fato delitivo a um acusado sem demonstrar, nem sequer em tese, sua contribuição (ação ou omissão) para seu resultado.
>
> Por outro lado, admitindo o tipo penal imputado ao recorrente a modalidade culposa (artigo 38 da Lei n. 9.605/1998), mister a elucidação, na denúncia, do *animus* que lhe moveu.
>
> Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para trancar a ação penal ajuizada contra o recorrente, declarando-se a inépcia da denúncia quanto a ele e a nulidade dos atos que sucederam seu recebimento.
>
> (Recurso em *Habeas Corpus* n. 24.390-MS, de minha relatoria, publicado no DJ de 16.03.2009)

Na doutrina, Guilherme Nucci, na obra já citada, considera possível a denúncia genérica, diante da dificuldade que se enfrenta para individualizar a conduta de cada réu:

> Denúncia genérica: os crimes contra a ordem tributária, cometidos em concurso de agentes, pode admitir a denominada *denúncia genérica*, ou seja, a peça acusatória, por absoluta impossibilidade, indica apenas os co-autores e eventuais partícipes do delito, porém sem precisar, detalhadamente, a conduta de cada um deles.
>
> (obra citada, p. 978)

Mas, diante de sua honestidade intelectual, recorda entendimento contrário, esposado por Hugo de Brito Machado, que, com veemência, protesta contra a possibilidade de ser recebida denúncia com as características de vaga e genérica:

> Não merece prosperar o argumento segundo o qual a denúncia genérica justifica-se pela impossibilidade de determinação, desde logo, da participação individual de cada um dos denunciados no cometimento criminoso. Na verdade, a instrução criminal existe para que se faça, em seu curso, a prova das imputações. Não para ensejar novas imputações. Admitir a denúncia contra alguém apenas com a referência de que o denunciado é sócio, ou diretor, ou acionista de determinada empresa, para que no curso da instrução se esclareça em que consistiu sua participação pessoal no cometimento ilícito, é admitir o início da ação penal sem imputação de fato ilícito, para que somente depois, no curso da instrução, se faça a imputação, o que é um verdadeiro despautério, em das garantias constitucionais albergadas não apenas pelo nosso, mas por todos os países civilizados.
>
> (Estudos de direito penal tributário, p. 83-85, *apud* Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, de Guilherme Nucci)

Em suma, com a admissão de denúncia genérica, desobrigando o acusador de descrever a conduta de cada réu, esboroam-se, por via transversa e oblíqua, o Estado Democrático de Direito e seus mais caros princípios: de nada valem o devido processo legal, em suas faces processual e substancial, os princípios da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, do juízo natural, da obrigatória fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário e tantos outros, se ao acusador se permite o oferecimento de denúncia genérica. Ou, em outras palavras, com esse afrouxamento de princípios constitucionais, corremos todos o risco de um Estado policialesco e autoritário, a frustrar as expectativas de que, com a Constituição-cidadã, não mais haveria abusos e arbítrios.

Em face do exposto, concedo a ordem para declarar inepta a denúncia, em relação exclusivamente ao paciente, anulando-se o processo a partir do oferecimento daquela peça, inclusive.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão da inépcia da inicial acusatória.

O relator, eminente Desembargador convocado Celso Limongi, assim sumariou o feito:

> Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de *Reto Buzzi*, denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 4º; 16; e 22; da Lei n. 7.492/1986; combinados com os artigos 1º; e 2º, da Lei n. 8.137/1990; e artigo 1º, incisos VI e VII; e parágrafo 1º, incisos I, II e III, da Lei n. 9.613/1998, combinados com o artigo 288 do Código Penal, sob alegação de constrangimento ilegal por parte do e. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, consistente em denegar a ordem em *writ* lá impetrado, com vista ao trancamento da ação penal.
>
> Alegam os impetrantes que a denúncia é inepta, porquanto não se colheu nenhum indício da participação do paciente naqueles crimes, limitando-se a mencionar que ele mantinha contatos diretos com Claudine acerca de transferências financeiras realizadas por clientes em comum e que ele fora o responsável por abertura de contas no Brasil.
>
> Não foram descritos os fatos delituosos e as circunstâncias em que teriam sido praticados.
>
> Em operação realizada pela Polícia Federal, denominada "Kaspar", foram identificados alguns doleiros, sendo um deles, supostamente, Claudine.
>
> Ao paciente foi atribuída a condição de representante do Banco Clariden no Brasil e não de funcionário do Credit Suisse ou do UBS, estes acusados de atividades ilícitas, como consta da denúncia. As conversas do paciente com Claudine se referem a esses dois bancos, com o qual não mantinha ele nenhum contato, à época dos fatos. E, na verdade, tratava-se de um mero favor, relacionado a transferências entre essas duas instituições.
>
> Quanto ao crime de gestão fraudulenta, só pode ser caracterizado se houver uma instituição financeira a ser gerida e operada. Não se sabe qual instituição seria gerida pelo paciente e quem eram seus clientes.
>
> O paciente não pode defender-se de uma acusação que não descreve sua conduta. Os demais delitos não estão, igualmente, descritos na denúncia. Limita-se ela a dizer que o paciente mantinha contatos diretos com Claudine sobre transferências financeiras realizadas em comum (clientes dos serviços de Claudine e correntistas do Banco Clariden Leu na Suiça).
>
> No tocante ao crime de formação de quadrilha ou bando, não foram sequer mencionadas as pessoas que integrariam a suposta quadrilha.
>
> Manifesto, assim, o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente.

Pleiteou a concessão liminar da ordem, visando ao trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia (fls. 2 a 44).

O Tribunal *a quo* prestou informações a fl. 185, esclarecendo que já houve julgamento (31.03.2009), sendo denegada a ordem impetrada em favor do paciente naquele Tribunal, votação unânime. Juntaram-se peças a fls. 186-278.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para trancar a ação penal em relação ao crime contra a ordem tributária.

Pelo seu voto, a ordem a de ser concedida, com fulcro nos seguintes argumentos:

Na impetração, pede-se o trancamento da ação penal, sob o fundamento de inépcia formal da denúncia, tanto em razão da ausência de descrição das condutas imputadas ao paciente, como da falta de elementos indicadores de sua ação nas supostas práticas delituosas. Quanto aos crimes de gestão fraudulenta e operação de instituição financeira, a inépcia é material, ausente imputação relativa ao paciente de ser ele controlador, administrador, gestor, diretor ou gerente de instituição financeira. Ademais não se descreveu a prática de fraude. Com relação aos crimes de evasão de divisas, a inépcia é formal, porquanto ser gerente, na Suíça, de contas de brasileiros que enviam e recebem recursos para o exterior não configura o tipo penal, e, além disso, não há descrição das remessas. Alega-se inépcia material da denúncia, em relação ao crime de sonegação fiscal, por não haver indicação dos tributos em teses devidos. Acresce inexistir autuação fiscal concluída, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso no HC n. 81.611. Com relação ao crime de lavagem de dinheiro, sustentam os impetrantes inépcia material da denúncia, por não descrever a forma de ocultação, dissimulação ou reintegração de valores ou como o acusado teria participado desses procedimentos. E, ainda, inépcia formal da denúncia, quanto ao crime de formação de quadrilha, por não apontar os participantes, nem demonstrar a existência de associação ou de sua permanência.

Insistem os ilustres impetrantes em que os fatos imputados ao paciente não permitem chegar-se à conclusão de que podem ser qualificados como crimes porquanto as descrições sucintas não o permitem.

Mas, veja-se, em primeiro lugar, que o número de crimes imputado ao paciente Reto Buzzi alcança mais de uma dezena:

Lei n. 7.492/1986

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei n. 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2° Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998.

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Código Penal

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

Transcrevo a denúncia, na parte que imputa a Reto Buzzi os seguintes fatos típicos:

12) *Reto Buzzi*

O denunciado *Reto Buzzi* é cidadão suíço, residente no Brasil, gerente de contas na Suíça, especialmente de brasileiros, junto ao banco *Clariden Leu* (banco do mesmo grupo do *Credit Suisse*) que se valiam dos serviços de *Claudine* para enviar ou receber recursos por intermédio e com suporte daquela instituição.

Mantinha contatos diretos com *Claudine* acerca de transferências financeiras realizadas por clientes em comum (clientes dos serviços de *Claudine* e correntistas do banco *Clariden Leu* na Suíça), tendo sido o denunciado *Buzzi* o responsável pela abertura de contas no Brasil, no próprio escritório de *Claudine*, conforme a declaração de alguns clientes.

Buzzi tinha direta participação na realização das operações a cabo que *Claudine* intermediava entre seus clientes, conforme se observa do teor dos diálogos abaixo indicados:

Telefone	Nome do alvo	
1181718738	Claudine – Kaspar	
Interlocutores/Comentário		
Claudine x Butsi (Clariden)		
Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
25.07.2007/08:24:52	25.07.2007/08:29:18	00:04:26

"Claudine liga para Buzzi (gerente de conta do Banco Clariden) pedindo informações a respeito da transferência de dinheiro da conta Tortellini do Banco Credit Suisse – pertencente a Alain, Confecções Leal – para a conta Parbold do UBS."

Telefone	Nome do alvo	
1181718738	Claudine – Kaspar	
Interlocutores/Comentário		
Butsi (Clariden) x Michel		
Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
25.07.2007/10:04:24	25.07.2007/10:07:36	00:03:12

"Buzzi liga para Claudine informando que o pessoal do Banco Credit Suisse negou-lhe informações sobre a transferência de valores da conta Tortelli pertencente a Alain para a conta Parbold do UBS e que o dinheiro ainda não tinha chegado no UBS. Claudine, ao final da conversa, menciona que a esposa de Alain também poderia ligar para o Banco Credit, porém, por causa do fuso horário também estaria impossibilitada de fazê-lo. Esta afirmativa de Claudine demonstra indícios de que a esposa de Alain seja a titular da conta Lasagna, também do Credit Suisse, haja vista fax de Claudine com autorizações de transferência desta conta serem encaminhadas para a

Confecção Leal."

Telefone	Nome do alvo
1181718738	Claudine – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Butsi x Claudine

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
07.08.2007/13:00:00	07.08.2007/13:02:04	00:01:25

Telefone	Nome do alvo
1196898865	Buzzi – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Pietro x Buzzi

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
14.09.2007/12:37:35	14.09.2007/12:38:22	00:00:47

"Ao que tudo indica, Pietro é cliente de Buzzi, do banco Clariden. Na oportunidade, ele deseja saber se já entrou um cabo no montante de 50.000,00 USD."

Telefone	Nome do alvo
1196898865	Buzzi – Kaspar

Interlocutores/Comentário

7@@@Boris x Buzzi Cabo Degravar Ok

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
31.10.2007/10:36:36	31.10.2007/10:37:41	00:01:05

Os *apensos* 08 e 09 contêm os documentos apreendidos em poder de *Buzzi*, além de valores em espécie.

Material apreendido em poder de *Claudine* demonstra a sua relação financeira com *Buzzi*, como, por exemplo, o boleto em nome de *Buzzi* reproduzido em imagem constante do relatório final, e o extrato das operações de *Buzzi* extraído do *pen drive* de *Claudine*. (fls. 129-131)

Ora, se formos contar o número de núcleos típicos, mais de uma dezena, e tentar subsumir os fatos descritos na denúncia, chegaremos à conclusão de que tais fatos não bastam para tantos crimes...

Começando pela primeira imputação, o artigo 4° da Lei n. 7.492/1986, o paciente teria gerido fraudulentamente instituição financeira. Qual instituição? Quando? Fraudulentamente por quê? Qual o ardil empregado? Aliás, é tipo aberto, vago e, por isso mesmo, tangenciando a inconstitucionalidade, circunstância que não passou despercebida do penalista paulista Guilherme de Souza Nucci:(...)

Viola, certamente, o princípio da legalidade das penas e delitos, previsto na Constituição Federal, artigo 5°, inciso XXXIX, que dispõe claramente não haver crime sem lei anterior que o defina. Em outras palavras, a definição a que a Constituição Federal se refere, significa seja a tipificação bem descrita, com suficientes circunstâncias e pormenores. Isto é, a tipificação há de ser taxativa, porquanto tipo aberto, como é mais do que sabido, permite interpretações e abrange fatos que não se revelam lesivos à sociedade.

É crime próprio, isto é, somente pode ser praticado por sujeito qualificado. (...)

Mas, embora a denúncia atribuísse ao paciente a condição de ser representante do Banco Clariden, e não do Credit Suisse ou da União de Bancos Suíços, o diálogo transcrito na denúncia diz respeito a atividades desses dois bancos.Ora, o paciente não entretinha nenhuma relação com esses dois bancos. E o diálogo se prendia a um favor que iria prestar a Claudine. Esta solicitou ao paciente a obtenção de informações junto ao Credit Suisse, mas não logrou ele obtê-las, pois o pessoal desse banco lhe negara essas informações.

Quanto ao terceiro telefonema, não está transcrito o teor do diálogo.

Não há dúvida de que, se esses telefonemas ensejassem informações comprometedoras, o Ministério Público certamente estaria respaldado por elas e certamente apresentaria uma denúncia com os pormenores e circunstâncias dos fatos, uma denúncia a eles vinculada e merecedora de, pelo menos, recebimento e apreciação.

O artigo 16 da Lei n. 7.492/1986 refere-se a "Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio". No entanto, a denúncia refere-se a ser o paciente gerente do Banco Clariden, sem afirmar que esse Banco não está legalmente autorizado a operar no Brasil. E o artigo 22: "Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País". Todos esses preceitos primários, artigos 4°, 16 e 22 da Lei n. 7.492/1986, foram executados pelo paciente? A denúncia descreve alguns fatos episódicos que, francamente, estão longe de caracterizar a prática desses dois delitos. De sua leitura, como já vimos, não se chega à conclusão lógica a que chegou a acusação. Sua ligação eventual com uma pessoa acusada de ser doleira não o faz representante de uma instituição financeira, não o torna seu gestor, menos ainda de administrá-la fraudulentamente. Como igualmente não descreve cada operação de câmbio realizada sem autorização e com o propósito de promover a evasão de divisas do País.

Como logo se percebe, a denúncia, também nesses capítulos, é genérica e vaga, a impedir a plena defesa do acusado.

Não escapa ao mesmo vício a denúncia referente aos delitos previstos nos artigos 1° e 2° da Lei n. 8.317. E nesse ponto, a acusação não se deu ao trabalho de sequer consignar os incisos desses artigos, aos quais se subsumiriam as condutas

do paciente! Não cuidou a acusação de imputar fatos, limitando-se à citação dos artigos 1° e 2° da mencionada lei. Não se referiu ao valor devido, que, como se sabe, é elemento constitutivo do tipo. Não há referência ao tributo sonegado, não há auto de infração. Pelo que se infere da própria denúncia, não há procedimento administrativo para a apuração da sonegação de tributo, ao mesmo tempo que seria lícito pagar o imposto e, com isso, extinguir a punibilidade do crime tributário.

Aliás, o parecer oferecido pelo Ministério Público Federal é no sentido de acolher a impetração apenas no tocante ao crime contra a ordem tributária, sob o fundamento de que

> relativamente ao crime contra a ordem tributária, segundo a orientação hoje vigente nos Tribunais Superiores, a partir do julgamento HC n. 81.611 (Re. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário) "os crimes definidos no art. 1° da Lei n. 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo" de sorte que, pendendo recurso administrativo onde se discute o débito tributário, perante o Fisco, ainda não há crime a ser perseguido, porquanto tributo é elemento normativo do tipo.

Os crimes de "lavagem" de dinheiro são regulados pela Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Pretende-se impedir que dinheiro de origem ilícita ingresse no sistema financeiro. Por isso, a "lavagem" pressupõe ilícito anterior. Daí por que à acusação caberia individualizar a conduta antecedente ilícita e a conduta consequente destinada a dissimular a origem ilícita do bem para fazê-lo ingressar no sistema financeiro. E, mais uma vez, a denúncia é omissa, impossibilitando a compreensão da imputação, assim descumprido o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Parece que os três telefonemas feitos pelo paciente, cujo teor já aqui transcrito, servem como imputação fática de mais de uma dezena de crimes imputados ao paciente...

Finalmente, quanto ao delito de quadrilha ou bando, da mesma forma, a denúncia omite a intenção de associar-se o paciente a outros indivíduos para a prática de crime, nem especifica quais seriam os outros membros do bando. Limitou-se a imputar a 29 pessoas a prática de vários delitos. Pelas mesmas razões já tantas vezes expendidas, a denúncia, nesse tema, é inepta.

(...)

Em face do exposto, concedo a ordem para declarar inepta a denúncia, em relação ao paciente, anulando-se o processo a partir do oferecimento daquela peça, inclusive.

Acompanharam o ilustre relator os preclaros Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti.

Passo, então, às minhas considerações.

Como bem destacado pelo culto relator, são plúrimas as imputações, sendo imperioso, acredito, proceder a exame minucioso de cada uma delas, tendo em conta a disciplina do concurso de agentes. De acordo com tais regras, a aderência do comportamento de um agente ao de outrem conduz à análise conjugada das narrativas de todos na incoativa. Assim, deve-se efetivar a apreciação global da denúncia, principalmente quando há referência a grupos de atuação, como aquele composto por gerentes das instituições financeiras, como é o caso do *Banco Clariden*. De pronto, penso importante deixar claro que, contrário do que quis levar a crer a impetração, este último banco, como asseverado na exordial acusatória vincular-se-ia, sim, ao Banco Credit Suisse, pois pertencem ao mesmo grupo econômico.

Assim, penso relevante transcrever um número maior de excertos da denúncia para melhor compreender o liame existente entre os corréus e as diversas imputações:

> A presente denúncia teve *origem* a partir da investigação deflagrada no âmbito da chamada pela Operação Suíça, pela qual apurou-se que o Banco Credit Suisse, no Brasil, utilizava-se da ação de doleiros, para o fim de remeter divisas para fora do país, em especial através das chamadas operações cabo.
>
> Uma das doleiras *investigadas,* a denunciada *Claudine Spiero*, ***operacionalizava as remessas/recebimentos ilegais ao/do exterior ("dólar-cabo" e "euro-cabo") em favor de clientes do banco Credit Suisse e de outras instituições financeiras estrangeiras, a revelia da fiscalização das autoridades competentes.*** Cessou, porém, suas atividades, assim que deflagrada a operação "Suíça" pela qual ainda se investigam as ações do banco.
>
> As interceptações levadas a efeito no âmbito dos presentes autos permitiram a conclusão acerca da sua participação e controle de atividades cambiais ilícitas e lavagem de dinheiro. De fato, *Claudine* atua como Líder de um grupo estruturado de doleiros e auxiliares , especializado em operar clandestinamente no mercado de câmbio e de transferências de valores interna e externamente, por intermédio do sistema conhecido como "cabo", o qual possibilita a seus clientes um meio de remeter e receber valores do exterior, sem qualquer identificação por parte das autoridades competentes sobre a origem do dinheiro ou sobre seu destino.
>
> Tal esquema representa verdadeira alavanca para direcionar a pulverização ***de dinheiro de origem supostamente espúria.*** evadido ilicitamente do país e, ao mesmo tempo, um seguro canal ***para a consumação da lavagem de valores cuja origem não pode ser declarada, servindo, ainda -como de fato serviu - de instrumento para o pagamento de importações ou exportações subfaturadas, com prejuízo para o Fisco e para o Sistema Financeiro Nacional.***

O sistema de compensação empregada possibilita que o doleiro, por meio de conta própria ou de outros doleiros, realize o deposito de dólares/euros a clientes titulares de contas no exterior em contra partida a pagamento de reais no Brasil ou vice-versa, sem que haja a movimentação física do dinheiro, e sem que tais operações sejam oficialmente registradas, tributadas ou mesmo rastreadas.

Claudine mantinha, ainda, contatos e negociava com outras células de doleiros, dentre os quais, os denunciados *Valter Rodrigues Martinez, Milton Jose Pereira Júnior, Iria de Oliveira Cassu* e *Antonio Raimundo Duram*, os quais atuavam de forma conjunta e coordenada, constituindo verdadeira organização criminosa, marcada pera hierarquia estrutural, planejamento, objetivo de lucro, recrutamento de pessoas, divisão de tarefas entre seus membros, divisão territorial das atividades, sendo um grupo fortemente inclinado e capacitado para a consumação de fraudes, conexão nacional e internacional com outras pessoas e organizações Ligadas ao seu ramo de atividade.

As interceptações telefônicas, igualmente, apontaram para a forte e nítida participação de instituições financeiras estrangeiras, como a UBS (União de Banco Suíços), o *Glariden* e a representação do banco AIG, no Brasil, nas operações realizadas por *Claudine*, que era indicada pelos gerentes de tais instituições aos seus clientes, a fim de viabilizar a remessa de divisas ao exterior.

II - Da individualização das condutas criminosas

Claudine Spiero era a líder do grupo, é composto de parentes e funcionários, a saber:

Michel Spiero (filho e gerente operacional);

Cristiane Mateoli de Freitas (secretária e auxiliar nos fechamentos de operações de câmbio e "cabo");

Alessandro Inocêncio Andrade (motoboy e liquidante);

Marcos Roberto Fernandes (motorista e liquidante);

Daniel Spiero (colaboração indireta nos contatos com os gerentes dos bancos suíços);

Esther Harari Harari de Harari (colaboração indireta na guarda dos documentos que comprovam as operações de câmbio e "cabo"); e

Ricardo Andre Spiero (Liquidante)

Contava com o auxílio dos doleiros e ora denunciados, *Milton Jose Pereira Júnior, Valter Rodrigues Martinez, Iria de Oliveira Cassu, Antonio Raimundo Duran* e das instituições financeiras suíças *Credit Suisse*, *UBS* (*Luc Despensaz, Marc Dizerrens, Ricardo Martins, Ana Paula Costa*), *Clariden Leu* (*Reto Buzzi*) *AIG* (*Magda Portugal*)

A) Dos integrantes do escritório de Claudine

1) Claudine Spiero

Como doleira, liderava um grupo que atuava clandestinamente no mercado paralelo de câmbio, inclusive realizando operações a cabo, fato este por ela admitido em seu interrogatório e constatado nos diálogos interceptados, a exemplo dos abaixo indicados:

(...)

Em razão de sua ampla experiência no mercado de câmbio paralelo, e, possuindo, inclusive, formação acadêmica, *Claudine* era constantemente indicada por instituições financeiras, como o *Credit Suisse*, *Clariden* e *UBS*, para que fosse, no Brasil, um elo de ligação entre bancos suíços com representação no Brasil e seus clientes, e, também, que fosse responsável pelas transações financeiras nacionais e internacionais, que muitos dos clientes daquelas instituições pretendiam realizar.

A manutenção de um contrato de prestações de serviços com estas instituições bancárias permitia-lhe receber robustas comissões, inclusive por indicações de clientes. O envolvimento de *Claudine* com as gerentes de tais instituições - como *Reto Bussi* e *Luc Depensaz* - era tamanho, que chegou a permitir que os mesmos abrissem contas-correntes no seu próprio escritório.

No corpo do relatório policial, e pelos meios magnéticos postos à disposição deste M.M. Juízo consta cópia do contrato de Claudine com o banco Clariden, e-mail de *Leonardo* para *LUC*, ambos da *UBS*, sobre a contrato de *Claudine* e fax encaminhado pelo *Credit Suisse* dispensando seus serviços.

Segue a indicação de alguns diálogos captados entre referidos bancos e *Claudine*, evidenciado o envolvimento entre eles, em especial com a participas:ao de *Luc Depensaz* (*UBS*);

Ana Paula Costa (UBS), Ricardo Martins (UBS), Marc Dizerrens (UBS), Reto Buzzi (Clariden) e Magda Portugal (AIG):

(...)

Interlucutores/Comentário

Butsi (Clariden) x Michel

(...)

"Neste diálogo, Buzz liga para Claudine informando que o pessoal do Banco Credit Suisse negou-lhe informações sobre a fransferência de valores da conta Tortellini pertencente a Alain para a conta Parbold do UBS e que o dinheiro ainda não tinha chegado no UBS. Claudine, ao final da conversa, menciona que a esposa de Alain também poderia ligar para o Banco Credit, porém, por causa do fuso horário também estaria impossibilitada de fazê-lo. Esta afirmativa de Claudine demonstra indícios de que a esposa de Alain seja a titular da conta Lasagna, também do Credit Suisse, haja vista fax de Claudine com autorizações de transferência desta conta serem encaminhadas para a Confecção Leal."

Diferentemente de outros doleiros, em suas operações de "cabo", *Claudine* usava contas de terceiros, normalmente de seus clientes no exterior, que concordavam com o procedimento, mantendo, no Brasil e no exterior, uma contabilidade paralela com a doleira.

No caso de uma operação de "cabo", *Claudine* agia como uma espécie de intermediadora, unindo os interessados nas duas pontas da operação, assim operando um sistema complexo, mantido com o auxílio direto dos gerentes daquelas instituições, conforme bem ilustrado pela d. Autoridade Policial no seguinte exemplo:

"O Cliente X queria mandar 80 dólares para o exterior e o cliente Y queria pagar 20 dólares para um fornecedor no exterior. Ao mesmo tempo, o cliente W tinha conta no exterior (por exemplo, UBS com o gerente LUC) e precisava efetuar pagamentos no Brasil do correspondente a 200 reais (num câmbio de R$ 2,00 o dólar, no TED). Assim, Claudine enviava uma instrução de fax para W transferir de sua conta 20 dólares para o fornecedor de Y e 80 dólares para a contade X, sendo que X e Y efetuaram depósitos bancários no Brasil nas contas indicadas por W. Após a operaração, Claudine confirmava os lançamentos com LUC."

Claudine era uma profissional organizada, mantinha uma espécie de conta-corrente com quase todos os seus clientes e com os doleiros com os quais se relacionava, e assim controlava os lançamentos em extratos individuais.

Extratos apreendidos em poder de *Claudine* e dos demais denunciados demonstram que mantinha, de forma coordenada e controlada lançamentos e extratos individuais de seus clientes e doleiros parceiros, com os quais mantinha contas-corrente, conforme restou explicitado em seu interrogatório.

(...)

As buscas quanto a *Claudine* foram realizadas em sua residência (documentos apreendidos no *apenso 01*), em seu escritório (documentos apreendidos no *apenso 03*), demonstraram a sua efetiva atividade de operar dólar cabo, a abertura de contas no exterior, o seu relacionamento e contratos com gerentes de bancos suíços e prospecção de clientes de interesse, dentre outros elementos detalhados no relatório de análise da Uadip/Delefin, e expostos em reveladoras fotos acostadas ao relatório policial.

As planilhas mencionadas no item 5 (folhas 14-23 do apenso 01), revelam que *Claudine* entre janeiro/2006 e setembro/2007, faturou mais de quatro milhões e oitocentos mil dólares líquidos, documentos estes encontrados enterrados em um vaso de planta.

(...)

Os diálogos interceptados a seguir indicados evidenciam que Claudine falsificava invoices para seus clientes.

(...)

A manutenção de conta por parte de *Claudine* no exterior, junto ao Credit Suisse, é revelada a partir de carta encontrada em língua inglesa, na qual *Claudine* questiona a solicitação de instruções por parte do banco *Credit Suisse* sobre onde eles deveriam transferir os valores da conta dela, já que foram decidido encerrar a relação comercial.

(...)

Fotos juntadas aos autos da representação policial exibem alguns destes documentos, relativos às operações dos clientes Boris, Gold, Le Postiche, e dos denunciados Walter, Milton e Reto Buzzi.

(...)

2) Michel Spiero

Michel atuava no escritório de *Claudine* como seu "braço direito"; era o gerente operacional e, na ausência de sua mãe, assumia o controle do escritório, com considerável autonomia e independência, atendendo clientes, aos quais repassava contações, orientando-lhes sobre depósitos e trocas cambiais, realizando a transmissão e recebimento de fazes, participando de liquidações, além de orientar os funcionários que efetuavam o trabalho externo, conforme confirmado pelo depoimento de alguns clientes.

(...)

c) Os denunciados do UBS: Luc Marc Despensaz, Marc Henri Dizerrens

c.1 As instituições financeiras suíças envolvidas: UBS, Clariden e AIG.

Durante as investigações realizadas junto ao Credit Suisse, restou comprovada a estreita ligação entre os bancos UBS e o Clariden, com sede na Suíça e Claudine, na forma de captação de clientes no Brasil que, seduzidos pelas facilidades oferecidas pela doleira e pelos bancos, com filiais no Brasil, realizavam a abertura de contas diretamente na Suíça, junto a estas instituições financeiras, cuja movimentação contava com o auxílio de seus gerentes, que indicavam, aos clientes, doleiros de sua confiança.

Uma vez abertas as contas no exterior, tais clientes, (pessoas físicas e/ou jurídicas), necessitando trazer dinheiro do exterior, assim como enviar valores para fora do Brasil (cabo), eram orientados pelos gerentes a procurarem Claudine para realizarem essas transações, a margem da lei, com quem passavam a operar diretamente, na forma virtual de compra e venda de dólar-cabo, por meio do sistema de compensação de créditos, sem o conhecimento e controle por parte das autoridades brasileiras.

Claudine mantinha, ainda, além do UBS e do Clariden, relação com a representante do banco suíço AIG no Brasil.

(...)

Diálogos captados apontam que *Claudine* conversava diretamente com LUC sobre transferências financeiras realizadas por clientes em comum (clientes dos

serviços de *Claudine* e correntistas do banco UBS na Suíça), informando, alguns deles, ***terem sido Luc e Buzzi, representantes do UBS e Clariden, respectivamente, os responsáveis pela abertura de contas no Brasil e no exterior, junto ao escritório de Claudine.***

12) Reto Buzzi

O denunciado *Reto Buzzi* é cidadão suíço, residente no Brasil, gerente de contas na Suíça, especialmente de brasileiros, junto ao banco *Clariden Leu* (banco do mesmo grupo do *Credit Suisse*) que se valiam dos serviços de *Claudine* para enviar ou receber recursos por intermédio e com suporte daquela instituição.

Mantinha contatos diretos com *Claudine* acerca de transferências financeiras realizadas por clientes em comum (clientes dos serviços de *Claudine* e correntistas do banco *Clariden Leu* na Suíça), tendo sido o denunciado *Buzzi* o responsável pela abertura de contas no Brasil, no próprio escritório de *Claudine*, conforme a declaração de alguns clientes.

Buzzi tinha direta participação na realização das operações a cabo que *Claudine* intermediava entre seus clientes, conforme se observa do teor dos diálogos abaixo indicados:

Telefone	Nome do alvo
1181718738	Claudine – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Claudine x Butsi (Clariden)

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
25.07.2007/08:24:52	25.07.2007/08:29:18	00:04:26

"Claudine liga para Buzzi (gerente de conta do Banco Clariden) pedindo informações a respeito da transferência de dinheiro da conta Tortellini do Banco Credit Suisse – pertencente a Alain, Confecções Leal – para a conta Parbold do UBS."

Telefone	Nome do alvo
1181718738	Claudine – Kaspar

Interlocutores/Comentário

Butsi (Clariden) x Michel

Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
25.07.2007/10:04:24	25.07.2007/10:07:36	00:03:12

"Buzzi liga para Claudine informando que o pessoal do Banco Credit Suisse negou-lhe informações sobre a transferência de valores da conta Tortelli pertencente a Alain para a conta Parbold do UBS e que o dinheiro ainda não tinha chegado no UBS. Claudine, ao final da conversa, menciona que a esposa de

Alain também poderia ligar para o Banco Credit, porém, por causa do fuso horário também estaria impossibilitada de fazê-lo. Esta afirmativa de Claudine demonstra indícios de que a esposa de Alain seja a titular da conta Lasagna, também do Credit Suisse, haja vista fax de Claudine com autorizações de transferência desta conta serem encaminhadas para a Confecção Leal."

Telefone	Nome do alvo	
1181718738	Claudine – Kaspar	
Interlocutores/Comentário		
Butsi x Claudine		
Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
07.08.2007/13:00:00	07.08.2007/13:02:04	00:01:25

Telefone	Nome do alvo	
1196898865	Buzzi – Kaspar	
Interlocutores/Comentário		
Pietro x Buzzi		
Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
14.09.2007/12:37:35	14.09.2007/12:38:22	00:00:47

"Ao que tudo indica, Pietro é cliente de Buzzi, do banco Clariden. Na oportunidade, ele deseja saber se já entrou um cabo no montante de 50.000,00 USD."

Telefone	Nome do alvo	
1196898865	Buzzi – Kaspar	
Interlocutores/Comentário		
7@@@Boris x Buzzi Cabo Degravar Ok		
Data/Hora inicial	Data/Hora final	Duração
31.10.2007/10:36:36	31.10.2007/10:37:41	00:01:05

Os *apensos* 08 e 09 contêm os documentos apreendidos em poder de *Buzzi*, além de valores em espécie.

Material apreendido em poder de *Claudine* demonstra a sua relação financeira com *Buzzi*, como, por exemplo, o boleto em nome de *Buzzi* reproduzido em imagem constante do relatório final, e o extrato das operações de *Buzzi* extraído do *pen drive* de *Claudine*. (fls. 129-131)

d) Clientes identificados

Verificou-se, durante as investigações, a existência de clientes que mantinham contato com os ora denunciados, utilizando-se de seus serviços, seja de câmbio,

ou operações a cabo, para satisfação de seus fornecedores ou subfaturamento de importações.

Nos termos retro expostos, a título exemplificativo, a denunciada *Claudine* movimentava as contas de seus clientes, com seu consentimento, sob controle de contabilidade paralela, conhecendo, ao que se supõe, a origem ilícito dos valores envolvidos. Esses clientes eram fundamentais para o funcionamento de todo o sistema ilícito.

d) 7. Feller Engenharia Ltda.

20) Jacques Feller

Feller é proprietário da empresa *Feller Engenharia Ltda.*, possui conta no exterior e é cliente assíduo de *Claudine* nas operações de "cabo" (para uso pessoal e de sua empresa), sendo o encarregado de, com ela, manter contatos, inclusive para movimentar conta de sua mãe, *Feiga Feller*.

A suposta origem dos recursos existentes na conta de *Feller* no exterior adviria, segundo colhido no interrogatório de *Claudine*, do pagamento por parte dos adquirentes de imóveis da empresa *Feller* aqui no Brasil.

Através de *Claudine*, o denunciado *Feller* transferia valores de sua conta no exterior ao Brasil, providenciava pagamentos de fornecedores internos, além de realizar depósitos em contas de funcionários.

(...)

Os apensos 18 e 19 contêm os materiais apreendidos na residência e na empresa de Feller, seguidos da correspondente análise pericial, a demonstrar ordens de transferências bancárias ao exterior (à Ad Valorem e Clariden Bank), referente aos honorários pela administração do patrimônio depositado naquelas instituições, no montante total de USD 1, 862,377.32.

d). 8. Zampese Máquinas Ltda.

21) Boris Zampese

A empresa *Zampese Máquinas Ltda.* é de sua propriedade, sendo certo que a investigação já havia identificado que *Boris* tinha uma conta no *UBS* da Suíça. Em seu interrogatório, *Boris* confirmou possuir contas na Suíça, nos banos *Clariden* e no banco *Oppenheim*, mas não falou sobre a conta *UBS*. (...)

A materialidade dos ilícitos apontados restam comprovadas, pois foram encontrados em sua residência (apenso 12) e na empresa (*apenso 13*), documentos que comprovam o subfaturamento, com invoices de uma empresa chamada *Allied Trade S/A*, pedido para *Claudine* pagar esta empresa e comprovantes de transferências no exterior. Saliente-se que ele se utilizava de outra empresa *Ade Telas Ind. e Com. Ltda.*, a qual realiza os pagamentos das TEDs para *Claudine*, conforme documentos encontrados durante a busca na empresa *Zampese Máquinas Ltda*. Comparação adicional advém dos diálogos interceptados.

De sua relação com *Claudine* e das operações realizadas, *Boris*, em seu interrogatório, confirma possuir contas no exterior não declaradas em seu imposto de renda, bem como que era *Claudine* quem as realizava, e que os valores eram originários da Caixa 2 de sua empresa, originário de subfaturamento, sonegação fiscal, e que somente parte dos valores devidos eram remetidos via oficial, através de declaração falsa junto ao Bacen.

d.)10. Indústria de Confecções Leal Ltda.

23. Alain Clement Lesser Levy e Jacques Lesser Levy

Alain e *Jacques* são irmãos e sócios da empresa *Indústria de Confecções Leal Ltda* e se utilizavam dos serviços de *Claudine* nas operações de "cabo", tanto para remeterem valores ao exterior para suas contas particulares, como para efetuarem o pagamento de forncedeores no exterior da empresa *Leal*.

Com efeito, a documentação acostada aos autos comprova que *Claudine* efetuou pagamentos no exterior, através das contas de seus clientes, para os fornecedores da *Leal* no exterior.

Alain e Jacques detinham conta no Credit Suisse, denominadas Tortelini e Lasanga. Tendo o referido banco solicitado o correspondente encerramento, foi providenciada através de Claudine, a abertura de duas novas contas, no UBS e no Clariden, abertas no Brasil, por Luc e Buzzi, consoante indicam os diálogos interceptados.

A busca e apreensão relativamente a *Alain*, *Jacques* e a empresa *Leal* constam dos *apensos* 30 e 39, contendo diversos extratos de *Claudine*, enviados por fax, como reproduzidos em fotos no relatório policial.

O apenso 30 contém documentos que comprovam que a empresa *Intraworld* é de titularidade de Alain Lévy, contrato de conta bancária entre este e o Banco Suntrust e planilhas com controle de entrada e saída de valores com registro de operações com doleiros nos EUA (Lona), bem como registro de dívida empresa *Leal* com *Claudine*, apontando indícios de ***transação dólar-cabo e subfaturamento de mercadoria importada, sem prejuízo de outros documentos que registram as operações e pendências com Claudine.***

Os faxes interceptados, contendo inúmeros elementos indicativos das comunicações travadas entre os denunciados, encontram-se acostados no apenso 45.

III - Conclusão

Registrados os fatos, verifica-se que *Claudine Spiero*, comandando típica organização criminosa, e em estreita parceria com gerentes de bancos estrangeiros e seus clientes, ao lado dos demais doleiros e partícipes nas suas atividades financeiras, atuava, clandestinamente, no mercado paralelo de câmbio, e em operações de dólar cabo, como se instituição financeira fosse, negociando e evadindo moeda estrangeira, de origem supostamente ilícita, ou, no mínimo,

> ilicitamente comercializada, ora remetendo-os ao exterior para omiti-los, e, assim, eximi-los do controle das autoridades brasileiras, ali mantendo inúmeras contas bancárias não declaradas às autoridades fazendárias brasileiras, a exemplo de outros partícipes, na forma como retro-descrita - e, juntamente com todos eles - atuando à margem da legislação e em patente desafio à atuação e controle por parte das autoridades brasileiras. (destaquei)

Pelo que se percebe da leitura da inicial acusatória, existiria um grande grupo criminoso, que seria em tese capitaneado pela corré *Claudine*. Tal coletividade seria composta por células, empolgadas por:

a) doleiros;

b) gerentes de bancos; e,

c) clientes de tais instituições financeiras.

Penso ser relevante ter claro que as imputações foram distribuídas de acordo com as particularidades que marcam cada uma de tais células.

Lembre-se, a propósito, o afirmado pelo Ministério Público Federal:

> As alegações da Defesa, em verdade, tomam como base unicamente o trecho relacionado ao paciente, quando, na verdade, deve a peça acusatória ser tomada numa acepção geral, sob o ponto de vista sistêmico, não se concebendo que seja analisada apenas por partes, especialmente quando sob apuração, fatos com alto grau de complexidade, requerendo do Ministério Público, narrativa que facilite a compreensão do caso.
>
> Nesse contexto, é de se louvar a didática forma de narração dos fatos supostamente delituosos, que, para longe de enlear o básico direito de ampla defesa, descreveu, com riqueza de detalhes, o intrincado plexo de relações havidas entre o grupo sob investigação, possibilitando, estreme de dúvidas, o pleno exercício de Defesa.
>
> Após descrever o *modus operandi* do grupo sob investigação, fazendo alusão ao estratagema empregado para iludir as autoridades fiscais brasileiras para internacionalizar altíssimos valores, sem o recolhimento dos impostos devidos, bem com opara lavar numerário que seria empregado inclusive em pagamento de fornecedores internacionais de empresários no Brasil, a peça acusatória declinou a individualização da participação de cada um dos réus, o que, aliada à descrição geral alhures transcrita, atende, com folga, ao que estabelece o art. 41, do Código de Processo Penal. (fls. 211-212).

Penso ser oportuno, ainda, transcrever o seguinte trecho da decisão de primeiro grau, quando do recebimento da exordial acustória:

> A denúncia ora oferecida, de forma exaustiva e alicerçada na farta documentação que instruiu os feitos citados, revela-se apta a ao pleno exercício do direito de defesa. Apesar da complexidade dos fatos narrados, a peça inicial deve ser tida por eficaz porque não somente discorre com exatidão, mas porque responsabiliza cada um dos denunciados, ainda que se possa vislumbrar a suposta existência de crimes de autoria coletiva, cuja individualização, conforme entendimento pretoriano, não está acompanhada do rigor habitual.
>
> Porém, *in casu*, a inicial acusatória, descreve suficentemente o modo como os denunciados teriam concorrido para os crimes, viabilizando dessa forma a defesa. Ela designa as funções por eles exercidas na suposta organização criminosa, bem ainda a participação nos supostos crimes praticados. (fls. 153-154).

Pelo que dos autos ressuma, há sim notícia de fatos graves, contudo, no meu sentir, não se houve o *Parquet*, ao menos no que tange ao paciente, com o devido zelo em relação à descrição da contribuição para a consumação dos crimes imputados.

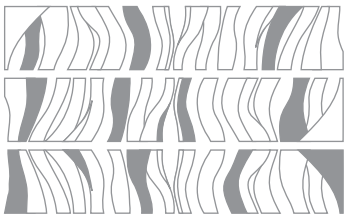
A disciplina do concurso de agentes envolve a extensão do magistério punitivo. Nesta medida, cumpre ao órgão acusador esmerar-se na elaboração da denúncia a fim de não frustrar o amplo exercício da defesa.

Portanto, nas entidades típicas em questão, por mais que envolvam delitos perpetrados de modo coletivo, as diversas formas de confluência de esforços ilícitos devem ser minimamente apontados. Somente assim será possível saber a que título deverá responder um ou outro agente: se em razão de autoria, coautoria ou de participação.

Sublinhe-se, por oportuno, que, existindo vários corréus, com situações bem particularizadas, a concessão, *in casu*, restringe-se ao paciente.

Ante o exposto, acompanho o voto do culto relator, concedendo a ordem para, em relação ao paciente, anular o processo a partir do oferecimento da denúncia, inclusive.

É como voto.



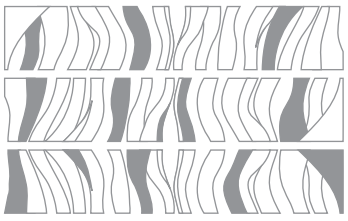
Súmulas

SÚMULA N. 357 (REVOGADA)

A pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular. (*)

(*) Julgando o REsp n. 1.074.799-MG, na sessão de 27.05.2009, a Primeira Seção deliberou pela REVOGAÇÃO da Súmula n. 357.

DJe 22.06.2009.



Índice Analítico

A

PrCv **Ação anulatória** - Cabimento - Ato judicial - Inexistência - Decisão administrativa - Tribunal de Justiça - Súmula n. 733-STF. REsp n. 730.947 - AC. RSTJ 215/693.

PrCv **Ação anulatória** - Procedência - Imóvel fideicomitido - Venda - Menor fideicomissária - Prejuízo. REsp n. 945.027 - BA. RSTJ 215/433.

PrCv **Ação civil pública** - Acidente de trabalho - Prevenção - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Estadual (MPE). REsp n. 240.343 - SP. RSTJ 215/483.

PrCv **Ação civil pública** - Colégio federal - Ensino noturno - Manutenção - Direito coletivo e difuso - Caracterização - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 933.002 - RJ. RSTJ 215/315.

PrCv **Ação consignatória em pagamento** - Cabimento - CPC, art. 895 - CTN, art. 164, III - Empresa prestadora de serviço de conexão à *internet* - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Imposto sobre Serviços (ISS) - Recolhimento - Dúvida. REsp n. 931.566 - MG. RSTJ 215/157.

PrPn Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - **Competência** - CP, art. 91, II - Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Juízo falimentar - Lei n. 6.024/1974 - Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

PrCv Ação de retificação de registro civil - Certidão de óbito - **Competência** - Foro competente - Comarca da lavratura do assento ou do domicílio do

autor - Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Lei n. 6.015/1973, art. 109, § 5º. CC n. 96.309 - RJ. RSTJ 215/380.

PrCv **Ação demarcatória** - Carta de sesmaria - Propriedade - Prova documental - Necessidade. REsp n. 926.755 - MG. RSTJ 215/409.

PrCv **Ação indenizatória** - CPC, arts. 3º e 267, VI - Desenho industrial patenteado - Uso indevido - Legitimidade ativa *ad causam* - Empresa - Sócio majoritário e administrador - Titular da patente. REsp n. 590.645 - SC. RSTJ 215/531.

PrCv **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Estado estrangeiro - Imunidade - Intimação - Necessidade - Vítima de ato de guerra. RO n. 74 - RJ. RSTJ 215/569.

PrPn Ação penal - Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Competência - Crime de homicídio qualificado - **Reclamação** - Procedência parcial - Separação dos processos - Obrigatoriedade - Tribunal do Júri. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

PrPn Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único - Representação administrativa - Arquivamento. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

PrPn Ação penal - Trancamento - CPP, art. 41 - Crime contra a ordem tributária - Crime contra o sistema financeiro - Denúncia genérica - Inépcia - **Habeas corpus**. HC n. 134.044 - SP. RSTJ 215/801.

Pn Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

PrCv **Ação rescisória** - Cabimento - Defensoria Pública - Intimação pessoal - Ausência - Vício de nulidade - Correção. AR n. 3.502 - RS. RSTJ 215/349.

PrCv Acidente de trabalho - Prevenção - **Ação civil pública** - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Estadual (MPE). REsp n. 240.343 - SP. RSTJ 215/483.

PrCv Acordo de consórcio internacional - Inadimplemento - Cláusula arbitral expressa - Lei n. 9.307/1996 - Aplicabilidade - **Sentença arbitral estrangeira** - Homologação. SEC n. 831 - FR. RSTJ 215/83.

PrCv Advogado - Nova intimação - Necessidade - **Apelação** - Julgamento adiado - CPC, arts. 234, 235, 236, §1º, e 552 - Violação - Julgamento posterior - Longo decurso de prazo. REsp n. 943.858 - SC. RSTJ 215/325.

PrPn Advogado falecido - Intimação - Ineficácia - Apelação - Julgamento nulo - Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus** - Nova intimação - Réu em liberdade. HC n. 110.119 - SP. RSTJ 215/776.

PrCv Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) - Autuações - Anulação - Foro competente - Sede funcional - Autoridade coatora - Lei n. 10.233/2001 - **Mandado de segurança**. REsp n. 1.101.738 - SP. RSTJ 215/199.

Adm Alimentação - Moradia - Fornecimento pela Secretaria de Saúde - Dever legal - CPC, art. 461, §1º - **Ensino superior** - Lei n. 6.932/1981, art. 4º, § 4º - Residência médica - Tutela específica - Impossibilidade. REsp n. 813.408 - RS. RSTJ 215/311.

PrPn Apelação - Julgamento - Câmara julgadora - Composição - Irregularidade - Inexistência - Crime de extorsão mediante seqüestro - **Habeas corpus** - Juízes convocados - Convocação eventual - Legalidade - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 97.442 - PR. RSTJ 215/736.

PrCv **Apelação** - Julgamento adiado - Advogado - Nova intimação - Necessidade - CPC, arts. 234, 235, 236, §1º, e 552 - Violação - Julgamento posterior - Longo decurso de prazo. REsp n. 943.858 - SC. RSTJ 215/325.

PrPn Apelação - Julgamento nulo - Advogado falecido - Intimação - Ineficácia - Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus** - Nova intimação - Réu em liberdade. HC n. 110.119 - SP. RSTJ 215/776.

PrPn Apelação em liberdade - Cabimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Operação Narciso. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

PrPn Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

PrPn Arma branca - Não-apreensão - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 125.999 - SP. RSTJ 215/789.

Cv Arras - Retenção - Impossibilidade - CC/2002, art. 418 - CDC, art. 53 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Promitente-comprador - Resilição - Valor - Devolução - Percentual - Exame. REsp n. 1.056.704 - MA. RSTJ 215/473.

Pn **Ato infracional** - CP, arts. 109, VI, e 115 - Crime de rixa - Equiparação - Lei n. 8.069/1990, art. 121, § 3º - Prescrição da pretensão sócio-educativa - Súmula n. 338-STJ. HC n. 117.611 - SP. RSTJ 215/678.

PrCv Ato judicial - Inexistência - **Ação anulatória** - Cabimento - Decisão administrativa - Tribunal de Justiça - Súmula n. 733-STF. REsp n. 730.947 - AC. RSTJ 215/693.

Adm Ato nulo - Cargo público efetivo - Concurso público - Ausência - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Prazo decadencial quinquenal - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

Adm Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

PrPn Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Ação penal - Competência - Crime de homicídio qualificado - **Reclamação** - Procedência parcial - Separação dos processos - Obrigatoriedade - Tribunal do Júri. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

PrCv Autos - Remessa à Justiça Federal - Desnecessidade - **Carta rogatória** - Citação - Suprimento - Comparecimento espontâneo do interessado - CPC, art. 214, § 1º. AgRg na CR n. 2.496 - EX. RSTJ 215/17.

C

PrPn Câmara julgadora - Composição - Irregularidade - Inexistência - Apelação - Julgamento - Crime de extorsão mediante seqüestro - **Habeas corpus** - Juízes convocados - Convocação eventual - Legalidade - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 97.442 - PR. RSTJ 215/736.

Adm Cargo público efetivo - Ato nulo - Concurso público - Ausência - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Prazo decadencial quinquenal - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

PrCv Carta de sesmaria - **Ação demarcatória** - Propriedade - Prova documental - Necessidade. REsp n. 926.755 - MG. RSTJ 215/409.

PrCv **Carta rogatória** - Autos - Remessa à Justiça Federal - Desnecessidade - Citação - Suprimento - Comparecimento espontâneo do interessado - CPC, art. 214, § 1º. AgRg na CR n. 2.496 - EX. RSTJ 215/17.

Adm Cartório extrajudicial - Serviço notarial e de registro - Delegação - Extinção - Lei n. 8.935/1994, art. 39 - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Teoria da encampação - Inaplicabilidade - Titular - Aposentadoria voluntária. RMS n. 29.493 - MS. RSTJ 215/272.

Cv CC/2002, art. 52 - Contrafação - Dano moral - Cabimento - **Indenização** - Marca - Pessoa jurídica - Dano à identidade. REsp n. 1.032.014 - RS. RSTJ 215/466.

Cv CC/2002, art. 418 - Arras - Retenção - Impossibilidade - CDC, art. 53 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Promitente-comprador - Resilição - Valor - Devolução - Percentual - Exame. REsp n. 1.056.704 - MA. RSTJ 215/473.

Cv CC/2002, art. 1.793 - **Direitos hereditários** - Cessão - Escritura pública - Necessidade. REsp n. 1.027.884 - SC. RSTJ 215/541.

Cv CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - Dano moral - Dano material - Indenização - Cabimento - Produto alimentício - Prazo de validade vencido - **Responsabilidade civil** - Fabricante - Vício de segurança. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

Cv CDC, art. 53 - Arras - Retenção - Impossibilidade - CC/2002, art. 418 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Promitente-comprador - Resilição - Valor - Devolução - Percentual - Exame. REsp n. 1.056.704 - MA. RSTJ 215/473.

PrPn Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Apelação em liberdade - Cabimento - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Operação Narciso. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

Adm CF/1988, ADCT, art. 78 - Juros compensatórios - Exclusão por Presidente de Tribunal - Cabimento - **Precatório** - Princípio da coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência. RMS n. 28.261 - SP. RSTJ 215/262.

Ct CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

Adm CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

Trbt CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

Adm Cidadão colombiano - Visto de permanência - Obtenção posterior - Curso realizado no exterior - Decreto n. 80.419/1977 - Revogação - Diploma - Revalidação automática - Não-cabimento - Direito adquirido - Inexistência - **Ensino superior**. REsp n. 1.042.825 - RS. RSTJ 215/174.

PrPn Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

PrCv Citação - Suprimento - Autos - Remessa à Justiça Federal - Desnecessidade - **Carta rogatória** - Comparecimento espontâneo do interessado - CPC, art. 214, § 1º. AgRg na CR n. 2.496 - EX. RSTJ 215/17.

PrCv Cláusula arbitral expressa - Acordo de consórcio internacional - Inadimplemento - Lei n. 9.307/1996 - Aplicabilidade - **Sentença arbitral estrangeira** - Homologação. SEC n. 831 - FR. RSTJ 215/83.

Cv Cláusula contratual - Abusividade - Despesas anuais - Limitação - Não-cabimento - **Seguro-saúde**. REsp n. 326.147 - SP. RSTJ 215/519.

Adm CLT, arts. 638 e 913 - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

PrCv Coisa julgada - Ofensa - Correção monetária - Índices - Inclusão - Impossibilidade - CPC, art. 604 - **Sentença homologatória de cálculos de liquidação** - Trânsito em julgado. REsp n. 714.205 - PR. RSTJ 215/400.

PrCv Colégio federal - Ensino noturno - Manutenção - **Ação civil pública** - Direito coletivo e difuso - Caracterização - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 933.002 - RJ. RSTJ 215/315.

PrCv Comparecimento espontâneo do interessado - Autos - Remessa à Justiça Federal - Desnecessidade - **Carta rogatória** - Citação - Suprimento - CPC, art. 214, § 1º. AgRg na CR n. 2.496 - EX. RSTJ 215/17.

PrCv Compensação tributária - Contribuição social - Recolhimento indevido - Comprovação - Necessidade - CPC, art. 543-C - **Mandado de segurança**

- Prova pré-constituída - Necessidade - Resolução n. 8/2008-STJ. REsp n. 1.111.164 - BA. RSTJ 215/116.

PrPn **Competência** - Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - CP, art. 91, II - Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Juízo falimentar - Lei n. 6.024/1974 - Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

PrCv **Competência** - Ação de retificação de registro civil - Certidão de óbito - Foro competente - Comarca da lavratura do assento ou do domicílio do autor - Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Lei n. 6.015/1973, art. 109, § 5º. CC n. 96.309 - RJ. RSTJ 215/380.

PrPn Competência - Ação penal - Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Crime de homicídio qualificado - **Reclamação** - Procedência parcial - Separação dos processos - Obrigatoriedade - Tribunal do Júri. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

Ct Competência - Deslocamento - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrCv Competência - Deslocamento para Justiça Federal - Impossibilidade - CPC, arts. 50 e 54 - **Embargos à execução** - Interesse econômico - Lei n. 9.469/1997, art. 5º - União - Pedido de assistência simples. REsp n. 1.097.759 - BA. RSTJ 215/555.

PrPn Competência - Justiça Estadual - Área de preservação permanente - Corte de árvores - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

Trbt Concessionária de telefonia fixa - Prática abusiva - Configuração - CTN, art. 167 - Inaplicabilidade - **Fatura telefônica** - PIS - Cofins - Repasse - Ilegalidade - Repetição do indébito tributário - Não-caracterização. REsp n. 1.053.778 - RS. RSTJ 215/331.

Adm Concurso público - Ausência - Ato nulo - Cargo público efetivo - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Prazo decadencial quinquenal - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

PrPn Conduta atípica - Ação penal - Trancamento - Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único - Representação administrativa - Arquivamento. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

Pn Conduta atípica - Ação penal originária - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

Ct Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrPn Constrangimento ilegal - Ocorrência - CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Crime de homicídio - Excesso de linguagem - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 11.689/2008 - Sentença de pronúncia - Anulação. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

Cv Contrafação - CC/2002, art. 52 - Dano moral - Cabimento - **Indenização** - Marca - Pessoa jurídica - Dano à identidade. REsp n. 1.032.014 - RS. RSTJ 215/466.

Cv **Contrato de compra e financiamento de ações** - Dever de prestar contas - Instituição financeira - Programa Nacional de Privatização. REsp n. 1.062.589 - RS. RSTJ 215/547.

Cv **Contrato de promessa de compra e venda** - Arras - Retenção - Impossibilidade - CC/2002, art. 418 - CDC, art. 53 - Promitente-comprador - Resilição - Valor - Devolução - Percentual - Exame. REsp n. 1.056.704 - MA. RSTJ 215/473.

Trbt Contribuição previdenciária - CTN, art. 174 - Débito tributário - Pedido de parcelamento - Causa suspensiva do prazo prescricional - **Execução fiscal** - Lançamento por homologação - Prescrição qüinqüenal - Termo inicial. REsp n. 1.062.145 - SC. RSTJ 215/181.

PrCv Contribuição social - Recolhimento indevido - Comprovação - Necessidade - Compensação tributária - CPC, art. 543-C - **Mandado de segurança** - Prova pré-constituída - Necessidade - Resolução n. 8/2008-STJ. REsp n. 1.111.164 - BA. RSTJ 215/116.

Trbt Convênio n. 66/1988 - CF/1988, art. 158 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de**

Mercadorias e Serviços (ICMS) - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

PrCv Correção monetária - Índices - Inclusão - Impossibilidade - Coisa julgada - Ofensa - CPC, art. 604 - **Sentença homologatória de cálculos de liquidação** - Trânsito em julgado. REsp n. 714.205 - PR. RSTJ 215/400.

PrPn CP, art. 91, II - Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - **Competência** - Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Juízo falimentar - Lei n. 6.024/1974 - Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

PrPn CP, art. 107, IV - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

Pn CP, arts. 109, VI, e 115 - **Ato infracional** - Crime de rixa - Equiparação - Lei n. 8.069/1990, art. 121, § 3º - Prescrição da pretensão sócio-educativa - Súmula n. 338-STJ. HC n. 117.611 - SP. RSTJ 215/678.

PrCv CPC, arts. 3º e 267, VI - **Ação indenizatória** - Desenho industrial patenteado - Uso indevido - Legitimidade ativa *ad causam* - Empresa - Sócio majoritário e administrador - Titular da patente. REsp n. 590.645 - SC. RSTJ 215/531.

PrCv CPC, arts. 50 e 54 - Competência - Deslocamento para Justiça Federal - Impossibilidade - **Embargos à execução** - Interesse econômico - Lei n. 9.469/1997, art. 5º - União - Pedido de assistência simples. REsp n. 1.097.759 - BA. RSTJ 215/555.

PrCv CPC, art. 214, § 1º - Autos - Remessa à Justiça Federal - Desnecessidade - **Carta rogatória** - Citação - Suprimento - Comparecimento espontâneo do interessado. AgRg na CR n. 2.496 - EX. RSTJ 215/17.

PrCv CPC, arts. 234, 235, 236, §1º, e 552 - Violação - Advogado - Nova intimação - Necessidade - **Apelação** - Julgamento adiado - Julgamento posterior - Longo decurso de prazo. REsp n. 943.858 - SC. RSTJ 215/325.

Adm CPC, art. 461, §1º - Alimentação - Moradia - Fornecimento pela Secretaria de Saúde - Dever legal - **Ensino superior** - Lei n. 6.932/1981, art. 4º, § 4º - Residência médica - Tutela específica - Impossibilidade. REsp n. 813.408 - RS. RSTJ 215/311.

PrCv CPC, art. 543-C - Compensação tributária - Contribuição social - Recolhimento indevido - Comprovação - Necessidade - **Mandado de**

segurança - Prova pré-constituída - Necessidade - Resolução n. 8/2008-STJ. REsp n. 1.111.164 - BA. RSTJ 215/116.

Trbt CPC, art. 543-C - Juros moratórios - Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - **Repetição do indébito** - Resolução n. 8/2008-STJ - Taxa *Selic* - Aplicabilidade - Tributo estadual. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

PrCv CPC, art. 604 - Coisa julgada - Ofensa - Correção monetária - Índices - Inclusão - Impossibilidade - **Sentença homologatória de cálculos de liquidação** - Trânsito em julgado. REsp n. 714.205 - PR. RSTJ 215/400.

PrCv CPC, art. 690, §2º - Credor trabalhista - Arrematação - Possibilidade - **Execução** - Credor quirografário. RMS n. 20.386 - PR. RSTJ 215/394.

PrCv CPC, art. 895 - **Ação consignatória em pagamento** - Cabimento - CTN, art. 164, III - Empresa prestadora de serviço de conexão à *internet* - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Imposto sobre Serviços (ISS) - Recolhimento - Dúvida. REsp n. 931.566 - MG. RSTJ 215/157.

PrPn CPP, art. 41 - Ação penal - Trancamento - Crime contra a ordem tributária - Crime contra o sistema financeiro - Denúncia genérica - Inépcia - **Habeas corpus**. HC n. 134.044 - SP. RSTJ 215/801.

PrPn CPP, art. 159 - Circunstâncias judiciais favoráveis - Crime de furto - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

Pn CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - Ação penal originária - Conduta atípica - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

PrPn CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de homicídio - Excesso de linguagem - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 11.689/2008 - Sentença de pronúncia - Anulação. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

PrCv Credor trabalhista - Arrematação - Possibilidade - CPC, art. 690, §2º - **Execução** - Credor quirografário. RMS n. 20.386 - PR. RSTJ 215/394.

PrPn Crime contra a ordem tributária - Ação penal - Trancamento - CPP, art. 41 - Crime contra o sistema financeiro - Denúncia genérica - Inépcia - **Habeas corpus**. HC n. 134.044 - SP. RSTJ 215/801.

PrPn Crime contra o meio ambiente - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Extinção da

punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

PrPn Crime contra o sistema financeiro - Ação penal - Trancamento - CPP, art. 41 - Crime contra a ordem tributária - Denúncia genérica - Inépcia - **Habeas corpus**. HC n. 134.044 - SP. RSTJ 215/801.

PrPn Crime contra o sistema financeiro - Advogado falecido - Intimação - Ineficácia - Apelação - Julgamento nulo - **Habeas corpus** - Nova intimação - Réu em liberdade. HC n. 110.119 - SP. RSTJ 215/776.

PrPn Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus** - Passaporte - Retenção indevida - Prisão preventiva - Revogação. HC n. 128.938 - SP. RSTJ 215/793.

PrPn Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único - Representação administrativa - Arquivamento. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

PrPn Crime de contrabando ou descaminho - Apelação em liberdade - Cabimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Operação Narciso. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

PrPn Crime de extorsão mediante seqüestro - Apelação - Julgamento - Câmara julgadora - Composição - Irregularidade - Inexistência - **Habeas corpus** - Juízes convocados - Convocação eventual - Legalidade - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 97.442 - PR. RSTJ 215/736.

PrPn Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - Apelação em liberdade - Cabimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus** - Operação Narciso. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

PrPn Crime de furto - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

PrPn Crime de homicídio - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Excesso de linguagem - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 11.689/2008 - Sentença de pronúncia - Anulação. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

PrPn Crime de homicídio qualificado - Ação penal - Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Competência - **Reclamação** - Procedência

parcial - Separação dos processos - Obrigatoriedade - Tribunal do Júri. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

Ct Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrPn Crime de quadrilha ou bando - Apelação em liberdade - Cabimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - **Habeas corpus** - Operação Narciso. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

Pn **Crime de racismo** - Absolvição - Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

Pn Crime de rixa - Equiparação - **Ato infracional** - CP, arts. 109, VI, e 115 - Lei n. 8.069/1990, art. 121, § 3º - Prescrição da pretensão sócio-educativa - Súmula n. 338-STJ. HC n. 117.611 - SP. RSTJ 215/678.

PrPn Crime de roubo - Arma branca - Não-apreensão - **Habeas corpus** - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 125.999 - SP. RSTJ 215/789.

Trbt Critério da territorialidade - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

PrCv CTN, art. 164, III - **Ação consignatória em pagamento** - Cabimento - CPC, art. 895 - Empresa prestadora de serviço de conexão à *internet* - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Imposto sobre Serviços (ISS) - Recolhimento - Dúvida. REsp n. 931.566 - MG. RSTJ 215/157.

Trbt CTN, art. 167 - Inaplicabilidade - Concessionária de telefonia fixa - Prática abusiva - Configuração - **Fatura telefônica** - PIS - Cofins - Repasse - Ilegalidade - Repetição do indébito tributário - Não-caracterização. REsp n. 1.053.778 - RS. RSTJ 215/331.

Trbt CTN, art. 174 - Contribuição previdenciária - Débito tributário - Pedido de parcelamento - Causa suspensiva do prazo prescricional - **Execução fiscal**

- Lançamento por homologação - Prescrição qüinqüenal - Termo inicial. REsp n. 1.062.145 - SC. RSTJ 215/181.

Cv Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Dano moral - Dano material - Indenização - Cabimento - Produto alimentício - Prazo de validade vencido - **Responsabilidade civil** - Fabricante - Vício de segurança. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

Adm Curso realizado no exterior - Cidadão colombiano - Visto de permanência - Obtenção posterior - Decreto n. 80.419/1977 - Revogação - Diploma - Revalidação automática - Não-cabimento - Direito adquirido - Inexistência - **Ensino superior**. REsp n. 1.042.825 - RS. RSTJ 215/174.

D

Adm **Dano ambiental** - Risco a bem da União - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) - Fiscalização - Cabimento - Lei n. 6.938/1981, art. 10, § 3º - Violação - Lei n. 9.605/1998, art. 76 - Poder de polícia administrativa. AgRg no REsp n. 711.405 - PR. RSTJ 215/221.

Cv Dano moral - Cabimento - CC/2002, art. 52 - Contrafação - **Indenização** - Marca - Pessoa jurídica - Dano à identidade. REsp n. 1.032.014 - RS. RSTJ 215/466.

PrCv Dano moral - Dano material - **Ação indenizatória** - Estado estrangeiro - Imunidade - Intimação - Necessidade - Vítima de ato de guerra. RO n. 74 - RJ. RSTJ 215/569.

Cv Dano moral - Dano material - CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - Indenização - Cabimento - Produto alimentício - Prazo de validade vencido - **Responsabilidade civil** - Fabricante - Vício de segurança. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

Adm Dano moral - Dano material - Revisão - Não-cabimento - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Lei n. 11.280/2006 - Inaplicabilidade - Prescrição - Não-ocorrência - Princípio da proporcionalidade - Ofensa - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 933.322 - RJ. RSTJ 215/163.

Cv Dano moral - *Quantum* - Revisão - Possibilidade - Indenização - Prova - Revaloração - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil**. AgRg no Ag n. 807.959 - DF. RSTJ 215/389.

Trbt Débito tributário - Pedido de parcelamento - Causa suspensiva do prazo prescricional - Contribuição previdenciária - CTN, art. 174 - **Execução fiscal** - Lançamento por homologação - Prescrição qüinqüenal - Termo inicial. REsp n. 1.062.145 - SC. RSTJ 215/181.

PrCv Decisão administrativa - Tribunal de Justiça - **Ação anulatória** - Cabimento - Ato judicial - Inexistência - Súmula n. 733-STF. REsp n. 730.947 - AC. RSTJ 215/693.

Adm Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Dano moral - Dano material - Revisão - Não-cabimento - Lei n. 11.280/2006 - Inaplicabilidade - Prescrição - Não-ocorrência - Princípio da proporcionalidade - Ofensa - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 933.322 - RJ. RSTJ 215/163.

Adm Decreto n. 80.419/1977 - Revogação - Cidadão colombiano - Visto de permanência - Obtenção posterior - Curso realizado no exterior - Diploma - Revalidação automática - Não-cabimento - Direito adquirido - Inexistência - **Ensino superior**. REsp n. 1.042.825 - RS. RSTJ 215/174.

Adm Decreto-Lei n. 791/1969 arts. 4º e 5º - Legitimidade passiva *ad causam* - União - **Pedágio** - Rodovia federal - Tarifa - Critério. REsp n. 1.103.168 - RS. RSTJ 215/208.

PrCv Defensoria Pública - Intimação pessoal - Ausência - **Ação rescisória** - Cabimento - Vício de nulidade - Correção. AR n. 3.502 - RS. RSTJ 215/349.

Adm Delegação - Extinção - Cartório extrajudicial - Serviço notarial e de registro - Lei n. 8.935/1994, art. 39 - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Teoria da encampação - Inaplicabilidade - Titular - Aposentadoria voluntária. RMS n. 29.493 - MS. RSTJ 215/272.

Adm Demissão - Anulação - Lei n. 8.112/1990, art. 128 - Violação - **Mandado de segurança** - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Reintegração - Efeitos patrimoniais - Termo inicial - Servidor público federal - Médico perito do INSS. MS n. 12.991 - DF. RSTJ 215/614.

PrPn Denúncia genérica - Inépcia - Ação penal - Trancamento - CPP, art. 41 - Crime contra a ordem tributária - Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus**. HC n. 134.044 - SP. RSTJ 215/801.

PrCv Depositário infiel - Execução fiscal - Pacto de San José da Costa Rica - Aplicabilidade - Prisão civil - Não-cabimento - **Recurso em habeas corpus** - Súmula n. 619-STF - Revogação. RHC n. 19.406 - MG. RSTJ 215/137.

PrCv Desenho industrial patenteado - Uso indevido - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 3º e 267, VI - Legitimidade ativa *ad causam* - Empresa - Sócio majoritário e administrador - Titular da patente. REsp n. 590.645 - SC. RSTJ 215/531.

Cv Despesas anuais - Limitação - Não-cabimento - Cláusula contratual - Abusividade - **Seguro-saúde**. REsp n. 326.147 - SP. RSTJ 215/519.

Cv Dever de prestar contas - **Contrato de compra e financiamento de ações** - Instituição financeira - Programa Nacional de Privatização. REsp n. 1.062.589 - RS. RSTJ 215/547.

Adm Dilação probatória - Impossibilidade - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

Adm Diploma - Revalidação automática - Não-cabimento - Cidadão colombiano - Visto de permanência - Obtenção posterior - Curso realizado no exterior - Decreto n. 80.419/1977 - Revogação - Direito adquirido - Inexistência - **Ensino superior**. REsp n. 1.042.825 - RS. RSTJ 215/174.

Adm Direito adquirido - Inexistência - Cidadão colombiano - Visto de permanência - Obtenção posterior - Curso realizado no exterior - Decreto n. 80.419/1977 - Revogação - Diploma - Revalidação automática - Não-cabimento - **Ensino superior**. REsp n. 1.042.825 - RS. RSTJ 215/174.

PrCv Direito coletivo e difuso - Caracterização - **Ação civil pública** - Colégio federal - Ensino noturno - Manutenção - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF). REsp n. 933.002 - RJ. RSTJ 215/315.

Adm Direito líquido e certo - Ausência - CF/1988, art. 41 - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

Cv **Direitos hereditários** - Cessão - CC/2002, art. 1.793 - Escritura pública - Necessidade. REsp n. 1.027.884 - SC. RSTJ 215/541.

E

Pn Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

PrCv **Embargos à execução** - Competência - Deslocamento para Justiça Federal - Impossibilidade - CPC, arts. 50 e 54 - Interesse econômico - Lei n. 9.469/1997, art. 5º - União - Pedido de assistência simples. REsp n. 1.097.759 - BA. RSTJ 215/555.

Adm Emenda Constitucional n. 19/1998 - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

PrCv Empresa prestadora de serviço de conexão à *internet* - **Ação consignatória em pagamento** - Cabimento - CPC, art. 895 - CTN, art. 164, III - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Imposto sobre Serviços (ISS) - Recolhimento - Dúvida. REsp n. 931.566 - MG. RSTJ 215/157.

Trbt Energia elétrica - Usina - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

Adm **Ensino superior** - Alimentação - Moradia - Fornecimento pela Secretaria de Saúde - Dever legal - CPC, art. 461, §1º - Lei n. 6.932/1981, art. 4º, § 4º - Residência médica - Tutela específica - Impossibilidade. REsp n. 813.408 - RS. RSTJ 215/311.

Adm **Ensino superior** - Cidadão colombiano - Visto de permanência - Obtenção posterior - Curso realizado no exterior - Decreto n. 80.419/1977 - Revogação - Diploma - Revalidação automática - Não-cabimento - Direito adquirido - Inexistência. REsp n. 1.042.825 - RS. RSTJ 215/174.

Cv Escritura pública - Necessidade - CC/2002, art. 1.793 - **Direitos hereditários** - Cessão. REsp n. 1.027.884 - SC. RSTJ 215/541.

PrCv Estado estrangeiro - Imunidade - **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Intimação - Necessidade - Vítima de ato de guerra. RO n. 74 - RJ. RSTJ 215/569.

Adm Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

PrCv **Exceção de pré-executividade** - Improcedência - Honorários advocatícios - Não-cabimento. EREsp n. 1.048.043 - SP. RSTJ 215/32.

PrPn Excesso de linguagem - Configuração - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Crime de homicídio - **Habeas corpus** - Lei n. 11.689/2008 - Sentença de pronúncia - Anulação. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

PrCv **Execução** - Lei n. 6.830/1980, art. 15 - Multa administrativa - Cobrança - Penhora *on line* - Substituição por fiança bancária - Cabimento. AgRg no REsp n. 1.058.533 - RJ. RSTJ 215/227.

PrCv **Execução** - Credor quirografário - CPC, art. 690, §2º - Credor trabalhista - Arrematação - Possibilidade. RMS n. 20.386 - PR. RSTJ 215/394.

Trbt **Execução fiscal** - Contribuição previdenciária - CTN, art. 174 - Débito tributário - Pedido de parcelamento - Causa suspensiva do prazo prescricional - Lançamento por homologação - Prescrição qüinqüenal - Termo inicial. REsp n. 1.062.145 - SC. RSTJ 215/181.

PrCv Execução fiscal - Depositário infiel - Pacto de San José da Costa Rica - Aplicabilidade - Prisão civil - Não-cabimento - **Recurso em habeas corpus** - Súmula n. 619-STF - Revogação. RHC n. 19.406 - MG. RSTJ 215/137.

PrPn Extinção da punibilidade - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

F

Trbt Fato gerador - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

Trbt **Fatura telefônica** - Concessionária de telefonia fixa - Prática abusiva - Configuração - CTN, art. 167 - Inaplicabilidade - PIS - Cofins - Repasse - Ilegalidade - Repetição do indébito tributário - Não-caracterização. REsp n. 1.053.778 - RS. RSTJ 215/331.

PrCv Foro competente - Comarca da lavratura do assento ou do domicílio do autor - Ação de retificação de registro civil - Certidão de óbito - **Competência** - Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Lei n. 6.015/1973, art. 109, § 5º. CC n. 96.309 - RJ. RSTJ 215/380.

PrCv Foro competente - Sede funcional - Autoridade coatora - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) - Autuações - Anulação - Lei n. 10.233/2001 - **Mandado de segurança**. REsp n. 1.101.738 - SP. RSTJ 215/199.

H

PrPn **Habeas corpus** - Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - Justa causa - Ausência - Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único - Representação administrativa - Arquivamento. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

PrPn **Habeas corpus** - Ação penal - Trancamento - CPP, art. 41 - Crime contra a ordem tributária - Crime contra o sistema financeiro - Denúncia genérica - Inépcia. HC n. 134.044 - SP. RSTJ 215/801.

PrPn **Habeas corpus** - Advogado falecido - Intimação - Ineficácia - Apelação - Julgamento nulo - Crime contra o sistema financeiro - Nova intimação - Réu em liberdade. HC n. 110.119 - SP. RSTJ 215/776.

PrPn **Habeas corpus** - Apelação - Julgamento - Câmara julgadora - Composição - Irregularidade - Inexistência - Crime de extorsão mediante seqüestro - Juízes convocados - Convocação eventual - Legalidade - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 97.442 - PR. RSTJ 215/736.

PrPn **Habeas corpus** - Apelação em liberdade - Cabimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - Crime de quadrilha ou bando - Operação Narciso. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

PrPn **Habeas corpus** - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

PrPn **Habeas corpus** - Arma branca - Não-apreensão - Crime de roubo - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 125.999 - SP. RSTJ 215/789.

Ct **Habeas corpus** - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrPn **Habeas corpus** - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

PrPn **Habeas corpus** - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Crime de homicídio - Excesso de linguagem - Configuração - Lei n. 11.689/2008 - Sentença de pronúncia - Anulação. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

PrPn **Habeas corpus** - Crime contra o sistema financeiro - Passaporte - Retenção indevida - Prisão preventiva - Revogação. HC n. 128.938 - SP. RSTJ 215/793.

PrCv Honorários advocatícios - Não-cabimento - **Exceção de pré-executividade** - Improcedência. EREsp n. 1.048.043 - SP. RSTJ 215/32.

I

PrCv Imóvel fideicomitido - Venda - **Ação anulatória** - Procedência - Menor fideicomissária - Prejuízo. REsp n. 945.027 - BA. RSTJ 215/433.

Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

PrCv Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) - Imposto sobre Serviços (ISS) - Recolhimento - Dúvida - **Ação consignatória em pagamento** - Cabimento - CPC, art. 895 - CTN, art. 164, III - Empresa prestadora de serviço de conexão à *internet*. REsp n. 931.566 - MG. RSTJ 215/157.

Cv **Indenização** - CC/2002, art. 52 - Contrafação - Dano moral - Cabimento - Marca - Pessoa jurídica - Dano à identidade. REsp n. 1.032.014 - RS. RSTJ 215/466.

Cv Indenização - Dano moral - *Quantum* - Revisão - Possibilidade - Prova - Revaloração - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil**. AgRg no Ag n. 807.959 - DF. RSTJ 215/389.

Cv Indenização - Cabimento - CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - Dano moral - Dano material - Produto alimentício - Prazo de validade vencido - **Responsabilidade civil** - Fabricante - Vício de segurança. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

Cv Instituição financeira - **Contrato de compra e financiamento de ações** - Dever de prestar contas - Programa Nacional de Privatização. REsp n. 1.062.589 - RS. RSTJ 215/547.

PrPn Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - **Competência** - CP, art. 91, II - Juízo falimentar

- Lei n. 6.024/1974 - Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

Adm Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) - Fiscalização - Cabimento - **Dano ambiental** - Risco a bem da União - Lei n. 6.938/1981, art. 10, § 3º - Violação - Lei n. 9.605/1998, art. 76 - Poder de polícia administrativa. AgRg no REsp n. 711.405 - PR. RSTJ 215/221.

PrCv Interesse econômico - Competência - Deslocamento para Justiça Federal - Impossibilidade - CPC, arts. 50 e 54 - **Embargos à execução** - Lei n. 9.469/1997, art. 5º - União - Pedido de assistência simples. REsp n. 1.097.759 - BA. RSTJ 215/555.

PrCv Intimação - Necessidade - **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Estado estrangeiro - Imunidade - Vítima de ato de guerra. RO n. 74 - RJ. RSTJ 215/569.

J

PrPn Juízes convocados - Convocação eventual - Legalidade - Apelação - Julgamento - Câmara julgadora - Composição - Irregularidade - Inexistência - Crime de extorsão mediante seqüestro - **Habeas corpus** - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 97.442 - PR. RSTJ 215/736.

PrPn Juízo falimentar - Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - **Competência** - CP, art. 91, II - Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Lei n. 6.024/1974 - Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

PrCv Julgamento posterior - Longo decurso de prazo - Advogado - Nova intimação - Necessidade - **Apelação** - Julgamento adiado - CPC, arts. 234, 235, 236, §1º, e 552 - Violação. REsp n. 943.858 - SC. RSTJ 215/325.

Adm Juros compensatórios - Exclusão por Presidente de Tribunal - Cabimento - CF/1988, ADCT, art. 78 - **Precatório** - Princípio da coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência. RMS n. 28.261 - SP. RSTJ 215/262.

Trbt Juros moratórios - CPC, art. 543-C - Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - **Repetição do indébito** - Resolução n. 8/2008-STJ - Taxa *Selic* - Aplicabilidade - Tributo estadual. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

PrPn Justa causa - Ausência - Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - **Habeas corpus** - Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único - Representação administrativa - Arquivamento. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

PrCv Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Ação de retificação de registro civil - Certidão de óbito - **Competência** - Foro competente - Comarca da

lavratura do assento ou do domicílio do autor - Lei n. 6.015/1973, art. 109, § 5º. CC n. 96.309 - RJ. RSTJ 215/380.

L

Trbt Lançamento por homologação - Contribuição previdenciária - CTN, art. 174 - Débito tributário - Pedido de parcelamento - Causa suspensiva do prazo prescricional - **Execução fiscal** - Prescrição qüinqüenal - Termo inicial. REsp n. 1.062.145 - SC. RSTJ 215/181.

PrPn Laudo pericial - Necessidade - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - **Habeas corpus** - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Empresa - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 3º e 267, VI - Desenho industrial patenteado - Uso indevido - Sócio majoritário e administrador - Titular da patente. REsp n. 590.645 - SC. RSTJ 215/531.

PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Estadual (MPE) - **Ação civil pública** - Acidente de trabalho - Prevenção. REsp n. 240.343 - SP. RSTJ 215/483.

PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - **Ação civil pública** - Colégio federal - Ensino noturno - Manutenção - Direito coletivo e difuso - Caracterização. REsp n. 933.002 - RJ. RSTJ 215/315.

Adm Legitimidade passiva *ad causam* - União - Decreto-Lei n. 791/1969 arts. 4º e 5º - **Pedágio** - Rodovia federal - Tarifa - Critério. REsp n. 1.103.168 - RS. RSTJ 215/208.

Trbt Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Município - Participação na receita - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

Trbt Lei Complementar n. 118/2005 - Prescrição - Não-ocorrência - Programa de Integração Social (PIS) - **Repetição do indébito**. REsp n. 1.086.871 - SC. RSTJ 215/192.

PrCv Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Lesão à ordem e à economia públicas - Portaria n. 140-Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná - Serventias judiciais não-estatizadas - Estruturação - **Suspensão de segurança** - Deferimento. AgRg na SS n. 1.922 - PR. RSTJ 215/23.

Pn Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento

subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

PrCv Lei n. 6.015/1973, art. 109, § 5º - Ação de retificação de registro civil - Certidão de óbito - **Competência** - Foro competente - Comarca da lavratura do assento ou do domicílio do autor - Justiça do Estado do Rio de Janeiro. CC n. 96.309 - RJ. RSTJ 215/380.

PrPn Lei n. 6.024/1974 - Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - **Competência** - CP, art. 91, II - Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Juízo falimentar - Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

PrCv Lei n. 6.830/1980, art. 15 - **Execução** - Multa administrativa - Cobrança - Penhora *on line* - Substituição por fiança bancária - Cabimento. AgRg no REsp n. 1.058.533 - RJ. RSTJ 215/227.

Adm Lei n. 6.932/1981, art. 4º, § 4º - Alimentação - Moradia - Fornecimento pela Secretaria de Saúde - Dever legal - CPC, art. 461, §1º - **Ensino superior** - Residência médica - Tutela específica - Impossibilidade. REsp n. 813.408 - RS. RSTJ 215/311.

Adm Lei n. 6.938/1981, art. 10, § 3º - Violação - **Dano ambiental** - Risco a bem da União - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) - Fiscalização - Cabimento - Lei n. 9.605/1998, art. 76 - Poder de polícia administrativa. AgRg no REsp n. 711.405 - PR. RSTJ 215/221.

PrPn Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único - Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Representação administrativa - Arquivamento. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

Pn Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

Pn Lei n. 8.038/1990, art. 10 - Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Prefeito Municipal. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

Pn Lei n. 8.069/1990, art. 121, § 3º - **Ato infracional** - CP, arts. 109, VI, e 115 - Crime de rixa - Equiparação - Prescrição da pretensão sócio-educativa - Súmula n. 338-STJ. HC n. 117.611 - SP. RSTJ 215/678.

Adm Lei n. 8.112/1990, art. 128 - Violação - Demissão - Anulação - **Mandado de segurança** - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Reintegração - Efeitos patrimoniais - Termo inicial - Servidor público federal - Médico perito do INSS. MS n. 12.991 - DF. RSTJ 215/614.

Adm Lei n. 8.935/1994, art. 39 - Cartório extrajudicial - Serviço notarial e de registro - Delegação - Extinção - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Teoria da encampação - Inaplicabilidade - Titular - Aposentadoria voluntária. RMS n. 29.493 - MS. RSTJ 215/272.

PrCv Lei n. 9.307/1996 - Aplicabilidade - Acordo de consórcio internacional - Inadimplemento - Cláusula arbitral expressa - **Sentença arbitral estrangeira** - Homologação. SEC n. 831 - FR. RSTJ 215/83.

PrCv Lei n. 9.469/1997, art. 5º - Competência - Deslocamento para Justiça Federal - Impossibilidade - CPC, arts. 50 e 54 - **Embargos à execução** - Interesse econômico - União - Pedido de assistência simples. REsp n. 1.097.759 - BA. RSTJ 215/555.

PrPn Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

Adm Lei n. 9.605/1998, art. 76 - **Dano ambiental** - Risco a bem da União - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) - Fiscalização - Cabimento - Lei n. 6.938/1981, art. 10, § 3º - Violação - Poder de polícia administrativa. AgRg no REsp n. 711.405 - PR. RSTJ 215/221.

Ct Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

Adm Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Ato nulo - Cargo público efetivo - Concurso público - Ausência - Prazo decadencial quinquenal - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

Trbt Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - CPC, art. 543-C - Juros moratórios - **Repetição do indébito** - Resolução n. 8/2008-STJ - Taxa *Selic* - Aplicabilidade - Tributo estadual. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

PrCv Lei n. 10.233/2001 - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) - Autuações - Anulação - Foro competente - Sede funcional - Autoridade coatora - **Mandado de segurança**. REsp n. 1.101.738 - SP. RSTJ 215/199.

Adm Lei n. 10.593/2002, art. 11 - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

Adm Lei n. 11.280/2006 - Inaplicabilidade - Dano moral - Dano material - Revisão - Não-cabimento - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Prescrição - Não-ocorrência - Princípio da proporcionalidade - Ofensa - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 933.322 - RJ. RSTJ 215/163.

PrPn Lei n. 11.689/2008 - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Crime de homicídio - Excesso de linguagem - Configuração - **Habeas corpus** - Sentença de pronúncia - Anulação. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

PrCv Lesão à ordem e à economia públicas - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Portaria n. 140-Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná - Serventias judiciais não-estatizadas - Estruturação - **Suspensão de segurança** - Deferimento. AgRg na SS n. 1.922 - PR. RSTJ 215/23.

M

PrCv **Mandado de segurança** - Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) - Autuações - Anulação - Foro competente - Sede funcional - Autoridade coatora - Lei n. 10.233/2001. REsp n. 1.101.738 - SP. RSTJ 215/199.

Adm **Mandado de segurança** - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

Adm **Mandado de segurança** - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

PrCv **Mandado de segurança** - Compensação tributária - Contribuição social - Recolhimento indevido - Comprovação - Necessidade - CPC, art. 543-C - Prova pré-constituída - Necessidade - Resolução n. 8/2008-STJ. REsp n. 1.111.164 - BA. RSTJ 215/116.

Adm **Mandado de segurança** - Demissão - Anulação - Lei n. 8.112/1990, art. 128 - Violação - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Reintegração - Efeitos patrimoniais - Termo inicial - Servidor público federal - Médico perito do INSS. MS n. 12.991 - DF. RSTJ 215/614.

Adm **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Cartório extrajudicial - Serviço notarial e de registro - Delegação - Extinção - Lei n. 8.935/1994, art. 39 - Teoria da encampação - Inaplicabilidade - Titular - Aposentadoria voluntária. RMS n. 29.493 - MS. RSTJ 215/272.

Cv Marca - CC/2002, art. 52 - Contrafação - Dano moral - Cabimento - **Indenização** - Pessoa jurídica - Dano à identidade. REsp n. 1.032.014 - RS. RSTJ 215/466.

PrCv Menor fideicomissária - Prejuízo - **Ação anulatória** - Procedência - Imóvel fideicomitido - Venda. REsp n. 945.027 - BA. RSTJ 215/433.

PrCv Multa administrativa - Cobrança - **Execução** - Lei n. 6.830/1980, art. 15 - Penhora *on line* - Substituição por fiança bancária - Cabimento. AgRg no REsp n. 1.058.533 - RJ. RSTJ 215/227.

Trbt Município - Participação na receita - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

N

PrPn Nova intimação - Réu em liberdade - Advogado falecido - Intimação - Ineficácia - Apelação - Julgamento nulo - Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus**. HC n. 110.119 - SP. RSTJ 215/776.

O

PrPn Operação Narciso - Apelação em liberdade - Cabimento - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de contrabando ou descaminho - Crime de falsidade ideológica - Perícia - Não-cabimento - Crime de quadrilha ou bando - **Habeas corpus**. HC n. 108.919 - SP. RSTJ 215/744.

P

PrCv Pacto de San José da Costa Rica - Aplicabilidade - Depositário infiel - Execução fiscal - Prisão civil - Não-cabimento - **Recurso em habeas corpus** - Súmula n. 619-STF - Revogação. RHC n. 19.406 - MG. RSTJ 215/137.

PrPn Passaporte - Retenção indevida - Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Revogação. HC n. 128.938 - SP. RSTJ 215/793.

Adm **Pedágio** - Rodovia federal - Decreto-Lei n. 791/1969 arts. 4º e 5º - Legitimidade passiva *ad causam* - União - Tarifa - Critério. REsp n. 1.103.168 - RS. RSTJ 215/208.

PrPn Pena-base - Fixação no mínimo legal - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

PrCv Penhora *on line* - Substituição por fiança bancária - Cabimento - **Execução** - Lei n. 6.830/1980, art. 15 - Multa administrativa - Cobrança. AgRg no REsp n. 1.058.533 - RJ. RSTJ 215/227.

Cv Pessoa jurídica - Dano à identidade - CC/2002, art. 52 - Contrafação - Dano moral - Cabimento - **Indenização** - Marca. REsp n. 1.032.014 - RS. RSTJ 215/466.

Trbt PIS - Cofins - Repasse - Ilegalidade - Concessionária de telefonia fixa - Prática abusiva - Configuração - CTN, art. 167 - Inaplicabilidade - **Fatura telefônica** - Repetição do indébito tributário - Não-caracterização. REsp n. 1.053.778 - RS. RSTJ 215/331.

Adm Poder de polícia administrativa - **Dano ambiental** - Risco a bem da União - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) - Fiscalização - Cabimento - Lei n. 6.938/1981, art. 10, § 3º - Violação - Lei n. 9.605/1998, art. 76. AgRg no REsp n. 711.405 - PR. RSTJ 215/221.

PrCv Portaria n. 140-Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Lesão à ordem e à economia públicas - Serventias judiciais não-estatizadas - Estruturação - **Suspensão de segurança** - Deferimento. AgRg na SS n. 1.922 - PR. RSTJ 215/23.

Adm Portaria n. 468/2005-PGF - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

Adm Portaria n. 540/2004-MTE - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

Adm Prazo decadencial quinquenal - Ato nulo - Cargo público efetivo - Concurso público - Ausência - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

Adm **Precatório** - CF/1988, ADCT, art. 78 - Juros compensatórios - Exclusão por Presidente de Tribunal - Cabimento - Princípio da coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência. RMS n. 28.261 - SP. RSTJ 215/262.

PrCv Preclusão - Não-cabimento - **Preparo** - Matéria de ordem pública. EREsp n. 978.782 - RS. RSTJ 215/29.

Pn Prefeito Municipal - Ação penal originária - Conduta atípica - CPP, arts. 384, 386, III, e 499 - **Crime de racismo** - Absolvição - Elemento subjetivo do injusto - Ausência - Lei n. 5.250/1967, art. 45 - Lei n. 7.716/1989, art. 20, § 2º - Lei n. 8.038/1990, art. 10. REsp n. 911.183 - SC. RSTJ 215/698.

PrCv **Preparo** - Matéria de ordem pública - Preclusão - Não-cabimento. EREsp n. 978.782 - RS. RSTJ 215/29.

Adm Prescrição - Não-ocorrência - Dano moral - Dano material - Revisão - Não-cabimento - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Lei n. 11.280/2006 - Inaplicabilidade - Princípio da proporcionalidade - Ofensa - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 933.322 - RJ. RSTJ 215/163.

Trbt Prescrição - Não-ocorrência - Lei Complementar n. 118/2005 - Programa de Integração Social (PIS) - **Repetição do indébito**. REsp n. 1.086.871 - SC. RSTJ 215/192.

PrPn Prescrição da pretensão punitiva - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

Pn Prescrição da pretensão sócio-educativa - **Ato infracional** - CP, arts. 109, VI, e 115 - Crime de rixa - Equiparação - Lei n. 8.069/1990, art. 121, § 3º - Súmula n. 338-STJ. HC n. 117.611 - SP. RSTJ 215/678.

Trbt Prescrição qüinqüenal - Termo inicial - Contribuição previdenciária - CTN, art. 174 - Débito tributário - Pedido de parcelamento - Causa suspensiva do

prazo prescricional - **Execução fiscal** - Lançamento por homologação. REsp n. 1.062.145 - SC. RSTJ 215/181.

PrPn Presidente do tribunal - Intimação - Juiz Federal - **Reclamação** - Procedência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Competência - Usurpação - Tribunal de Contas Estadual - Irregularidade. Rcl n. 1.914 - MS. RSTJ 215/41.

Adm Princípio da coisa julgada - Ofensa - Não-ocorrência - CF/1988, ADCT, art. 78 - Juros compensatórios - Exclusão por Presidente de Tribunal - Cabimento - **Precatório**. RMS n. 28.261 - SP. RSTJ 215/262.

Adm Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

Ct Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

Adm Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

Adm Princípio da proporcionalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Dano moral - Dano material - Revisão - Não-cabimento - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Lei n. 11.280/2006 - Inaplicabilidade - Prescrição - Não-ocorrência - **Responsabilidade civil do Estado**. REsp n. 933.322 - RJ. RSTJ 215/163.

Adm Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Demissão - Anulação - Lei n. 8.112/1990, art. 128 - Violação - **Mandado de segurança** - Reintegração - Efeitos patrimoniais - Termo inicial - Servidor público federal - Médico perito do INSS. MS n. 12.991 - DF. RSTJ 215/614.

Adm Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - Ato nulo - Cargo público efetivo - Concurso público - Ausência - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Prazo

decadencial quinquenal - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

PrPn Princípio da universalidade do juízo de quebra - Aplicabilidade - Ação de responsabilidade civil - Ex-administradores - **Competência** - CP, art. 91, II - Instituição financeira - Gestão fraudulenta - Juízo falimentar - Lei n. 6.024/1974. CC n. 76.740 - SP. RSTJ 215/358.

PrPn Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Apelação - Julgamento - Câmara julgadora - Composição - Irregularidade - Inexistência - Crime de extorsão mediante seqüestro - **Habeas corpus** - Juízes convocados - Convocação eventual - Legalidade. HC n. 97.442 - PR. RSTJ 215/736.

Ct Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrCv Prisão civil - Não-cabimento - Depositário infiel - Execução fiscal - Pacto de San José da Costa Rica - Aplicabilidade - **Recurso em habeas corpus** - Súmula n. 619-STF - Revogação. RHC n. 19.406 - MG. RSTJ 215/137.

PrPn Prisão preventiva - Revogação - Crime contra o sistema financeiro - **Habeas corpus** - Passaporte - Retenção indevida. HC n. 128.938 - SP. RSTJ 215/793.

Adm Processo administrativo - Regularidade - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

PrPn Processo penal - Anulação - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Propriedade rural privada - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

Adm Procurador Federal - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

Cv Produto alimentício - Prazo de validade vencido - CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - Dano moral - Dano material - Indenização - Cabimento - **Responsabilidade civil** - Fabricante - Vício de segurança. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

Trbt Programa de Integração Social (PIS) - Lei Complementar n. 118/2005 - Prescrição - Não-ocorrência - **Repetição do indébito**. REsp n. 1.086.871 - SC. RSTJ 215/192.

Cv Programa Nacional de Privatização - **Contrato de compra e financiamento de ações** - Dever de prestar contas - Instituição financeira. REsp n. 1.062.589 - RS. RSTJ 215/547.

Cv Promitente-comprador - Resilição - Arras - Retenção - Impossibilidade - CC/2002, art. 418 - CDC, art. 53 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Valor - Devolução - Percentual - Exame. REsp n. 1.056.704 - MA. RSTJ 215/473.

Adm Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Servidor público. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

PrCv Propriedade - Prova documental - Necessidade - **Ação demarcatória** - Carta de sesmaria. REsp n. 926.755 - MG. RSTJ 215/409.

PrPn Propriedade rural privada - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

Cv Prova - Revaloração - Não-ocorrência - Dano moral - *Quantum* - Revisão - Possibilidade - Indenização - **Responsabilidade civil**. AgRg no Ag n. 807.959 - DF. RSTJ 215/389.

PrCv Prova pré-constituída - Necessidade - Compensação tributária - Contribuição social - Recolhimento indevido - Comprovação - Necessidade - CPC, art. 543-C - **Mandado de segurança** - Resolução n. 8/2008-STJ. REsp n. 1.111.164 - BA. RSTJ 215/116.

Q

PrPn Qualificadora - Não-comprovação - Arma branca - Não-apreensão - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 125.999 - SP. RSTJ 215/789.

PrPn Qualificadora - Não-comprovação - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

R

PrPn **Reclamação** - Procedência - Presidente do tribunal - Intimação - Juiz Federal - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Competência - Usurpação - Tribunal de Contas Estadual - Irregularidade. Rcl n. 1.914 - MS. RSTJ 215/41.

PrPn **Reclamação** - Procedência parcial - Ação penal - Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Competência - Crime de homicídio qualificado - Separação dos processos - Obrigatoriedade - Tribunal do Júri. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

PrCv **Recurso em habeas corpus** - Depositário infiel - Execução fiscal - Pacto de San José da Costa Rica - Aplicabilidade - Prisão civil - Não-cabimento - Súmula n. 619-STF - Revogação. RHC n. 19.406 - MG. RSTJ 215/137.

Adm **Recurso em mandado de segurança** - Ato nulo - Cargo público efetivo - Concurso público - Ausência - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Prazo decadencial quinquenal - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - Servidor público estadual. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

PrPn Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Arma branca - Não-apreensão - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Qualificadora - Não-comprovação. HC n. 125.999 - SP. RSTJ 215/789.

PrPn Regime prisional semi-aberto - Cabimento - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Reincidência. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

Ct Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Vara Federal - Especialização. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrPn Reincidência - Circunstâncias judiciais favoráveis - CPP, art. 159 - Crime de furto - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Necessidade - Pena-base - Fixação no mínimo legal - Qualificadora - Não-comprovação - Regime prisional semi-aberto - Cabimento. HC n. 96.500 - SP. RSTJ 215/647.

Adm Reintegração - Efeitos patrimoniais - Termo inicial - Demissão - Anulação - Lei n. 8.112/1990, art. 128 - Violação - **Mandado de segurança** - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Servidor público federal - Médico perito do INSS. MS n. 12.991 - DF. RSTJ 215/614.

Trbt **Repetição do indébito** - CPC, art. 543-C - Juros moratórios - Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - Resolução n. 8/2008-STJ - Taxa *Selic* - Aplicabilidade - Tributo estadual. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

Trbt **Repetição do indébito** - Lei Complementar n. 118/2005 - Prescrição - Não-ocorrência - Programa de Integração Social (PIS). REsp n. 1.086.871 - SC. RSTJ 215/192.

Trbt Repetição do indébito tributário - Não-caracterização - Concessionária de telefonia fixa - Prática abusiva - Configuração - CTN, art. 167 - Inaplicabilidade - **Fatura telefônica** - PIS - Cofins - Repasse - Ilegalidade. REsp n. 1.053.778 - RS. RSTJ 215/331.

PrPn Representação administrativa - Arquivamento - Ação penal - Trancamento - Conduta atípica - Crime contra o sistema financeiro - Gestão temerária - **Habeas corpus** - Justa causa - Ausência - Lei n. 7.492/1986, art. 4º, parágrafo único. HC n. 77.228 - RS. RSTJ 215/633.

Adm Residência médica - Alimentação - Moradia - Fornecimento pela Secretaria de Saúde - Dever legal - CPC, art. 461, §1º - **Ensino superior** - Lei n. 6.932/1981, art. 4º, § 4º - Tutela específica - Impossibilidade. REsp n. 813.408 - RS. RSTJ 215/311.

PrCv Resolução n. 8/2008-STJ - Compensação tributária - Contribuição social - Recolhimento indevido - Comprovação - Necessidade - CPC, art. 543-C - **Mandado de segurança** - Prova pré-constituída - Necessidade. REsp n. 1.111.164 - BA. RSTJ 215/116.

Trbt Resolução n. 8/2008-STJ - CPC, art. 543-C - Juros moratórios - Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - **Repetição do indébito** - Taxa *Selic* - Aplicabilidade - Tributo estadual. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

Cv **Responsabilidade civil** - Dano moral - *Quantum* - Revisão - Possibilidade - Indenização - Prova - Revaloração - Não-ocorrência. AgRg no Ag n. 807.959 - DF. RSTJ 215/389.

Cv **Responsabilidade civil** - Fabricante - CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - Dano moral - Dano material - Indenização - Cabimento - Produto alimentício - Prazo de validade vencido - Vício de segurança. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

Adm **Responsabilidade civil do Estado** - Dano moral - Dano material - Revisão - Não-cabimento - Decreto n. 20.910/1932, art. 1º - Lei n.

11.280/2006 - Inaplicabilidade - Prescrição - Não-ocorrência - Princípio da proporcionalidade - Ofensa - Não-ocorrência. REsp n. 933.322 - RJ. RSTJ 215/163.

S

Cv **Seguro-saúde** - Cláusula contratual - Abusividade - Despesas anuais - Limitação - Não-cabimento. REsp n. 326.147 - SP. RSTJ 215/519.

PrCv **Sentença arbitral estrangeira** - Homologação - Acordo de consórcio internacional - Inadimplemento - Cláusula arbitral expressa - Lei n. 9.307/1996 - Aplicabilidade. SEC n. 831 - FR. RSTJ 215/83.

PrPn Sentença de pronúncia - Anulação - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CPP, arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º - Crime de homicídio - Excesso de linguagem - Configuração - **Habeas corpus** - Lei n. 11.689/2008. HC n. 85.591 - GO. RSTJ 215/729.

PrCv **Sentença homologatória de cálculos de liquidação** - Coisa julgada - Ofensa - Correção monetária - Índices - Inclusão - Impossibilidade - CPC, art. 604 - Trânsito em julgado. REsp n. 714.205 - PR. RSTJ 215/400.

PrPn Separação dos processos - Obrigatoriedade - Ação penal - Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Competência - Crime de homicídio qualificado - **Reclamação** - Procedência parcial - Tribunal do Júri. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

PrCv Serventias judiciais não-estatizadas - Estruturação - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Lesão à ordem e à economia públicas - Portaria n. 140-Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná - **Suspensão de segurança** - Deferimento. AgRg na SS n. 1.922 - PR. RSTJ 215/23.

Adm Servidor público - CF/1988, art. 41 - Direito líquido e certo - Ausência - Emenda Constitucional n. 19/1998 - Estágio probatório - Conclusão - Necessidade - **Mandado de segurança** - Portaria n. 468/2005-PGF - Procurador Federal - Promoção e progressão funcional - Lista - Inclusão - Não-cabimento. MS n. 12.523 - DF. RSTJ 215/603.

Adm Servidor público estadual - Ato nulo - Cargo público efetivo - Concurso público - Ausência - Lei n. 9.784/1999, art. 55 - Prazo decadencial quinquenal - Princípio da segurança jurídica - Aplicabilidade - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 25.652 - PB. RSTJ 215/687.

Adm Servidor público federal - Médico perito do INSS - Demissão - Anulação - Lei n. 8.112/1990, art. 128 - Violação - **Mandado de segurança** - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade - Aplicabilidade - Reintegração - Efeitos patrimoniais - Termo inicial. MS n. 12.991 - DF. RSTJ 215/614.

PrCv Sócio majoritário e administrador - Titular da patente - **Ação indenizatória** - CPC, arts. 3º e 267, VI - Desenho industrial patenteado - Uso indevido - Legitimidade ativa *ad causam* - Empresa. REsp n. 590.645 - SC. RSTJ 215/531.

Pn Súmula n. 338-STJ - **Ato infracional** - CP, arts. 109, VI, e 115 - Crime de rixa - Equiparação - Lei n. 8.069/1990, art. 121, § 3º - Prescrição da pretensão sócio-educativa. HC n. 117.611 - SP. RSTJ 215/678.

PrCv Súmula n. 619-STF - Revogação - Depositário infiel - Execução fiscal - Pacto de San José da Costa Rica - Aplicabilidade - Prisão civil - Não-cabimento - **Recurso em habeas corpus**. RHC n. 19.406 - MG. RSTJ 215/137.

PrCv Súmula n. 733-STF - **Ação anulatória** - Cabimento - Ato judicial - Inexistência - Decisão administrativa - Tribunal de Justiça. REsp n. 730.947 - AC. RSTJ 215/693.

PrPn Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Competência - Usurpação - Presidente do tribunal - Intimação - Juiz Federal - **Reclamação** - Procedência - Tribunal de Contas Estadual - Irregularidade. Rcl n. 1.914 - MS. RSTJ 215/41.

PrCv **Suspensão de segurança** - Deferimento - Lei n. 4.348/1964, art. 4º - Lesão à ordem e à economia públicas - Portaria n. 140-Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná - Serventias judiciais não-estatizadas - Estruturação. AgRg na SS n. 1.922 - PR. RSTJ 215/23.

T

Adm Tarifa - Critério - Decreto-Lei n. 791/1969 arts. 4º e 5º - Legitimidade passiva *ad causam* - União - **Pedágio** - Rodovia federal. REsp n. 1.103.168 - RS. RSTJ 215/208.

Trbt Taxa *Selic* - Aplicabilidade - CPC, art. 543-C - Juros moratórios - Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - **Repetição do indébito** - Resolução n. 8/2008-STJ - Tributo estadual. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

Adm Teoria da encampação - Inaplicabilidade - Cartório extrajudicial - Serviço notarial e de registro - Delegação - Extinção - Lei n. 8.935/1994, art. 39 - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Titular - Aposentadoria voluntária. RMS n. 29.493 - MS. RSTJ 215/272.

Adm Titular - Aposentadoria voluntária - Cartório extrajudicial - Serviço notarial e de registro - Delegação - Extinção - Lei n. 8.935/1994, art. 39 - **Mandado de segurança** - Perda de objeto - Não-ocorrência - Teoria da encampação - Inaplicabilidade. RMS n. 29.493 - MS. RSTJ 215/272.

Adm Trabalho escravo - Cadastro de empregadores - Empresa - Inclusão - Legalidade - Auditor-Fiscal do Trabalho - Fiscalização - Legitimidade - CLT, arts. 638 e 913 - Dilação probatória - Impossibilidade - Lei n. 10.593/2002, art. 11 - **Mandado de segurança** - Portaria n. 540/2004-MTE - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio da presunção de inocência - Ofensa - Não-ocorrência - Processo administrativo - Regularidade. MS n. 14.017 - DF. RSTJ 215/97.

PrCv Trânsito em julgado - Coisa julgada - Ofensa - Correção monetária - Índices - Inclusão - Impossibilidade - CPC, art. 604 - **Sentença homologatória de cálculos de liquidação**. REsp n. 714.205 - PR. RSTJ 215/400.

PrPn Tribunal de Contas Estadual - Irregularidade - Presidente do tribunal - Intimação - Juiz Federal - **Reclamação** - Procedência - Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Competência - Usurpação. Rcl n. 1.914 - MS. RSTJ 215/41.

PrPn Tribunal do Júri - Ação penal - Autoria intelectual - Desembargador - Cônjuge - Competência - Crime de homicídio qualificado - **Reclamação** - Procedência parcial - Separação dos processos - Obrigatoriedade. Rcl n. 2.125 - CE. RSTJ 215/45.

Trbt Tributo estadual - CPC, art. 543-C - Juros moratórios - Lei n. 10.175/1998(SP), art. 1º - **Repetição do indébito** - Resolução n. 8/2008-STJ - Taxa *Selic* - Aplicabilidade. REsp n. 1.111.189 - SP. RSTJ 215/126.

Adm Tutela específica - Impossibilidade - Alimentação - Moradia - Fornecimento pela Secretaria de Saúde - Dever legal - CPC, art. 461, §1º - **Ensino superior** - Lei n. 6.932/1981, art. 4º, § 4º - Residência médica. REsp n. 813.408 - RS. RSTJ 215/311.

U

PrPn União - Bens, interesses ou serviços - Lesão - Ausência - Área de preservação permanente - Corte de árvores - Competência - Justiça Estadual - CP, art. 107, IV - Crime contra o meio ambiente - Extinção da punibilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 9.605/1998, art. 39 - Prescrição da pretensão punitiva - Processo penal - Anulação - Propriedade rural privada. HC n. 110.405 - SP. RSTJ 215/781.

PrCv União - Pedido de assistência simples - Competência - Deslocamento para Justiça Federal - Impossibilidade - CPC, arts. 50 e 54 - **Embargos à execução** - Interesse econômico - Lei n. 9.469/1997, art. 5º. REsp n. 1.097.759 - BA. RSTJ 215/555.

V

Cv Valor - Devolução - Percentual - Exame - Arras - Retenção - Impossibilidade - CC/2002, art. 418 - CDC, art. 53 - **Contrato de promessa de compra e venda** - Promitente-comprador - Resilição. REsp n. 1.056.704 - MA. RSTJ 215/473.

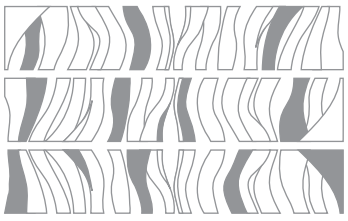
Trbt Valor Adicionado Fiscal (VAF) - Local da saída da mercadoria - CF/1988, art. 158 - Convênio n. 66/1988 - Critério da territorialidade - Energia elétrica - Usina - Fato gerador - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 63/1990, art. 3º - Município - Participação na receita. REsp n. 811.712 - SP. RSTJ 215/284.

Ct Vara Federal - Especialização - CF/1988, arts. 5º, XXXVII e LIII, e 96, I, **a** e **d** - Competência - Deslocamento - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - **Habeas corpus** - Lei n. 9.613/1998, art. 1º, § 1º, II - Princípio da legalidade - Ofensa - Não-ocorrência - Princípio do juiz natural - Ofensa - Não-ocorrência - Regras de Organização Judiciária - Alteração - Possibilidade. HC n. 114.385 - MS. RSTJ 215/666.

PrCv Vício de nulidade - Correção - **Ação rescisória** - Cabimento - Defensoria Pública - Intimação pessoal - Ausência. AR n. 3.502 - RS. RSTJ 215/349.

Cv Vício de segurança - CDC, art. 12, § 3º, III - Inaplicabilidade - Culpa exclusiva de terceiro - Não-configuração - Dano moral - Dano material - Indenização - Cabimento - Produto alimentício - Prazo de validade vencido - **Responsabilidade civil** - Fabricante. REsp n. 980.860 - SP. RSTJ 215/454.

PrCv Vítima de ato de guerra - **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Estado estrangeiro - Imunidade - Intimação - Necessidade. RO n. 74 - RJ. RSTJ 215/569.



Índice Sistemático

AÇÃO RESCISÓRIA - AR

3.502-RS ..... Rel. Min. Vasco Della Giustina[1] ..... RSTJ 215/349.

AGRAVO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA - AgRg na CR

2.496-US ..... Rel. Min. Presidente do STJ ..... RSTJ 215/17.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - AgRg na SS

1.922-PR ..... Rel. Min. Presidente do STJ ..... RSTJ 215/23.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AgRg no Ag

807.959-DF ..... Rel. Min. Paulo Furtado[2] ..... RSTJ 215/389.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

711.405-PR ..... Rel. Min. Humberto Martins ..... RSTJ 215/221.
1.058.533-RJ ..... Rel. Min. Eliana Calmon ..... RSTJ 215/227.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

76.740-SP ..... Rel. Min. Massami Uyeda ..... RSTJ 215/358.
96.309-RJ ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves ..... RSTJ 215/380.

[1] Desembargador convocado do TJ-RS

[2] Desembargador convocado do TJ-BA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

978.782-RS ..... Rel. Min. Ari Pargendler ..... RSTJ 215/29.
1.048.043-SP ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 215/32.

HABEAS CORPUS - HC

77.228-RS ..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho ..... RSTJ 215/633.
85.591-GO ..... Rel. Min. Og Fernandes ..... RSTJ 215/729.
96.500-SP ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 215/647.
97.442-PR ..... Rel. Min. Og Fernandes ..... RSTJ 215/736.
108.919-SP ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura ..... RSTJ 215/744.
110.119-SP ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 215/776.
110.405-SP ..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura ..... RSTJ 215/781.
114.385-MS ..... Rel. Min. Jorge Mussi ..... RSTJ 215/666.
117.611-SP ..... Rel. Min. Laurita Vaz ..... RSTJ 215/678.
125.999-SP ..... Rel. Min. Nilson Naves ..... RSTJ 215/789.
128.938-SP ..... Rel. Min. Celso Limongi[3] ..... RSTJ 215/793.
134.044-SP ..... Rel. Min. Celso Limongi[3] ..... RSTJ 215/801.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

12.523-DF ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 215/603.
12.991-DF ..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima ..... RSTJ 215/614.
14.017-DF ..... Rel. Min. Herman Benjamin ..... RSTJ 215/97.

RECLAMAÇÃO - Rcl

1.914-MS ..... Rel. Min. Ari Pargendler ..... RSTJ 215/41.
2.125-CE ..... Rel. Min. Hamilton Carvalhido ..... RSTJ 215/45.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

19.406-MG ..... Rel. Min. Luiz Fux ..... RSTJ 215/137.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

20.386-PR ..... Rel. Min. Paulo Furtado[4] ..... RSTJ 215/394.
25.652-PB ..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho ..... RSTJ 215/687.
28.261-SP ..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 215/262.
29.493-MS ..... Rel. Min. Humberto Martins ..... RSTJ 215/272.

[3] Desembargador convocado do TJ-SP

[4] Desembargador convocado do TJ-BA

RECURSO ESPECIAL - REsp

240.343-SP..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 215/483.
326.147-SP..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 215/519.
590.645-SC ..... Rel. Min. Aldir Passarinho Junior ..... RSTJ 215/531.
714.205-PR..... Rel. Min. Vasco Della Giustina[5] ..... RSTJ 215/400.
730.947-AC ..... Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 215/693.
811.712-SP..... Rel. Min. Castro Meira ..... RSTJ 215/284.
813.408-RS ..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 215/311.
911.183-SC ..... Rel. Min. Jorge Mussi ..... RSTJ 215/698.
926.755-MG ..... Rel. Min. Sidnei Beneti..... RSTJ 215/409.
931.566-MG ..... Rel. Min. Denise Arruda..... RSTJ 215/157.
933.002-RJ ..... Rel. Min. Castro Meira ..... RSTJ 215/315.
933.322-RJ ..... Rel. Min. Denise Arruda..... RSTJ 215/163.
943.858-SC ..... Rel. Min. Eliana Calmon ..... RSTJ 215/325.
945.027-BA..... Rel. Min. Sidnei Beneti..... RSTJ 215/433.
980.860-SP..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 215/454.
1.027.884-SC ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves..... RSTJ 215/541.
1.032.014-RS ..... Rel. Min. Nancy Andrighi ..... RSTJ 215/466.
1.042.825-RS ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 215/174.
1.053.778-RS ..... Rel. Min. Herman Benjamin ..... RSTJ 215/331.
1.056.704-MA ..... Rel. Min. Massami Uyeda ..... RSTJ 215/473.
1.062.145-SC ..... Rel. Min. Luiz Fux..... RSTJ 215/181.
1.062.589-RS ..... Rel. Min. João Otávio de Noronha ..... RSTJ 215/547.
1.086.871-SC ..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 215/192.
1.097.759-BA..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 215/555.
1.101.738-SP..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 215/199.
1.103.168-RS ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 215/208.
1.111.164-BA..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 215/116.
1.111.189-SP..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki ..... RSTJ 215/126.

RECURSO ORDINÁRIO - RO

74-RJ ..... Rel. Min. Fernando Gonçalves..... RSTJ 215/569.

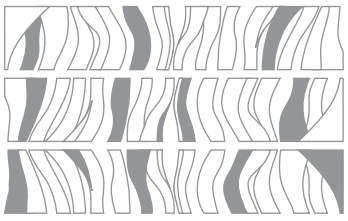
SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA - SEC

831-FR..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 215/83.

SÚMULAS

357 (Revogada)..... RSTJ 215/835.

[5] Desembargador convocado do TJ-RS



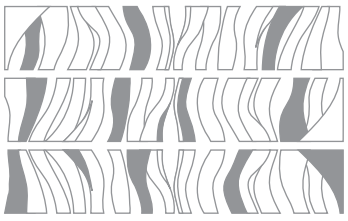
Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg	Agravo Regimental
AI	Argüição de Inconstitucionalidade
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei

DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	*Habeas Corpus*
HD	*Habeas Data*
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar

LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo
Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em *Habeas Corpus*
RHD	Recurso em *Habeas Data*
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula

SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário



Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.

02. Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 05.09.2007 – DJ 19.09.2007.

03. Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ 28.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.

04. Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ 12.09.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.

05. Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ 10.11.1987 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.

06. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/ retificado** – Portaria n. 3, de 19.06.2002 – DJ de 25.06.2002.

07. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990.

08. Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ 04.06.1999.

09. Revista Jurídica – editada por Notadez Informação Ltda. – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990.

10. Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ 09.05.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.

11. Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda. – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ 24.08.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ 12.09.1990.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ 19.12.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 10, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense – editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ 27.05.1991.

19. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 20.09.1991 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.

20. Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.

22. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992.

23. Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ 06.07.1992.

25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 6, de 06.11.1992 – DJ 10.11.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.

26. Série – Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ 25.02.1993 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.

27. Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ 18.02.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ 18.05.1999.

28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – editada pela Livraria do Advogado Ltda. – Portaria n. 3, de 02.03.1994 – DJ 07.03.1994.

29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4, de 15.06.1994 – DJ 17.06.1994.

30. Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ 16.09.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

31. Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ 06.12.1994.

32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – Portaria n. 1, de 18.12.1995 – DJ 20.12.1995 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Portaria n. 1, de 11.04.1996 – DJ 22.04.1996.

34. Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ 02.05.1996 – **Registro cancelado** – Portaria n. 11, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

35. Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ 15.08.1996.

36. Revista Dialética de Direito Tributário – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 16.06.1997 – DJ 23.06.1997.

37. Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ 05.11.1998 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.

38. Revista Jurídica Consulex – editada pela Editora Consulex Ltda. – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ 23.02.1999 – Republicada em 25.02.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.

39. Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ 15.04.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

40. Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.

41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.

42. Revista de Estudos Tributários – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.

43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. – Portaria n. 10, de 29.06.1999 – DJ 05.07.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.

44. Revista Interesse Público – editada pela Editora Fórum Ltda. – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000.

45. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.

46. Revista IOB de Direito de Família – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 03.04.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 2, de 14.09.2009 – DJe 15.09.2009

47. Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

48. Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 7, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

50. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.

51. Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 6, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.

52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ 02.05.2002 – Republicada em 19.04.2002 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.

53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ 02.05.2002.

54. Revista Dialética de Direito Processual – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 30.06.2003 – DJ 07.07.2003.

55. Revista Juris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005.

56. Revista Bonijuris – co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) – Portaria n. 2, de 18.10.2005 – DJ 27.10.2005.

57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 3, de 16.12.2005 – DJ 08.02.2006.

58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 02.08.2006 – DJ 09.08.2006.

59. CD-ROM – Jur Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 5, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.

60. DVD – Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 6, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris – editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 7, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

62. CD-ROM – Gazetajuris – editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 8, de 02.10.2006 – DJ 04.10.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 12.11.2008 – DJe 17.11.2008.

63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 1, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.

64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 2, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.

65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 10.10.2008 – DJe 15.10.2008.

66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – editada pela MP Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 30.10.2008 – DJe 07.11.2008.

67. Portal na Rede Mundial de Computadores "editoramagister.com" – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 7, de 15.12.2008 – DJe 17.12.2008.

Projeto gráfico
Coordenadoria de Programação Visual - STJ

Editoração
Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão
Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF
Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ