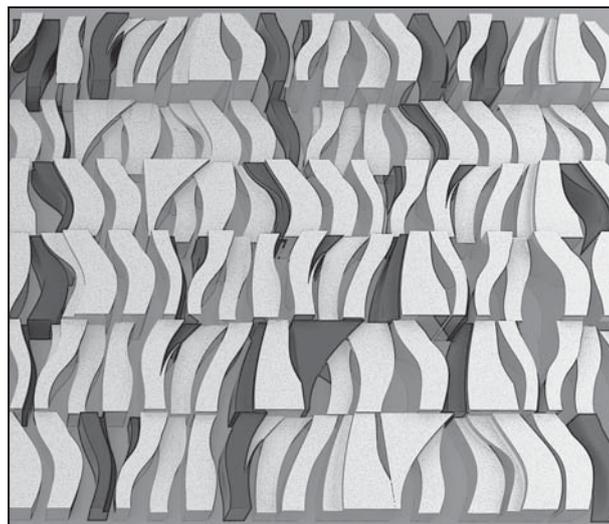


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

VOLUME 227, TOMO 1

ANO 24

JULHO/AGOSTO/SETEMBRO 2012

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretora

Ministra Nancy Andrichi

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Servidores

Andrea Dias de Castro Costa

Eloame Augusti

Gerson Prado da Silva

Jacqueline Neiva de Lima

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

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 (set. 1989) -. Brasília : STJ, 1989 -.Periodicidade varia:
Mensal, do n. 1 (set. 1989) ao n. 202 (jun. 2006), Trimestral a partir do n. 203 (jul/ago/set. 2006).

Repositório Oficial da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nome do editor varia:
Superior Tribunal de Justiça/Editora Brasília Jurídica, set. 1989 a dez. 1998; Superior Tribunal
de Justiça/Editora Consulex Ltda, jan. 1999 a dez. 2003; Superior Tribunal de Justiça/ Editora
Brasília Jurídica, jan. 2004 a jun. 2006; Superior Tribunal de Justiça, jul/ago/set 2006-.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2009:

<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica>.

ISSN 0103-4286.

1. Direito, Brasil. 2. Jurisprudência, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ).
II. Título.

CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Diretora

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Langaro Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro Francisco **Cesar Asfor Rocha***

Ministro **Ari Pargendler**

Ministra **Eliana Calmon** Alves (*Diretora-Geral da ENFAM*)

Ministro **Francisco** Cândido de Melo **Falcão** Neto (*Corregedor Nacional de Justiça*)

Ministra Fátima **Nancy Andrichi** (*Diretora da Revista*)

Ministra **Laurita** Hilário **Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro José de **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto** Eustáquio Soares **Martins**

Ministra **Maria Thereza** Rocha de **Assis Moura**

Ministro Antonio **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**

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso** Vieira **Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel** Diniz **Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião** Alves dos **Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio** Gastaldi **Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete** Dumont Reis **Magalhães**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

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

(*) Ministro ativo até 3.9.2012

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

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Cesar Asfor Rocha***

Ministro **Ari Pargendler**

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Martins**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Herman Benjamin**

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

Ministro **Castro Meira** (*Presidente*)

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

Ministro **Arnaldo Esteves Lima** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

* Ministro ativo até 3.9.2012

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

Ministro **Herman Benjamin** (*Presidente*)

Ministro **Cesar Asfor Rocha***

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

Ministro **Sidnei Beneti** (*Presidente*)

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

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

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

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Presidente*)

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Marco Buzzi**

* Ministro ativo até 3.9.2012

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidenta*)

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

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Campos Marques***

Ministra **Marilza Maynard****

Ministro **Adilson Macabu*****

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

Ministro **Og Fernandes** (*Presidente*)

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministra **Alderita Ramos de Oliveira******

* Desembargador convocado (TJ-PR)

** Desembargadora convocada (TJ-SE)

*** Desembargador convocado (TJ-RJ) - até 22.8.2012

**** Desembargadora convocada (TJ-PE)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Jorge Mussi** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

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

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Herman Benjamin** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministra **Nancy Andrichi** (*Presidenta*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Humberto Martins** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Gilson Dipp** (*Presidente*)

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministra **Nancy Andriahi** (*Corregedora-Geral*)

Ministra **Laurita Vaz** (*Efetivo*)

Ministro **Teori Albino Zavascki** (*1º Substituto*)

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

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Gilson Dipp** (*Vice-Presidente*)

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Membros Efetivos

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Juiz Mário César Ribeiro (*TRF 1ª Região*)

Juíza Maria Helena Cisne (*TRF 2ª Região*)

Juiz Newton De Lucca (*TRF 3ª Região*)

Juíza Marga Inge Barth Tessler (*TRF 4ª Região*)

Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Humberto Martins**

Juiz Daniel Paes Ribeiro (*TRF 1ª Região*)

Juiz Raldênio Costa (*TRF 2ª Região*)

Juíza Maria Salette Camargo Nascimento (*TRF 3ª Região*)

Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon (*TRF 4ª Região*)

Juiz Rogério Meneses Fialho Moreira (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

TOMO 1

JURISPRUDÊNCIA

Corte Especial	17
Primeira Seção.....	171
Primeira Turma	227
Segunda Turma	295
Segunda Seção.....	389
Terceira Turma	435

TOMO 2

JURISPRUDÊNCIA

Quarta Turma.....	573
Terceira Seção.....	721
Quinta Turma.....	755
Sexta Turma.....	849

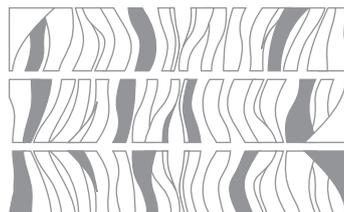
SÚMULAS	935
----------------------	-----

ÍNDICE ANALÍTICO	959
-------------------------------	-----

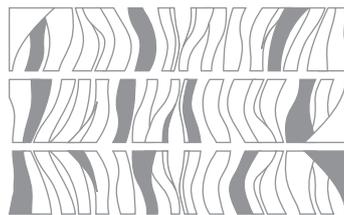
ÍNDICE SISTEMÁTICO	979
---------------------------------	-----

SIGLAS E ABREVIATURAS	985
------------------------------------	-----

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	991
--	-----



Jurisprudência



Corte Especial

AÇÃO PENAL N. 480-MG (2006/0259090-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relator para o acórdão: Ministro Cesar Asfor Rocha

Autor: Ministerio Publico Federal

Réu: Adriene Barbosa de Faria

Advogados: José Gerardo Grossi

Luiz Carlos Balbino Gambogi e outro(s)

EMENTA

Ação penal. Ex-Prefeita. Atual conselheira de Tribunal de Contas Estadual. Festa de carnaval. Fracionamento ilegal de serviços para afastar a obrigatoriedade de licitação. Artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Ordenação e efetuação de despesa em desconformidade com a lei. Pagamento realizado pela municipalidade antes da entrega do serviço pelo particular contratado. Artigo 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967 c.c. os artigos 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964. Ausência de fatos típicos. Elemento subjetivo. Insuficiência do dolo genérico. Necessidade do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo.

– Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

– Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário.

Ação penal improcedente.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer julgando improcedente a denúncia, o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi acompanhando a Sra. Ministra Relatora e os votos dos Srs. Ministros Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki e Castro Meira, acompanhando a divergência, por maioria, julgar improcedente a denúncia. Vencidas as Sras. Ministras Relatora e Nancy Andrichi.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Votaram com o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda e Humberto Martins.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins.

Brasília (DF), 29 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator p/ acórdão

DJe15.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em junho de 2004, ofereceu denúncia no Tribunal de Justiça do mesmo Estado contra *Adriane Barbosa de Faria*, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (por quatro vezes), c.c. o art. 71 do CP, e no art. 1º, V, do Decreto Lei n. 201/1967 (por quatro vezes), c.c. o art. 71 do CP, condutas a serem examinados em concurso material, consoante disposição do art. 69, também do Estatuto Penal.

Constou da peça inicial assinada pelo representante do *parquet* local (fls. 3-4):

(...) a denunciada, no exercício do cargo de Prefeito Municipal de Três Pontas, nos dias 13 e 22 de fevereiro de 2001, naquele município, presentes as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, portanto em continuidade delitiva, por quatro vezes inexigiu licitação fora das hipóteses legais, realizando

a contratação direta da pessoa jurídica de direito privado “*Marco Paulo Gama de Andrade Júnior-Arena 1*”, para organização e promoção dos festejos do Carnaval 2001” realizado nos dias 24 a 27 de fevereiro de 2001 e custeado por verbas públicas, especificamente para:

- 1) Locação de “sonorização de linha com quarenta caixas de som e cabos”;
- 2) Serviços de “chuva de prata”;
- 3) Locação de trio elétrico;
- 4) Prestação de serviços de raio **laser**.

Tais contratações foram feitas pelo município, representado pela denunciada, com dispensa de licitação fulcrada no art. 24, inc. II, da Lei Federal n. 8.666/1993, ao entendimento de que seus valores – não superiores a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) – dispensariam o certame seletivo, quando em verdade, pelo conjunto da contratação da mesma empresa, totalizando R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), constata-se verdadeiro fracionamento tendente a burlar a exigibilidade de licitação.

1.1) *Locação de “sonorização de linha com quarenta caixas de som”* (fls. 42-44):

No dia 13.2.2001 a empresa “*Marcos Paulo Gama de Andrade Júnior-Arena 1*” foi contratada para “locação de sonorização de linha com quarenta caixas de som para fins de realização de eventos durante o Carnaval de 2001”, remontando o valor dos serviços a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), quitados por verbas empenhadas sob n. 01696 (fls. 40) e n. 01697 (fls. 45), contra nota fiscal n. 000010, emitida e quitada em 13.2.2001 (fls. 41).

Infere-se da cláusula primeira, item 1, daquele instrumento contratual (fls. 27-28), que a denunciada dispensou a licitação com fundamento no art. 24, inc. II, da Lei Federal n. 8.666/1993.

1.2) *Serviços de “chuva de prata”* (fls. 27-28):

Em 22.2.2001 a mesma empresa foi contratada para prestação de serviços de “chuva de prata” para o “Carnaval 2001”, remontando o valor dos serviços a R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), quitados por verba empenhada sob n. 02211 (fls. 25), contra Nota Fiscal n. 000015, emitida e quitada em 23.2.2001 (fls. 26).

Infere-se da cláusula primeira, item 1, daquele instrumento contratual (fls. 27-28), que a denunciada dispensou a licitação com fundamento no art. 24, inc. II, da Lei Federal n. 8.666/1993.

Não se perca de vista que a empresa *Castelo Branco – Promoções, Eventos & Efeitos Especiais*, segundo orçamento de fls. 29-30, prestaria os mesmos serviços de “chuva de prata” aos custos de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) e R\$

4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais), conforme a intensidade do efeito visual pretendido, ou seja, com economia variável de R\$ 3.100,00 (três mil e cem reais) a R\$ 4.700,00 (quatro mil e setecentos reais) para o erário municipal.

1.3) *Locação de trio elétrico* (fls. 33-34):

Naquela mesma data - 22.2.2001 - "*Marcos Paulo Gama de Andrade Júnior-Arena 1*" foi contratada para locação de trio elétrico para as festividades do "Carnaval 2001", remontando o valor dos serviços a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), quitados por verba empenhada sob n. 02212 (fls. 31), contra Nota Fiscal n. 000016, emitida e quitada em 23.2.2001 (fls. 32).

Infere-se da cláusula primeira, item 1, daquele instrumento contratual (fls. 27-28), que a denunciada dispensou a licitação com fundamento no art. 24, inc. II, da Lei Federal n. 8.666/1993.

Demais disso, *Ronan Rocha Avila*, segundo documento de fls. 35, forneceria trio elétrico ao custo de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), ou seja, com economia de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o erário municipal.

1.4) *Serviços de raio laser* (fls. 38-39):

No dia 22.2.2001 a mesma pessoa jurídica foi contratada para a prestação de serviços de raio *laser* do "Carnaval 2001", remontando o valor dos serviços a R\$ 7.000,00 (sete mil reais), quitados por verba empenhada sob n. 02213 (fls. 36), contra Nota Fiscal n. 000017, emitida e quitada em 23.2.2001 (fls. 37).

Infere-se da cláusula primeira, item 1, daquele instrumento contratual (fls. 38-39), que a denunciada dispensou a licitação com fundamento no art. 24, inci. II, da Lei Federal n. 8.666/1993.

Em síntese:

Conforme se infere dos tópicos acima - "1.1", "1.2", "1.3" e "1.4" - a denunciada deliberadamente, leia-se dolosamente, buscou o fracionamento dos objetos contratados para obter a prestação de serviços afins, junto a mesma pessoa jurídica de direito privado "*Marcos Paulo Gama de Andrade Júnior-Arena 1*", dando ensejo a verdadeira simulação de situação de dispensabilidade, visando burlar a regra cogente do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, art. 2º e 24, inc. II (*contrarius sensus*) ambos da Lei n. 8.666/1993.

Note-se que os valores dos contratos, isoladamente considerados, dispensariam o certame seletivo, já que por pouco não suplantam R\$ 8.000,00 (oito mil reais), mas o conjunto da contratação com a mesma empresa, totalizando R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), tornava obrigatória a realização de licitação, ao menos na modalidade de convite, caracterizando o fracionamento verdadeira burla à exigibilidade de licitação.

Ademais, conforme se pode constatar pela dialética lançada nos itens “1.2” e “1.3” acima, a preterição do certame licitatório acarretou para a Fazenda Pública Municipal verdadeira situação prejudicial, com a contratação de serviços a custos mais onerosos, situação que poderia ser afastada com a competitividade dolosamente evitada pela denunciada com o fracionamento realizado.

2) *Do crime responsabilidade - realização de despesa em desacordo com a legislação financeira:*

A *notitia criminis* protocolizada pela Associação Amigos de Três Pontas-Atepe perante esta Especializada sob n. 1.216/04 narra, ainda, que a denunciada, no exercício do cargo de Prefeito Municipal de Três Pontas, nos dias 13 e 23 de fevereiro de 2001, naquele município, presentes as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, portanto em continuidade delitiva, realizou despesa - liquidação dos Empenhos n. 01696, n. 02211, n. 02212 e n. 02213 - em desacordo com normas financeira pertinentes, em especial arts. 62/63 da Lei n. 4.320/1964.

Conforme narrativa do item “1” desta prefacial, a denunciada, no exercício do cargo de Prefeito Municipal de Três Pontas, nos dias 13 e 22 de fevereiro de 2001, naquele município, contratou “Marco Paulo Gama de Andrade Júnior-Arena 1”, para organização e promoção dos festejos do “Carnaval 2001”, realizado nos dias 24 a 27 de fevereiro de 2001, preterindo a realização de licitação fora das hipóteses legais, para fins de “locação de sonorização de linha com quarenta caixas de som e cabos” (fls. 42-44), “serviços de chuva de prata” (fls. 27-28), “locação de trio elétrico” (fls. 33-34) e “prestação de serviços de raio laser” (fls. 38-39).

Ocorre, porém, que os Empenhos n. 01696 (fls. 40), n. 02211 (fls. 25), n. 02212 (fls. 31) e n. 02213 (fls. 36) foram liquidados, respectivamente em 13 e 23.2.2001, portanto anteriormente à realização das festividades do carnaval 2001 realizadas entre os dias 24 a 27.2.2001.

Fácil perceber que aqueles empenhos foram liquidados e quitados antes que os serviços tivessem sido efetivamente prestados.

De fato, ao antecipar a liquidação e quitação de tais empenhos, a denunciada, Chefe do Executivo municipal e nessa condição ordenadora das despesas, realizou-as em desconformidade com o disposto nos arts. 62 e 63, § 2º, inc. III, da Lei Federal n. 4.320/1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Vale recordar a redação dos dispositivos, verdadeiros complementos do tipo previsto no inc. V do art. 1º do Dec-Lei n. 201/1967:

Art. 62 - O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63 - A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

(... *omissis* ...)

Parágrafo segundo - A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Destarte, é indubitoso que a liquidação e quitação dos Empenhos n. 01696, n. 02211, n. 02212 e n. 02213 antecedeu a prestação efetiva dos serviços contratados, posto que as festividades do carnaval 2001 se deram somente entre os dias 24 a 27.2.2001, portanto em desacordo com normas financeiras pertinentes.

Por fim, observe-se que a liquidação e quitação daqueles empenhos antecipadamente à efetiva prestação dos serviços, a rigor, importa em inversão da ordem de pagamento a credores do município, sem qualquer vantagem para o erário.

3) *Dos pedidos:*

Diante de todo o exposto denunciemos *Adriene Barbosa de Faria* como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (quatro vezes - fatos descritos sob itens "1.1", "1.2", "1.3" e "1.4", combinados entre si com art. 71 do Código Penal e inc. V do art. 1º do Dec.-Lei n. 201/1967 (quatro vezes - item "2") combinados entre si com art. 71 do Código Penal, aquele e este - crime da Lei de Licitação e de Responsabilidade - combinados com art. 69 do Código Penal, para que seja processada nos termos da Lei n. 8.038/1990.

Autuada a peça inicial no Tribunal de origem, notificou-se a denunciada a apresentar defesa preliminar, o que ocorreu por meio da petição de fls. 198-204.

Aduziu a impugnação que a denúncia não veio precedida da regular realização de procedimento administrativo, pelo qual se comprovasse a autenticidade das cópias dos documentos a ela anexados, circunstância importante para a justa causa penal, já que a prova não é autêntica.

Destaque-se a seguinte passagem da defesa (fl. 201):

16. Portanto, com base nesses fundamentos, a denúncia não pode ser recebida, porque os documentos que a instruem não possuem validade e, dessa sorte, não

podem ser considerados com provas, como já explicitado anteriormente, e muito menos indícios, tendo em vista que o art. 239 CPP considera indício como a circunstância conhecida e provada, o que não é o caso dos autos.

Noutro argumento, cerca-se a denunciada do princípio da obrigatoriedade, para concluir que a não figuração no texto da denúncia, na condição também de denunciados, dos representantes legais da empresa supostamente beneficiada com a contratação torna a pretensão inviável, notadamente porque existiria, na hipótese, entre a atuação da empresa contratada e os fatos descritos na acusação, verdadeira conexão subjetiva e probatória, exigindo-se, por isso, a “unicidade da ação”, inclusive com repercussão nas esferas cível e administrativa.

Na sequência, ressalta não ter havido a comprovação do dolo na contratação da empresa para os festejos carnavalescos do Município.

Com relação à capitulação do art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1967, diz que a acusação não se sustenta, porquanto, independentemente da realização dos festejos em data posterior ao pagamento, o fato é que os bens contratados haviam sido entregues ao Município, gerando a obrigação deste na realização de sua contrapartida.

Confira-se a parte final da defesa preliminar (fl. 204):

34. Com a entrega dos bens, ficam autorizados a liquidação e o pagamento, o que torna a conduta da imputada atípica, acaso considerada verdadeira a narrativa da denúncia.

35. Por fim, cumpre salientar ainda que, conforme os documentos juntados em anexo, o evento do “Carnaval 2001” de Três Pontas-MG foi um verdadeiro sucesso, rendendo excelentes frutos para a economia da cidade e para seus cidadãos, o que demonstra o compromisso da imputada com o crescimento da qualidade de vida em sua cidade e retira qualquer fundamento plausível que vise caracterizar seus atos como ilícitos: certamente, todas as narrativas feitas na notícia-crime são pura e simplesmente derivadas de perseguição política, já que sua administração é reconhecida como exemplar.

Recebida a peça pelo Relator do Tribunal de Justiça, sobreveio manifestação do *parquet* local, redarguindo um a um os argumentos da defesa preliminar e requerendo a notificação da denunciada, na condição de chefe do executivo municipal, para trazer aos autos “relação de credores do município com vencimentos datados de fevereiro/2001, acompanhados dos respectivos valores, datas de quitações, empenhos e notas fiscais correspondentes”.

Contra a decisão de atendimento da promoção ministerial, a denunciada interpôs agravo regimental (fls. 234-236), o qual restou desprovido pelo Tribunal de Minas Gerais.

Confira-se o sumário do acórdão (fl. 245):

Agravo regimental. Despacho determinando apresentação de documentos. Impossibilidade de formulação de diligências pelo magistrado antes do recebimento da denúncia. Violação do princípio da ampla defesa. Garantia constitucional que veda a obrigação de produzir prova contra si próprio. Descabimento das teses defensivas. Diligências requeridas pelo “parquet” devidamente acatadas. Princípios constitucionais da administração pública. Obrigação do prefeito de apresentar documentos de interesse público. Agravo conhecido e improvido. Tratando-se de deferimento de diligências requeridas pelo Ministério Público, não há de se falar nas limitações impostas pelo art. 234 e art. 156 do Código de Processo Penal, aplicáveis somente às determinadas “ex officio” pelo Magistrado. Sendo o Prefeito Municipal administrador de bens públicos, não pode se esquivar da apresentação de documentos de interesse coletivo sob o argumento de que não é obrigado a produzir prova contra si. É o que se dessume da análise sistêmica da Constituição Federal e dos princípios da Administração Pública dela constantes, aos quais se submetem os agentes públicos.

Seguiram-se embargados aclaratórios, rejeitados consoante termos condensados na seguinte ementa de acórdão (fl. 259):

Embargos de declaração. Processo-crime de competência originária. Alegação de omissões em acórdão que negou provimento a agravo regimental. Determinação de apresentação de documentos a pedido do Ministério Público. Demonstrada ausência de violação ao preceito contido na análise combinada dos arts. 156 e 234 do Código de Processo Penal ou dos arts. 156 deste “Codex” e 5º, LX, da Constituição Federal. Inexistência de contradições, ambigüidades, obscuridades ou omissões. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

Com isso, houve a interposição dos recursos especial e extraordinário e, uma vez inadmitidos pelas decisões, respectivamente, de fls. 2.222-2.224 e de fls. 2.225-2.227, a apresentação de agravos por instrumento.

No que interessa ao processamento nesta Corte, o Agravo foi autuado sob o n. 741.766-MG, sendo distribuído ao eminente Ministro Felix Fischer, na Quinta Turma, que homologou pedido de desistência formulado pela agravante, ora denunciada.

Retomando o contexto da decisão do relator na origem, vindo aos autos o quanto por ele determinado, volumes 3/11 e, ainda, apensos, ocorreu a modificação da competência para o Juízo de primeiro grau, ante o fato de a denunciada não mais exercer o cargo de prefeito municipal.

Autuado o feito no Juízo Criminal da Comarca de Três Pontas, MG, foi a peça acusatória recebida em 27.3.2006, nos termos da decisão de fls. 2.255-2.259, e a acusada intimada para interrogatório, por meio de precatória, o que ocorreu regularmente, conforme termo de fls. 2.272-2.273.

Em vias da realização da audiência instrutória, o MM. Juiz de primeiro grau declinou da competência para esta Superior Instância, tendo em vista a acusada tomar posse no cargo de Conselheira do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Com isso, foram os autos remetidos a esta Corte, e distribuídos ao Ministro José Delgado, que determinou a oitiva do Ministério Público Federal.

Pela manifestação de fls. 2.351-2.354, o representante do *parquet* federal, autorizado regularmente por ato do procurador-geral da república, ratificou todos os termos da acusação e postulou para que fosse novamente notificada a denunciada para os fins do art. 4º da Lei n. 8.038/1990.

Isso foi feito, sobrevindo nova defesa preliminar, às fls. 2.374-2.388, em que se arguiu a imprestabilidade da prova quanto ao cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, que somente pode ser configurado quando se extrair dano ao erário, hipótese não demonstrada nos autos.

Aduziu-se, ainda, a inocorrência de dolo no fracionamento dos serviços contratados e na dispensa do certame licitatório.

Em julgamento iniciado no dia 6.5 e concluído no dia 6.6.2007, a Corte Especial recebeu a denúncia, dando-se início ao procedimento com a intimação para interrogatório da acusada, que, ouvida (fls. 2.491-2.493), confirmou a realização do contrato e do evento festivo, porém, rebateu tenha procedido com dolo ou com o propósito de causar dano ao município, conforme reconheceu o parlamento local ao aprovar as contas municipais e o Tribunal de Contas, que nada encontrou de anormal na gestão executiva.

Alegou, ainda, que inexistiu superfaturamento dos serviços e que os pagamentos foram realizados conforme eram os bens disponibilizados pela contratada, sendo todo o procedimento assim delineado por pura inexperiência dela e de seus assessores.

Em defesa prévia, arguiu-se contrariedade genérica aos termos da acusação, resguardando-se para as alegações finais, depois de ouvidas as testemunhas arroladas às fl. 2.499, as ponderações defensivas.

Concluída a oitiva das testemunhas, a do órgão de acusação à fl. 2.559, e as indicadas pela defesa pelos termos acostados às fls. 2.579-2.592 e 2.599-2.600, vieram alegações finais.

A acusação no sentido de reafirmar a imputação e, por conseguinte, a pretensão punitiva nos tipos incriminadores anunciados desde o início da ação penal (fls. 2.630-2.637). A defesa, sustentando a inexistência dos ilícitos penais, consoante já edificado no decorrer da instrução, bem como a inocorrência, nas hipóteses, de continuidade delitiva ou mesmo de concurso material (fls. 2.664-2.686).

Registre-se, ainda, a existência de exceção apreciada por esta Corte Especial em que se afastou a pretensão da defesa de ver reconhecida a falsidade do documentos acostados às fls. 29-30.

A título de conhecimento, confira-se o sumário do acórdão proferido por esta Corte Especial:

Incidente de falsidade. Decisão monocrática. Não importância dos documentos inquinados. Agravo regimental. Pretensão de simples reforma. Fundamentos da decisão mantidos.

Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. Agravo desprovido.

Por fim, esta Relatora concedeu novo prazo para diligências, conforme previsão do art. 228 do RISTJ, bem como da nova redação das Leis n. 11.719/2008 e n. 11.900/2009, não havendo novos pedidos.

Dessa maneira, submeteu-se à análise do Ilustre Revisor, a quem coube a indicação de pauta para este dia.

Registro, por oportuno, o recebimento de memoriais da acusada, em que suscitados temas preliminares.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Ação penal. Crime de responsabilidade de prefeito e crime licitatório. Festa carnavalesca. Contratação realizada e assumida pela acusada. Pagamento feito antes da prestação dos serviços. Inadequação do fato à norma incriminadora. Inocorrência do crime do art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1967, c.c. os arts. 62 e 63, § 2º, III, da Lei n. 4.320/1964. Pagamento executado por meio de nota de empenho e antecipação permitida em virtude do tipo de contratação. Dispensa de licitação. Descumprimento pelo gestor da recomendação legal. Tipicidade demonstrada em torno do art. 89, c.c. o 24, II, ambos da Lei n. 8.666/1993.

I - O crime de responsabilidade de prefeito correspondente a pagamento antecipado de serviços contratados pelo Município, no caso, não restou comprovado como injusto penal, porque a sua realização está contemplada no tipo de contratação, festejos carnavalescos, e, ainda, se aperfeiçou por nota de empenho, conforme previsão legal.

II - Por outro lado, a indicação de que a ordem dos créditos e dos credores da municipalidade teria sido alterada não foi objeto da devida demonstração.

III - A descrição dos fatos, inicialmente posta na denúncia, somada aos elementos advindos da instrução, tornou típica a conduta do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, porque descumprida a recomendação prevista no art. 24, II, da mesma lei, que obriga o agente público a verificar o procedimento de dispensa de licitação e a existência de parcelas de uma mesma contratação.

IV - Verificada a prática da conduta delitiva, afasta-se a hipótese de crime continuado, porquanto existente um único ato de transgressão da norma penal.

V - Denúncia julgada procedente em parte para condenar a acusada à pena de 3 anos de detenção, com a perda da função pública, permitida a substituição da pena privativa por duas restritivas de direito.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora):

PRELIMINARES

Do teor dos memoriais apresentados pela defesa da acusada, destaco as seguintes alegações preliminares: a) existência de conflito aparente de normas, entre o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 e o art. 1º, inciso XI, do Decreto-Lei n. 201/1967; b) obrigatoriedade da ação penal em relação à empresa contratada para a prestação dos serviços (Paulo Gama de Andrade Junior, Arena 1).

Por ora, vou-me ater somente à primeira alegação, mesmo não tendo sido objeto das alegações finais, porquanto o segundo tema será analisado no contexto da resolução da causa.

Não tem razão a defesa no tocante à ocorrência de eventual conflito de normas.

No ponto é dizer que inexistente controvérsia nos autos acerca da dispensa da licitação pelo norte do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, sendo inclusive sustentado pela defesa, desde o início do processo penal, a lisura do procedimento por este parâmetro.

Assim, não faz sentido o agente público, no seu comando de atuação, fazer operar norma específica e, depois, alegar outro enquadramento.

Mesmo que assim não fosse, essa Corte, em caso semelhante, asseverou a inocorrência de conflito aparente de normas entre o Decreto-Lei n. 201/1967 e a Lei de Licitações. Confira-se a ementa do acórdão:

Criminal. HC. Fraude em licitação. Desvio de renda pública.

Aplicação do Decreto-Lei n. 201/1967 e art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Alegação de ocorrência de *bis in idem* não configurada. Conflito de normas.

Inocorrência. Ausência de dolo. Improriedade do *writ*. Ordem denegada.

I - Evidenciada a prática, *in tese*, de dois crimes diversos, correta a aplicação de duas sanções cumulativas, não incorrendo, a decisão vergastada, em *bis in idem*, já que os dispositivos relacionados tutelam bens jurídicos diferentes.

II - A Lei de Licitações substituiu o art. 335 do Código Penal na tipificação da fraude, sendo que a adequação da conduta a um ou outro tipo depende do momento em que aquela foi cometida, antes ou depois da vigência da Lei n. 8.666/1993, em 21.6.1993.

(...)

IV – Ordem denegada. (HC n. 11.840-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 11.9.2001, DJ 22.10.2001, p. 336).

Por isso, afasto a preliminar examinada.

É momento de adentrar o contexto da acusação.

Como visto da exposição, o Ministério Público Federal imputa à *Adriene Barbosa de Faria Andrade*, hoje Conselheira do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, mas à época dos fatos prefeita do Município de Três Pontas, a prática, por quatro vezes, da conduta prevista no art. 89 da Lei n. 8.666, de 1993 e inc. V, do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, isso porque, no ano de 2001, teria dispensado licitação, realizando contratação direta de pessoa jurídica de direito privado, a saber, “Marco Paulo Gama de Andrade Júnior - *Arena 1*”, para organização e promoção dos festejos de carnaval, resultando na contratação de:

- 1) locação de “sonorização de linha com quarenta caixas de som e cabos”;
- 2) serviços de “chuva de prata”;
- 3) locação de trio elétrico; e
- 4) prestação de serviços de raio *laser*.

Segundo a acusação, a dispensa ocorreu com amparo indevido no art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993, já que as contratações, individualmente, não ultrapassaram o valor de oito mil reais.

Também aponta o *parquet* federal para a suposta prática do crime de responsabilidade previsto no inciso V do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1969, na medida em que foram efetuados pagamentos à empresa contratada antes da efetiva realização da festividade carnavalesca.

Antes de proceder ao exame dos fatos, urge colacionar os tipos penais como meio de facilitar a compreensão da imputação penal.

Nesse sentido, eis as imputações idealizadas contra a pessoa da acusada:

I - Lei n. 8.666/1993:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

II – Decreto-Lei n. 201/1969:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

(...)

V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;

(...)

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

Essa hipótese restou firmada pelo fato de que, em todas as contratações, o pagamento foi realizado sem a realização do contratado por parte da empresa, segundo recomendação dos arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964, *verbis*:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

(...)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Diante da descrição acusatória, e tomando por base as provas coligidas, sobretudo os depoimentos prestados, nada há de controverso quanto à existência dos fatos.

Aliás, vejam-se os termos do interrogatório da acusada, às fls. 2.272-2.273:

(...) respondeu: há muitos anos não se promovia mais o carnaval em Tres Pontas e que era um sucesso; quando assumiu a Prefeitura de Tres Pontas em 1º.1.2001 mesmo sabendo que o carnaval aconteceria em 11.2 com curto prazo para organização, a Associação Comercial do Município chegou até a interroganda, na qualidade de Prefeita, solicitando que organizasse o Carnaval a fim de fomentar o comércio, gerando renda para o Município; embora com

pequeno prazo, o Carnaval foi organizado e foi um sucesso, sem deixar de ser observada a legislação, a depoente entendeu que o evento Carnaval em sua totalidade com várias ações e objetos diferentes, portanto, não havia que se falar em fracionamento, uma vez que os objetos são diferentes; no momento em que foi feita a contratação os produtos já estavam à disposição do Município, razão do pagamento antecipado. (...). Dada a palavra ao Advogado da ré, às suas perguntas respondeu: é uma prática o pagamento antecipado, quase não existindo banda que trabalhe de forma diferente.

Portanto, inexistem dúvidas em relação aos fatos, tampouco discussão sobre a sua ocorrência na forma em que narrados pela denúncia ministerial, cabendo ainda citar os depoimentos prestados na fase de instrução, nos seguintes termos:

I. Testemunha Soraya de Abreu Barbosa Resende (fls. 2.579-2.581):

(...) tem conhecimento que o município de Três Pontas realizou um carnaval no ano de 2001; que foi um mega carnaval sendo que foi contratado pelo município raio *laser*, chuva de prata, caminhão de som e equipamento de sonorização; tendo em vista que a Prefeita à época, a ora ré Adriene, queria ressuscitar o carnaval em Três Pontas, foi utilizado todos os produtos da melhor qualidade, sendo que com isso o objetivo foi alcançado; que como as empresas tem receio de acabarem não recebendo os valores contratados com as prefeituras em geral, só aceitavam fornecer os serviços e produtos se houvesse o pagamento antecipado; que conhece o morador de Três Pontas que tem o apelido de "gordo"; que este tal "gordo", possui um caminhão de som, contudo bem menor, do que foi o contratado, esclarecendo que o caminhão pertencente ao "gordo" não comportaria a banda que foi contratada à época, além do fato de não ter sonorização da rua, denominada "torre de delei" para o desfile das escolhas de samba; que o nome de "gordo" Ronan Rocha Ávila; que o evento durou, contando os ensaios, 6 dias. (...) que ficou sabendo que outras empresas não poderiam fornecer o caminhão de som tendo em vista as especificações passadas pela própria banda Apere, no que se refere ao tamanho do caminhão e outros itens para comportá-la; que não sabe dizer, pelo decurso de tempo, se estas especificações foram passadas por escrito; que não se recorda o nome, mas outras empresas do setor foram contatadas na época, além daquela que ganhou e a do "gordo"; que não sabe o nome dessas outras empresas mas afirma que algumas delas mandaram orçamentos por escrito mas não sabe onde estão; que acredita que não houve edital por falta de tempo hábil, pois havia menos de um mês do carnaval; que não sabe dizer de quem foi a determinação dispensando o edital; que não sabe dizer quem era o responsável pela publicação deste edital; que à época exercia o cargo de Assessora da Divisão de Cultura; que à época estava vinculada a Secretaria de Esporte, Lazer e Turismo, cujo secretário era o Vice-Prefeito Danilo; que o Vice-Prefeito repassou para a declarante e uma equipe

praticamente toda execução do carnaval, contudo a parte de contratação era competência do setor de compras pelo que sabe.

b) Testemunha José Gileno Marinho (fls. 2.582-2.584):

(...) que era funcionário da prefeitura à época em que foi realizado o carnaval de 2001, sendo que trabalhava na tesouraria; que tem conhecimento que foi contratado pelo município raio *laser*, chuva de prata, caminhão de som e equipamento de sonorização, sendo que os serviços foram todos prestados, esclarecendo que considera que foi o melhor som colocado em todos os carnavais que participou; que da mesma forma os outros produtos também eram de boa qualidade; que conhece a pessoa de Ronan Ávila, vulgo “gordo”, sendo que o mesmo possuía um caminhão pequeno, esclarecendo que na época foi contratada uma carreta para servir de trio elétrico; que as empresas desse setor e seus artistas exigem o pagamento antecipado, pois do contrário não contrata; que a empresa contratada prestou serviços por 6 dias incluindo os ensaios de escola de samba. (...) que à época era funcionário contratado da prefeitura; que se tratava de uma função de confiança e foi convidado pela prefeita, ora ré; que hoje é arrendatário de uma rádio; que a rádio pertence Eduardo Sidney e Geraldo Magno; que não sabe de nenhuma relação entre a rádio e atual prefeito, mas esclarece que a rádio divulga campanhas atinentes à prefeitura; que a ré Adriene e seu Marido Clésio Andrade também não possuem qualquer relação com a rádio; que não tem notícias se outras empresas além da pertencente a Ronan Ávila foram contatadas para apresentarem orçamentos; que a pessoa responsável pelas pesquisas de empresas no mercado e elaboração do contrato era do setor de compras e não sabe o nome; que logo depois do carnaval foi transferido para o setor de obras não tendo mais notícia a respeito de outros contratos firmados pela prefeitura; que não tem conhecimento a respeito de outras contratações da empresa que prestou serviços, nada podendo esclarecer a respeito; que esclarece que é público e notório que artistas não trabalham sem receber o cachê antecipado; que da mesma forma as empresas do setor também não prestam serviços sem o pagamento prévio; que não sabe dizer se em outros carnavais houve o pagamento antecipado como no de 2001; que com a ré Adriene seu relacionamento é profissional, sendo que em relação ao atual prefeito não tem qualquer tipo de contato; que saiu da prefeitura em 31 de Dezembro de 2004; que inicialmente ocupou o cargo de chefe da divisão de serviços públicos e depois de secretário de obras; que o primeiro cargo é de confiança; que a ré foi quem convidou o declarante para ser secretário de obras.

c) Testemunha João Victor Mendes de Gomes e Mendonça (fls. 2.585-2.586):

(...) que era secretário de educação e cultura em 2001 e tem conhecimento dos fatos ora em apuração; que tem conhecimento que foi contratado pelo município raio *laser*, chuva de prata, caminhão de som e equipamento de sonorização, para

animar o carnaval de 2001; que como estavam tentando resgatar o carnaval, considera que os serviços contratados e prestados foram de excelente qualidade; que os serviços foram prestados por 6 dias incluindo os ensaios; que conhece a pessoa de Ronan Rocha Ávila, vulgo “gordo”, sendo que o mesmo possuía um caminhão normal que não se comparava ao que foi contratado à época, que era considerado um dos melhores; que o caminhão de Ronan Ávila era de média qualidade e não atenderia as exigências da banda pois era limitado do ponto de vista do som, espaço e estrutura; que chegou ao conhecimento do declarante que as empresas e artistas desse setor só executam seus trabalhos se houver ao menos parte do pagamento. (...) que como na época quem era o responsável por essa área era a Secretaria de Esporte e Lazer, não sabe informar nada a respeito da contratação ou mesmo se outras empresas foram contatadas; que não sabe dizer em quais outros eventos os artistas contratados teriam recebido antecipadamente; que em relação as empresas não sabe dizer se elas também, assim como os artistas, exigiam pagamento antecipado; que não sabe dizer se o pagamento antecipado exigido pelos artistas é legal ou ilegal; que como não chegou a contratar artistas, não chegou a fazer pagamentos antecipados enquanto era Secretário da Educação e Cultura; que também não fez pagamentos antecipados a empresas que contratou enquanto exercia o cargo de secretário; que tinha mais contato com a ré e seu marido Clésio Andrade na época em que a mesma foi prefeita, sendo que após passou a ter contatos esporádicos; que teve contato quando foi candidato e buscou apoio político, além de ter visitado a ré quando a mesma esteve doente (...)

d) Testemunha Luciana Ferreira Mendonça (fls. 2.588-2.589):

(...) que acompanhou como cidadã o carnaval ocorrido em Três Pontas em 2001, tendo participado da escola de samba e de blocos; que tem conhecimento que foi disponibilizado pelo município raio *laser*, chuva de prata, caminhão de som e equipamento de sonorização, para animar o carnaval de 2001, esclarecendo que o trio-elétrico “padilhão”; que contando com os ensaios o carnaval durou de quinta a terça-feira; que desde de 2000 ocupa o cargo de presidente da Apae, sendo que em relação ao carnaval de 2002/2003/2004 foram realizados pela Apae, incluindo a parte de contratação, sendo que em contrapartida venderam arquibancada e camarote; que nos anos de 2002/2003/2004, teve de pagar antecipadamente os artistas e empresas contratadas, pois do contrário os mesmos não fecham/reservam data; que pelo que se lembra o custo total incluindo equipamentos, artistas, enfim, tudo que fosse necessário girava em torno de R\$ 40.000,00 a 50.000,00 reais em 2002; que em 2002 não foi contratado trio-elétrico, contudo havia o som da mesma forma que é caríssimo e mais dois carros no desfile em si; que em 2003 gastaram um pouco mais porque melhoraram a iluminação e camarote; que tiveram lucro nos 3 anos, sendo que chegaram um carro Ducato da Fiat para os cadeirantes. (...) que manteve um conhecimento com a ré na época da Apae e depois veio a ser contratado como Assessora do Gabinete; que quando

deixou a prefeitura passou a ter contatos esporádicos com a mesma; que quando era contratada da prefeitura chegou a freqüentar a casa da ré para assuntos de trabalho e em datas festivas; que foi convidada para trabalhar na prefeitura pela ré, na época prefeita; que não teve o apoio da ré quando foi eleita presidente da Apae; que nos carnavais que Apae foi responsável, foram contratadas as mesmas empresas de som e iluminação e pelo que sabe alguns artistas, também foram os mesmos (...)

e) Testemunha Reinaldo Vasconcelos (fls. 2.591-2.592):

(...) que na época do carnaval de 2001 ocupava o cargo de Chefe da Seção de Compras, esclarecendo que é funcionário efetivo; que tem conhecimento que foi contratado pelo município raio *laser*, chuva de prata, caminhão de som e equipamento de sonorização, para animar o carnaval de 2001; que a prefeitura à época queria resgatar o carnaval que tinha praticamente acabado, assim 03 serviços contratados e prestados foram de excelente qualidade; que os artistas e empresas do setor só aceitam contratar mediante pagamento antecipado; que em 2001, não havia fornecedores cadastrados na prefeitura com documentação regular, o restringiu estes fornecedores; que acredita que Ronan Ávila não estava com a documentação regularizada, além disso o caminhão de Ronan Ávila, que apesar de atender ao quesito qualidade não se comparava ao caminhão que foi contratado; que o caminhão de Ronan Ávila serviria mais para puxar o som das escolas, sendo que o caminhão contratado atendia toda à avenida; (...) que o Secretario de Esporte, Lazer e Turismo era o responsável pela abertura da licitação à época; que tem conhecimento que a prefeita Adriene ora ré autorizou o Secretario a não fazer a licitação pelo fato da compra ser abaixo de R\$ 8.000,00 reais; que foram feitos vários contratos com a empresa Marco Paulo Gama de Andrade Júnior pelo fato de serem objetos diferentes; que não se lembra se foram feitas as três cotações e não sabe dizer se existem documentos referentes a estas cotações, arquivados; que não sabe dizer se é legal ou ilegal a exigência de pagamento antecipado por obras e serviços prestados (...)

f) Testemunha Marcellus de Resende Loures (fls. 2.599-2.600):

(...) que chegou a indicar para a Prefeitura outras empresas de eventos; que pelo que soube a qualidade do carnaval em 2001 foi muito boa; que os artistas em geral não prestam seus serviços sem receber antecipadamente o cachê; que os demais envolvidos como empresas de sonorização, iluminação e afins também exigem o pagamento antecipado; que no carnaval de 2001 houve chuva de prata, trio elétrico, *laser*; que conhece a pessoa de Ronan Ávila, apelidado "Gordo" e tem conhecimento que o mesmo possui um caminhão de som, contudo o caminhão de "Gordo" não serviria para a banda que tocou no Carnaval de 2001, já que não atenderia as especificações exigidas pela banda (...)

Em conclusão ao quanto esclarecido pelos testemunhos, assim como pelo interrogatório, resta evidente que as condutas ocorreram, quais sejam, realização de contratos sem licitação, porquanto aplicada a norma do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, e pagamentos antes de realizado o evento carnavalesco; contudo, é momento de averiguar a existência de evento penal, primeiro iniciando pela análise do tipo do *crime de responsabilidade*.

DO CRIME DE RESPONSABILIDADE

Nesse particular, o órgão de acusação entende que a conduta de realizar o pagamento antecipado das contratações reveste-se de injusto penal, consoante descrito no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1967, no qual é completado pelos arts. 62 e 63, § 2º, inciso III, da Lei n. 4.320/1964.

Segundo aduz, na hipótese de contratação dessa natureza não seria possível o pagamento antecipado sem a liquidação do ajuste, isto é, sem a prestação dos serviços, conforme preceitua a recomendação da referida norma; e, ainda: a antecipação teria gerado, sem vantagem para o erário, a inversão da ordem de pagamentos a credores do município, daí não poder ser justificada do ponto de vista das finanças públicas.

Analisando a questão, não me convenço da prática do crime em exame.

Com efeito, conquanto correto o entendimento em torno da possibilidade de reconhecer os arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964 como norma complemento do crime de responsabilidade, dela não se deflui a existência de injusto penal, porque os pagamentos se deram por meio de notas de empenho, como mesmo reconhece o órgão de acusação, situação a ensejar o atingimento da recomendação do preceito contido no inciso II da norma de controle de balanço em exame, que prescreve ser possível a liquidação da despesa por meio “da nota de empenho”; o que ocorreu na espécie.

É de se ressaltar que todas as testemunhas, sem exceção, dada a espécie de contratação, reconheceram ser costumeiro o pagamento antecipado, sob pena de não haver o ajuste, já que os artistas e gestores, nessa situação, necessitam definir as datas e a realização dos eventos; sobretudo em período como o do Carnaval.

E não se tem dúvida disso.

Os agentes que sobrevivem do ramo do entretenimento dependem de épocas específicas para extrair o ganho da atividade, já que não atuam durante o ano todo em igual proporção. Assim, fácil concluir que em período de Carnaval,

onde a demanda é razoável e os ganhos promissores, os artistas procurem se precaver dos agendamentos e do cumprimento das contratações por meio da exigência do pagamento antecipado, de modo a evitar eventuais prejuízos, os quais podem comprometer a programação do mês e, igualmente, os lucros da atividade no transcurso do ano.

Ademais, no caso, até mesmo a questão da suposta inversão na ordem de pagamentos não recomenda a existência do evento penal, porquanto o ministério público não trouxe aos autos elementos concretos no sentido de comprovar o prejuízo a credores do Município de Três Pontas, MG; tampouco a instrução comprovou que a liquidação antecipada gerou ofensa ao direito dos demais credores da municipalidade.

Diante dessa realidade, penso que o bem jurídico tutelado não foi atingido, inocorrendo a tipificação penal ou a adequação típica.

A propósito, cabe a lição do professor Miguel Reale Júnior, *verbis*:

A adequação típica é a congruência de uma ação concreta a um tipo de injusto. Essa ação concreta é descrita pelo tipo de forma paradigmática, de modo a revelar o valor que se tutela. Ação será típica, se enquadrável no modelo e se realizada segundo um sentido valorado negativamente pelo Direito, ou seja, dotada desse sentido contrário ao valor cuja positividade se impõe. (*In Instituições de Direito Penal - Parte Geral - 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 144*).

Incongruente, portanto, a conduta em relação ao tipo, afastado, na vertente concreta, a existência do crime de responsabilidade, conforme pretendido pela imputação ministerial.

Cumprir averiguar, daqui por diante, a imputação do crime licitatório.

DO CRIME LICITATÓRIO

Retome-se o alegado pelo ministério público federal às fls. 2.394-2.396:

Está devidamente comprovado que a então Prefeita Municipal fracionou o objeto da licitação, qual seja, a contratação de serviços para as festividades do Carnaval 2001, com o fim de se eximir da obrigatoriedade da licitação, já que o valor total da contratação com a mesma empresa foi de R\$ 27.500,00. Portanto, o que houve, na verdade, foi uma simulação de situação de dispensabilidade de licitação, dolosa.

A denunciada em sua defesa preliminar, não nega o fato e afirma ter fracionado o objeto da licitação, com o fim de fazer incidir a hipótese legal de dispensa do

certame, prevista no art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993. Todavia, referido artigo assim preceitua:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Pela simples leitura do dispositivo acima transcrito, infere-se que a dispensa realizada pela prefeita não se enquadra na hipótese legal, já que as contratações realizadas para o Carnaval de 2001 (locação de som de linha com 40 caixas, "chuva de prata", trio elétrico e raio *laser*) são parcelas de um mesmo serviço de maior vulto, para o qual a licitação não poderia ter sido dispensada.

Ora, está demonstrado, aqui, o dolo da prefeita. A denunciada tinha a consciência de que a contratação dos serviços para o Carnaval de 2001 não se amoldava às hipóteses legais previstas no art. 24 da Lei n. 9.666/1993 e, mesmo assim, com a vontade de evitar o processo licitatório, simulou uma situação de dispensa, fracionando o objeto da contratação.

Ressalta-se que o tipo preconizado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não exige o especial fim de agir, como argumenta a denunciada, a simples dispensa ou inexigibilidade, fora das hipóteses legais, já é o suficiente para caracterizar o delito.

A discussão conclama detida análise dos parâmetros de configuração do delito licitatório, consoante o entendimento da Jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, juntamente com os aspectos do caso concreto, senão vejamos.

De há muito este Tribunal vem decidindo que o crime previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 é de mera conduta, não se exigindo, portanto, a demonstração do efetivo prejuízo para sua consumação.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre muitos, os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Crime de mera conduta. Comprovação de necessidade de prejuízo da administração pública. Desnecessidade. Delito que se perfaz independentemente de resultado naturalístico. Dolo consignado pelas instâncias ordinárias. 1. Segundo a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas

integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 ("dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade") é de mera conduta, não se exigindo a constatação de resultado naturalístico (demonstração de efetivo prejuízo para a Administração Pública) para a sua consumação. 2. Concretamente, as instâncias ordinárias, soberanas na análise do contexto fático-probatória, consignaram a existência de dolo na dispensa das licitações fora das hipóteses legais. 3. Ordem denegada. (HC n. 159.896-RN, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Sexta Turma, julgado em 19.5.2011, DJe 15.6.2011).

*Habeas corpus. Penal. Art. 89, caput, da Lei n. 8.666/1993. Tese de atipicidade da conduta. Dolo específico. Prejuízo ao erário. Inexigência. Sentença condenatória, confirmada em sede de apelação. Reconhecimento da inocência. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Ordem denegada. 1. Narrando a denúncia fatos configuradores, em tese, do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, descabe acolher alegação de atipicidade da conduta em face de inexistência de prejuízo ao erário, sobretudo quando tal situação fática, como bem reconheceu o acórdão impugnado, não se encontra evidenciada de forma inequívoca nos autos. 2. Refutar os elementos indiciários apresentados pela acusação, para reconhecer que o Paciente não agiu com dolo e não recebeu qualquer vantagem ilícita por inobservar as formalidades pertinentes à dispensa do procedimento licitatório demanda dilação probatória, insuscetível de ser feita na via do *habeas corpus*. O exame da tese defensiva deve ser feito no momento próprio, pelo Juízo ordinário, após necessária instrução criminal contraditória. 3. Ordem denegada. (HC n. 118.292-DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 6.12.2010).*

Criminal. REsp. Ex-Prefeito. Condenação nos termos do art. 89, da Lei n. 8.666/1993. Absolvição em grau de recurso, por ausência de efetivo prejuízo ao erário. Crime de mera conduta. Inexigência de dolo específico ou comprovação de prejuízo. Recurso conhecido e provido. I. O tipo penal previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 cuida de crime de mera conduta e sua caracterização independe da existência de dolo específico ou efetiva lesão ao erário, sendo suficiente a dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, nos exatos termos do enunciado. Precedentes. II. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator. (REsp n. 1.185.750-MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 9.11.2010, DJe 22.11.2010).

Habeas corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses legais. Art. 89, da Lei n. 8.666/1993. Comprovação de dolo específico ou prejuízo à administração. Desnecessidade. 1. Segundo a iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar

o erário ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes. 2. Na hipótese, o paciente, no exercício do cargo de Vice-Prefeito, teria firmado, verbalmente, contrato com empresa de terraplanagem, sem a prévia realização de licitação. 3. De se acrescentar que as instâncias ordinárias aludiram ao fato de que a contratação ocorreu sem que existisse previsão legal nem situação emergencial. 4. Além disso, a condenação do paciente foi confirmada em sede de apelação e também através de revisão criminal. Chegar-se a conclusão diversa demandaria a incursão no conjunto fático-probatório, providência vedada na via eleita. 5. Ordem denegada. (HC n. 171.152-SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 21.9.2010, DJe 11.10.2010).

Recurso especial. Penal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais (art. 89, caput da Lei n. 8.663/1993). Ex-prefeito municipal. Dolo comprovado. Desnecessidade do efetivo prejuízo ao erário para a configuração do delito. Precedentes da 3a. Seção. Parecer do MPF pelo desprovisionamento do recurso. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido. 1. Pelo que restou expresso na sentença e no acórdão, não há como afastar o dolo da conduta do ora recorrente, porquanto foi procurar a empresa de transportes oferecendo solução para a contratação sem licitação com o objetivo de não deixar de atender a população durante período eleitoral. A revisão desse entendimento somente poderia ser feita com o amplo reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula n. 7-STJ. 2. O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei. 3. *Já decidiu a 3a. Seção desta Corte que o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente a consciência dessa circunstância; isto é não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao erário, por exemplo) (HC n. 94.720-PE, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.8.2008 e n. 113.067-PE, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 10.11.2008).* 4. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido. (REsp n. 1.073.676-MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 23.2.2010, DJe 12.4.2010).

A colação jurisprudencial praticamente responde ao sentido da demanda penal, na medida em que, na espécie, o que se discute realmente é a questão da inexistência de dano ao erário.

Basta notar que a defesa, ao longo do procedimento, arguiu a imprestabilidade da prova para o fim de comprovar o cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, que somente pode ser configurado quando se extrair dano ao erário, hipótese, segundo defende, não demonstrada nos autos.

Aduziu, também, em mais de uma vez, que a inoccorrência de dolo no fracionamento dos serviços contratados com a dispensa do certame licitatório, bem assim de que a conduta da acusada trouxe benefício à população do Município de Três Pontas, MG, situação que evidenciaria a inexistência do crime.

À toda evidência, tomando-se por norte os precedentes acima destacados, por certo que o reconhecimento do ilícito penal afigura-se condizente com o entendimento desta Corte, que não leva em consideração a existência de eventual prejuízo ao erário.

Antes de mais nada, oportuna a menção de recente julgamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em que a discussão do crime do art. 89 da Lei de Licitações foi objeto de exame.

Na oportunidade, pelo voto do eminente Ministro Luiz Fux, a Corte Suprema concluiu por não receber denúncia em caso de inexistência de dolo do agente em justificar a inexigibilidade da licitação. Confira-se o resumo do acórdão:

*Processo Penal. Inquérito. Envolvimento de parlamentar federal. Crime de dispensa irregular de licitação (art. 89 da Lei n. 8.666/1993). Audição prévia do administrador à procuradoria jurídica, que assentou a inexigibilidade da licitação. Ausência do elemento subjetivo dolo. Art. 395, inciso III, do CPP. Inexistência de justa causa para a ação penal. Rejeição da denúncia. 1. A denúncia ostenta como premissa para seu recebimento a conjugação dos artigos 41 e 395 do CPP, porquanto deve conter os requisitos do artigo 41 do CPP e não incidir em nenhuma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. Precedentes: INQ n. 1.990-RO, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ de 21.2.2011; Inq n. 3.016-SP, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 16.2.2011; Inq n. 2.677-BA, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 21.10.2010; Inq n. 2.646-RN, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 6.5.010. 2. O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 ("Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade") atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação. 3. *In casu*, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso *sub judice*, tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas *intuitu**

personae, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei n. 8.666/1993. 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal. (Inq n. 2.482, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 15.9.2011, Acórdão Eletrônico DJe-035 Divulg 16.2.2012 Public 17.2.2012).

A citação se faz necessária porque no âmbito da Terceira Seção, em julgamento de *habeas corpus*, as impetrações têm defendido, com base no referido precedente, novo enquadramento do delito licitatório, que teria passado a ser considerado como delito de resultado, na medida em que dependeria da comprovação de efetivo dano ao erário público.

A bem da verdade, não é isso que consta do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a denúncia por circunstância do caso concreto, qual seja, a não comprovação do dolo do agente público, pois, teria ele seguido orientação de órgão técnico de consulta.

O caso aqui é bem outro, mas vale deixar consignado que ainda que se entenda pela necessidade de prejuízo, não se deve perder de vista que, no tipo penal em análise, o prejuízo de que se cuida não poderia ser e não é o financeiro ou econômico, porque quando se está diante da tutela de um bem imaterial, o prejuízo suportado não pode se identificar com algo concreto; material. Mas com algo de valor igual ao do bem jurídico tutelado, porque “*O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei*”, conforme ressaltado na ementa do acórdão proferido no REsp n. 1.073.676-MG, suso transcrita.

Por essa vertente, passo ao exame do possível evento penal.

A imputação ministerial consigna ter a denunciada fatiado em quatro a prestação de serviço, com a finalidade de burlar a lei e garantir a contratação de uma única empresa para a realização, no Município de Três Pontas, da festa de Carnaval no ano de 2001.

Tal conduta teve amparo no art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993, que prevê a hipótese de dispensa do certame licitatório no caso de a contratação ficar abaixo de oito mil reais. Para a acusação, sendo as prestações parcelas de um mesmo serviço, não poderia a contratação dar-se de forma separada, mas no todo através do chamamento concorrencial.

E mais. Entende que o fatiamento se deu de maneira propositada justamente para fugir à exigibilidade da licitação, ou seja, com a finalidade de burlar as hipóteses legais.

O tipo incriminador do artigo 89 da Lei n. 8.666/1993, que é complementado pelo disposto no art. 24 da mesma Lei, traz três núcleos de conduta, segundo o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

Análise do núcleo do tipo: dispensar (prescindir de algo, desobrigar-se em relação a alguma coisa) ou *inexigir* (não reclamar ou demandar algo) são as condutas mistas alternativas, cujo objeto é a licitação. A outra forma, também alternativa, é deixar de observar (não cumprir ou desrespeitar) as formalidade legais pertinentes à dispensa e à inexigibilidade (condutas *supra* mencionadas). Portanto, o agente pode, por exemplo, realizar uma aquisição de bens para ente estatal prescindindo da licitação, quando estiver no contexto do preceituado pelo art. 24 da Lei n. 8.666/1993. Por outro lado, pode realizar a referida aquisição de bens, sem demandar a licitação, quando esta for considerada inexigível, nos termos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993. Nota-se, pois, que os verbos são equivalentes, mas foram inseridos como método de referência aos citados arts. 24 e 25 desta Lei. A dispensa vincula-se ao art. 24; a inexigência, ao art. 25 (...). (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - 5ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 891).

Mais a frente em seus comentários ao art. 89 da Lei de Licitações, o Ilustre professor arremata quanto à classificação do tipo em exame, *verbis*:

Como já mencionamos na análise do núcleo do tipo, *dispensar e inexigir* são verbos correlatos, que implicam em se desobrigar de algo. Na essência, pois, o que acontece é a realização de algum tipo de contrato administrativo (compra, venda, realização de obra, serviço etc), sem o respeito ao procedimento legal de escolha da proposta mais vantajosa à Administração e de modo imparcial. Logo, há ação tanto quando se dispensa como quando se inexige a licitação. Somente na forma *deixar de observar* configura-se o lado omissivo da infração penal, pois envolve abrir mão de seguir um procedimento qualquer ligado à dispensa e à inexigibilidade; instantâneo (a consumação se dá em momento determinado); de perigo abstrato (independe de qualquer lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por só agente); plurissubsistente (cometido por intermédio de vários atos), ou unissubsistente (cometido num único ato), conforme o meio eleito pelo agente; admite tentativa na forma plurissubsistente. (Obra citada, p. 897).

A discussão do caso, sem dúvida, reclama a resposta a uma questão básica: a conduta reveste-se do injusto penal?

Respondendo à indagação, o contexto dos fatos, sem dúvida, leva a considerar uma conduta contrária à norma legal, porque as contratações realizadas, embora dentro dos parâmetros legais da dispensa, uma vez obedecido o limite econômico-financeiro de oito mil reais, deixaram de ser consideradas como parcelas de um mesmo serviço, descurando da segunda parte do art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993, que reza:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea **a**, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 1998). Destaque nosso.

Por isso importante delinear a relevância penal do dever extraído da norma.

Observe-se, no particular, que o agente público deixou de considerar a hipótese de contratações relativas a um mesmo serviço, fato este relevante para o Direito Penal independentemente de estar ou não provado o objetivo de repartir as contratações com a finalidade de fugir à licitação.

Aliás, mesmo que a acusação não tenha aventado a existência de conluio com o titular da empresa prestadora do serviço, já que este não foi denunciado pelo Ministério Público, isso não muda a realidade preconizada pelas testemunhas que afirmaram a intenção da prefeita de resgatar o Carnaval de rua no Município de Três Pontas, MG, em 2001, já que no ano anterior tal não tinha sido feito.

Nesse ponto é que não se evidencia desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, consoante defendido em preliminar pela defesa. Se não se comprovou a existência do acerto prévio com a empresa *Marco Paulo Gama de Andrade Júnior - Arena*, por certo inviável a imputação penal em relação ao seu titular. Ademais, o Ministério Público não tem o dever de denunciar aquele contra o qual não se apurou a existência de justa causa para a ação penal. E, diga-se, no presente caso, a imputação feita à acusada não está atrelada ao conluio, mas sim a um ato próprio do agente público.

No mais, na condição de chefe do executivo local, era exigido da acusada o “dever” de considerar como um todo a contratação, não podendo eximir-se dessa responsabilidade somente pela alegação de que não tinha “experiência” ou

mesmo que buscou uma finalidade de bem atender à população, promovendo um festejo desejado por todos. Equivaleria tal afirmação a mesma coisa que admitir o erro de proibição na hipótese em exame, situação, logicamente, impensada.

À toda evidência, na condição de gestora das finanças municipais, ao deixar de observar, conscientemente, os parâmetros da segunda parte do inciso II do art. 24 da Lei n. 8.666/1990, a prefeita descumpriu um dever legal, o qual resultou no rompimento dos princípios do certame licitatório já referidos, que são, sem embargo, o bem tutelado pela norma penal.

Neste caso entendo que o resultado não é naturalístico; e não poderia sê-lo, pois, no crime em questão, se há resultado, este há de ser sempre jurídico, já que envolve a violação de valores e princípios da condução da *res publicae*.

A propósito, discorrendo sobre a taxonomia do resultado no evento penal, Paulo José da Costa Júnior, em obra clássica (Nexo Causal), conclui com exatidão:

Nem todo crime, porém, anatomicamente encerra um evento naturalístico. Como consequência da conduta humana, nem sempre deflui uma resultante física que dela se destaque, acarretando modificação na exterioridade fenomênica. Fazendo-se a decomposição estrutural dos crimes de mera conduta ou de omissão pura, não se vai encontrar nenhum evento material, vislumbrando-se tão-só, nos mesmos, uma ofensa jurídica, que justifica sua inserção no ordenamento tutelador dos valores. (Nexo Causal - 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 45).

No ponto, repita-se, verifico que o precedente da Suprema Corte se distancia do exame ora tratado, porque, naquele as atenções voltaram-se para o elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo do agente.

Portanto, considerando os parâmetros do evento penal, mediante a análise dos fatos apurados pela instrução, tem-se que a conduta da denunciada de realizar as contratações para o festejo carnavalesco não observou o contexto de uma única contratação, opondo-se à exigência da norma incriminadora.

A norma exigia, afinal, uma única conduta: não realizar a dispensa da licitação nessa circunstância, sob pena da quebra dos princípios licitatórios, como o que diz respeito ao chamamento de outros possíveis concorrentes.

Dessa forma, a realidade trazida nos autos leva a compreender que o delito em análise está inserido num tipo penal “misto-alternativo”, significando ser

possível o enquadramento da conduta por qualquer de seus núcleos (ação ou omissão), tal se revestindo de importância pelo dever do agente público de sempre buscar o atingimento e preservação dos valores da Administração Pública.

Não serve ao caso, portanto, a mera lógica utilitarista segundo a qual, conseguida a satisfação de um número razoável de pessoas, desprovida estaria a violação da norma jurídica.

Em meio a essas ponderações, é momento de esmiuçar o elemento anímico da conduta, ou seja, de identificar o elemento subjetivo correspondente ao dolo.

Novamente, afigura-se essencial mencionar o entendimento desta Corte quanto ao elemento subjetivo do tipo em análise, consoante o seguinte julgado:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Ação penal. Art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Trancamento. Elemento subjetivo do tipo penal que se esgota no dolo. Crime que se perfaz independentemente da verificação de qualquer resultado naturalístico.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC n. 901.320-MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.5.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC n. 87.324-SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18.5.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC n. 91.634-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 5.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC n. 88.139-MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17.11.2006). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal.

II - *A simples leitura do caput do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei n. 8.666/1993, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, não contemplar qualquer expressão como "com o fim de", "com o intuito de", "a fim de", etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexistir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária (Precedente).*

III - Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente).

Ordem denegada. (HC n. 94.720-PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19.6.2008, DJe 18.8.2008).

Firme a orientação da Casa, passo à análise inicialmente sugerida.

Por primeiro, diga-se que dúvidas não há quanto à existência dos fatos e da autoria, pois todas as testemunhas, bem como a própria acusada, dão conta de que a contratação, melhor dizendo, a realização da festa carnavalesca, partiu do interesse e vontade da denunciada, que queria “ressuscitar o carnaval em Três Pontas” (Testemunha de Abreu Barbosa Resende) e, portanto, “autorizou o Secretário a não fazer a licitação pelo fato da compra ser abaixo de R\$ 8.000,00 reais” (Testemunha Reinaldo Vasconcelos).

Essa circunstância diferencia este caso do precedente do Supremo Tribunal Federal, já referido, bem como de outro suscitado nas alegações finais da defesa (APn n. 261-PB, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 5.12.2005), porque naqueles houve a consulta prévia aos órgãos pertinentes, tendo a autoridade pública obtido a autorização, a partir de pareceres técnicos expressos em procedimento administrativo, enquanto neste tal preocupação não foi observada pela alcaide, que assumiu pessoalmente as contratações realizadas.

Pelo que restou demonstrado na instrução, resta, pois, manifesta a atitude consciente e deliberada de realizar as contratações por via simples, daí se concluindo que a conduta não foi uma mera aceitação daquele que detinha a gestão municipal; e que não foi um ato de simples conferência de outro praticado por subordinado.

Por isso, o dolo na prática da conduta contrária à exigência legal de considerar num todo os ajustes festivos e, por conseguinte, de seguir um mínimo de procedimento concorrencial, mostra-se patente, o que comprova, sem dúvida, a existência do elemento subjetivo no caso em exame.

Cumprasse asseverar e repetir que o prefeito municipal, na condição de gestor das contas governamentais, assume o dever de preservar os princípios da Administração Pública, especialmente aqueles inseridos na compra e alienação de bens e serviços realizadas pela municipalidade, sendo sua conduta contrária um ato propositado desviante da vontade legal, que não aceita a conveniência do agente público, em virtude de sua atuação vinculada: “*O ordenamento confere*

ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção” (Odete Medauar - Direito Administrativo Moderno - 9ª Edição (2005). São Paulo: RT, p. 123).

Demonstrada a realização da descrição típica, somada à existência do dolo na conduta contrária à imposição legal, resta configurado o evento penal e o crime do art. 89, c.c. o art. 24, II, ambos da Lei n. 8.666/1993, em virtude de a acusada romper o critério da dispensa da licitação na contratação da empresa *Marco Paulo Gama de Andrade Júnior - Arena* nos dias 13 e 22 de fevereiro de 2001.

Por essa razão, tenho por procedente, em parte, a acusação, advertindo não ser possível aceitar a tese da continuação delitiva.

Isso porque, enquadrando-se as condutas num único ato, não se tem como perceptível o crime continuado, pois a verificação do evento penal reside numa única constatação fática: a inobservância da recomendação legal, já que a acusada olvidou a existência de parcelas de um mesmo serviço e procedimento correlato.

Nesse sentido, as contratações configuram um mesmo núcleo penal, embora possam ser consideradas em maior extensão.

Assim, a conduta há de configurar uma única hipótese delitiva, sem o propósito de continuidade.

De todo o exposto, julgo parcialmente procedente a acusação para **condenar** *Adriane Barbosa de Faria* pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, conforme acima delineado. Porém, a **absolvo** da prática do crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1969, c.c. os arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964.

Urge apurar a dosagem da pena, segundo a ótica do art. 68 do CP.

Como pena-base, na linha da recomendação do art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade guarda relação de natural intensidade da conduta, afigurando-se dentro do padrão normal.

Quanto às demais circunstâncias, conduta social e personalidade igualmente dentro das configurações normais, até mesmo por que a acusada é primária e não possui qualquer outra mancha em sua vida; motivos e circunstâncias aparentemente ligados à realização normal de festa carnavalesca, sem apuração desfavorável quanto a isso e, por fim, como não há falar em comportamento da vítima, o ato não trouxe consequências além da violação aos princípios tutelados pela norma penal.

Diante desse quadro, estabeleço como pena-base o mínimo legal de 3 (três) anos de detenção.

Por inexistirem outras circunstâncias de agravamento, atenuação ou mesmo de aumento ou diminuição da pena, fixo em definitivo a condenação em 3 (*três*) anos de detenção, devendo ser estabelecido o regime aberto com amparo na previsão do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Entendo, ainda, com base nos arts. 43 e 44 do Estatuto Penal, ser possível a substituição da pena privativa por duas restritivas de direito, a saber:

a) prestação de serviços à comunidade - a ser individualizada (no que se refere à entidade pública a ser beneficiada) e acompanhada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

b) interdição temporária de direitos, consistente na “proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo”, pelo tempo da pena, sem prejuízo, no tocante à interdição de mandato político, da observância de legislação específica.

Resta, ainda, apurar a hipótese dos efeitos da condenação constante do art. 92, I, a, do CP, já que a ré exerce o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Inegável que a condenação por crime desse jaez torna inconcebível a continuidade do exercício da função pública em questão, ainda mais porque a função de Conselheira de Tribunal de Contas é justamente apreciar atos contrários ao dever de lealdade e moralidade com a Administração Pública, o que foi desconsiderado pela ré na hipótese vertente.

Portanto, a perda do cargo público mostra-se imperiosa para o caso, assim que alcançado o trânsito em julgado da condenação, em respeito à previsão do art. 75, c.c. os arts. 73, § 3º e 95, I, todos da Constituição Federal.

É como voto.

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: O detalhado relatório da em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura encontra-se às fls. 2.783-2.790, sendo absolutamente desnecessária qualquer complementação à referida peça.

A ré, Adriene Barbosa de Faria, Ex-Prefeita do Município de Três Pontas-MG e, hoje, Conselheira do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, foi denunciada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais “como incurso no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (quatro vezes – fatos descritos sob itens ‘1.1’, ‘1.2’, ‘1.3’ e ‘1.4’), combinados entre si com art. 71 do Código Penal e inc. V do art. 1º do Dec.-Lei n. 201/1967 (quatro vezes – item ‘2’) combinados entre si com art. 71 do Código Penal, aquele e este – crime da Lei de Licitação e de Responsabilidade – Combinados com art. 69 do Código Penal” (fl. 11). Os referidos dispositivos legais estabelecem:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa (Lei n. 8.666/1993).

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

V – ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou *realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes*;

[...]

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos (Decreto-Lei n. 201/1967).

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

[...]

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhes a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) (Código Penal).

A denúncia foi recebida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Três Pontas-MG em 27.3.2006 (fls. 2.255-2.259), foi ratificada pelo Dr. Moacir Mendes Souza,

ilustrado Subprocurador-Geral da República, em 24.1.2007 (fls. 2.351-2.354) e recebida por esta Corte Especial em 6.6.2007, no acórdão de fls. 2.419-2.427.

Quanto aos fatos da causa, não revelam dúvida, passando-se, inicialmente, ao exame do fracionamento dos serviços, efetivado com o objetivo de afastar a necessidade de prévia licitação com base no art. 24, inciso II, c.c. o art. 23, inciso II, alínea **a**, ambos da Lei n. 8.666/1993, que dispõem:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

II – *para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea **a**, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa se realizado de uma só vez;*

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) *convite: até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*

De fato, a dispensa de licitação, segundo os dispositivos acima, diz respeito a serviços com valor inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e, no caso em debate, o indevido fracionamento do serviço prestado por um único contratado (Marco Paulo Gama de Andrade Júnior – Arena 1) à municipalidade, consubstanciado na realização dos festejos de carnaval entre os dias 23.2.2001 e 28.2.2001, encontra-se patente. Confirmam-se os seguintes contratos celebrados pelo Município com a referida empresa:

1º “Contrato de Prestação de Serviços – Locação”, assinado em 22.2.2001, “serviços de Chuva de Prata [...], iniciando em 23.2.2001 e terminando em 28.2.2001”, valor de R\$ 7.500 (sete mil e quinhentos reais) (fls. 39-40);

2º “Contrato de Prestação de Serviços – Locação”, assinado em 22.2.2001, aluguel de “um Trio Elétrico” [...], iniciando em 23.2.2001 e terminando em 28.2.2001”, valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) (fls. 45-46);

3º “Contrato de Prestação de Serviços – Locação”, assinado em 22.2.2001, “serviços de Raio *Laser*” [...], iniciando em 23.2.2001 e terminando em 28.2.2001”, valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) (fls. 50-51); e

4º) “Contrato de Locação”, assinado em 13.2.2001, “Sonorização de Linha com 40 (quarenta) caixas de som para fins de realização de eventos durante o Carnaval de 2001” [...], iniciando em 23.2.2001 e terminando em 28.2.2001”, valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 54-56).

Os serviços acima relacionados, é certo, estão intrinsecamente ligados, compondo o conjunto necessário à realização do carnaval no Município de Três Pontas-MG, *por uma única empresa contratada*, não se podendo falar em objetos distintos. Daí que, alcançando as contratações o valor total de R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), não se poderia dispensar a licitação mediante o simples artifício de fracionamento dos serviços.

Veja-se que a própria ré, em seu interrogatório, não nega os referidos fatos, apenas justificando-os assim:

[...] que em referência aos fatos apontados na denúncia não agiu com dolo e atribuindo à sua realização a falta de experiência, especialmente da sua assessoria; que, em nenhum momento, ocorreu dano ao município; [...] que reafirma ter sido inexperiência de sua parte e da sua equipe o desdobramento das contratações; que, se fosse hoje, teria feito o convite determinado pela lei, mesmo certa que poderia implicar em maior despesa para o município; que reafirma não ter havido nenhum dado para o erário municipal, nem, também, ter agido com qualquer dose de dolo (fl. 2.492).

A mera alegação de inexperiência própria e de sua assessoria na interpretação da legislação de Direito Público, entretanto, *por si* e em geral, não é suficiente para excluir o crime ou isentar de pena o agente. A propósito, veja-se o que dispõe o Código Penal a respeito do erro sobre a ilicitude do fato:

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

O saudoso Professor e Ministro Francisco de Assis Toledo, do antigo Tribunal Federal de Recursos e desta Corte, define claramente “o erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato)” como sendo “todo erro que recai sobre o caráter ilícito da conduta realizada. Aqui”, continua o ilustre jurista, “o objeto do erro não está situado entre os elementos do tipo legal, mas na ilicitude, ou seja, na relação de contrariedade que se estabelece entre uma certa conduta e o ordenamento jurídico. O objeto do erro não é, pois, o fato nem a lei. É a ilicitude. O agente supõe permitida uma conduta proibida; lícita, uma

conduta ilícita. [...] Mas não se trata de um juízo técnico-jurídico, que não se poderia exigir do leigo, e sim de um juízo profano, um juízo que é emitido de acordo com a opinião comum dominante no meio social e comunitário. [...] Por isso é que o erro de proibição só é escusável quando inevitável, isto é, quando, apesar de tudo, não tiver sido possível ao agente evitar a falta de compreensão do injusto de seu atuar” (*in* Princípios Básicos de Direito Penal. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991, página 280). Classifica, então, como “erro de proibição inescusável”, também, o seguinte:

d) erro de subsunção – inescusável – o agente conhece a previsão legal, o fato típico, mas, por erro de compreensão, supõe que a conduta que realiza não coincide, não se ajusta ao tipo delitivo, à hipótese legal (obra citada, página 271).

No caso em debate, a ré, quando Prefeita, poderia, em tese, nomear ou efetuar consultas a profissionais mais capacitados no âmbito da administração pública, praticando o ato administrativo na forma da lei, em prazo exíguo, ou deixando de praticá-lo se impossível. Mas nunca deveria, dentro da razoabilidade inerente a uma pessoa normal, efetuar a contratação sem a necessária licitação, de forma irrefletida e precipitadamente.

Diante desse quadro fático-jurídico, entendo estar caracterizado o *dolo genérico*, ou seja, a vontade clara de, mediante o artifício de fracionar os serviços e o contrato em quatro partes, afastar a obrigatoriedade de prévia realização de licitação.

Mas compreendo que, para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Devem estar caracterizados, a meu ver, não só o dolo específico de causar dano ao erário, mas também o próprio dano, pontos inexistentes no caso em debate e sobre os quais diverge a jurisprudência pátria.

Não desconheço, por exemplo, a atual orientação da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte, no sentido de dispensar a presença do dolo específico, bastando o genérico. Sobre o tema, apenas relaciono: HC n. 94.720-PE, Quinta Turma, Ministro Felix Fischer, DJe de 18.8.2008; HC n. 113.067-PE, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, DJe de 10.11.2008; REsp n. 1.073.676-MG, Quinta Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 12.4.2010; HC n. 122.011-PR, Quinta Turma, Ministra Laurita Vaz, DJe de 28.6.2010; HC n. 171.152-SP, Sexta Turma, Ministro Og Fernandes, DJe de 11.10.2010; REsp n.

1.185.750-MG, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, DJe de 22.11.2010; HC n. 109.039-BA, Sexta Turma, Ministro Jorge Mussi, DJe de 30.6.2011.

Ouso divergir da orientação das Turmas componentes da Terceira Seção, por entender que as infundáveis e naturais dúvidas que gravitam em torno da legalidade dos atos praticados em todos os momentos pelas administrações em geral, ensejando erros e acertos por parte dos agentes públicos, inclusive pelos mais habilitados juridicamente, impõem uma interpretação mais cuidadosa e restrita das normas punitivas, sobretudo as do âmbito criminal. Ademais o engessamento da atividade administrativa mediante ameaças de condenações criminais é tão pernicioso quanto a sua liberação total, descontrolada, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio na interpretação das normas jurídicas destinadas a punir os agentes públicos, os quais têm a obrigação de impedir uma desastrosa estagnação da atividade estatal.

Assim, confiro às normas de natureza penal inseridas na Lei n. 8.666/1993, dentre elas a do art. 89, o objetivo de apenar, na verdade, os administradores efetivamente desonestos, mau intencionados e criminosos, cabendo ao órgão acusador comprovar o *dolo específico* do acusado de causar danos aos bens públicos. Apenas sob esse enfoque é que, em crimes semelhantes ao destes autos, poderá a alegação de inexperiência do administrador e de seus assistentes auxiliar na descaracterização do tipo.

Nessa linha, invoco os seguintes precedentes desta Corte Especial nos quais se exigiu o dolo específico:

Ação penal. Licitação. Fraude. Denúncia. Não evidenciação do dolo específico e do dano. Ausência de descrição da participação individualizada dos acusados. Exercício do direito de defesa.

1. Denúncia oferecida pelo *Ministério Público Federal*, visando a apuração de supostos crimes relacionados à Concorrência n. 006/2003, promovida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para a aquisição completa para ambiente de trabalho, compreendendo confecção, fornecimento e serviços de mão-de-obra especializada para instalação de móveis, cabeamento de dados, voz, elétrica e demais especificações no anexo do edital, para o Foro Trabalhista de 1ª Instância de São Paulo.

2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.

3. É que *"cabe realçar, ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição."* (APn n. 375-AP, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 24.4.2006). Precedentes da Corte Especial: APn n. 281-PR, DJU 23.5.2005 e APn n. 261-PB, DJU 2.3.2005.

[...]

5. Denúncia rejeitada (APn n. 330-SP, relator originário o em. Ministro Francisco Falcão e relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJe de 15.12.2008).

Ação penal originária. Construção do foro trabalhista de primeira instância da cidade de São Paulo. Contratação por dispensa de licitação para instalação de piso elevado. Inépcia da denúncia quanto crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal). Delito previsto no art. 319 do Código Penal atingido pela prescrição da pretensão punitiva. Persecução penal voltada para o art. 89 e parágrafo único da Lei n. 8.666/1993. Ausência de provas quanto ao dolo e atuação em concurso de agentes. Contratação lastreada em pareceres técnicos. Ausência de prejuízo ao erário. Improcedência da pretensão punitiva estatal.

1. Ação penal originária veiculando as condutas descritas nos arts. 29, 304 e 319 do Código Penal c.c. arts. 84, § 2º; 89 e seu parágrafo único; 92; 99, § 1º da Lei de Licitações.

[...]

7. O tipo previsto no artigo 89 e seu parágrafo único reclama dolo específico, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte.

Neste sentido, concluiu o colegiado que:

Ação penal. Denúncia. Recebimento. Licitação. Ausência. Requisitos legais. Art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

1. Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, *que requer o dolo, não há como dar início à ação penal.*

2. *Denúncia rejeitada* (APn n. 281-RR, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ de 23 de maio de 2005) (Grifamos).

Processo Penal. Licitação. Dispensa. Denúncia. Rejeição. Falta de justa causa.

1. *O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei n. 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.*

2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, *ipso facto*, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. *Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.*

3. *Denúncia rejeitada. (APn n. 375-AP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ de 24 de abril de 2006) (Grifamos).*

[...]

9. O delito previsto no parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, imputados aos co-réus pressupõe dolo, não comprovado nos autos, bem como, sequer o mínimo resquício de proveito em benefício próprio advindo do contrato.

10. Sob este último aspecto, advirta-se que o delito é de resultado, reclamando prejuízo ao erário.

[...]

15. A dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão-somente a título de dolo específico, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a aplicação da máxima *in dubio pro reo* posto decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência.

[...]

17. Acusação improcedente, ou, *ad eventum*, atipicidade da conduta que conduz à improcedência a ação penal (APn n. 214-SP, Ministro Luiz Fux, DJe de 1º.7.2008).

Processo Penal. Rejeição da denúncia. Dispensa de licitação (Art. 89 Lei n. 8.666/1993).

1. O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso.

2. É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há consequência patrimonial para o órgão público.

3. O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.

4. Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasiona dano ao erário.

5. Denúncia rejeitada (APn n. 261-PB, Ministra Eliana Calmon, DJ de 5.12.2005).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal igualmente exige a presença do dolo específico, sendo oportuno reproduzir a ementa do seguinte julgado:

Ação Penal. Ex-Prefeito municipal. atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (Art. 89, da Lei n. 8.666/1993). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

[...]

2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

[...]

4. Ação penal julgada improcedente (Ação Penal n. 527-PR, Ministro Dias Toffoli, DJe n. 63, publicação em 4.4.2011).

Na doutrina, Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010), sobre o dano e o elemento subjetivo, caminha no mesmo sentido. Confira-se:

2.2.2) A existência de dano

Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração.

[...]

2.3) O tipo subjetivo

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.

Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário (fls. 903-904).

Por fim, diante das angústias enfrentadas pelos administradores sobre o que fazer, quando fazer e como fazer, reforço o meu posicionamento quanto à necessidade da presença de dolo específico citando o seguinte ensinamento deixado por Néelson Hungria em relação à interpretação e à aplicação da lei penal:

[...] Longe de mim afirmar que o juiz não deva ilustrar-se, consultando a lição doutrinária e pondo-se em dia com a evolução jurídica; mas se ele se deixa seduzir demasiadamente pelo teorismo, vai dar no carrascal das *subtilitates juris* e das abstrações inanes, distanciando-se do solo firme dos fatos, para aplicar, não a autêntica justiça, que é sentimento em face da vida, mas um direito cerebrino e inumano; não o direito como ciência da vida social, mas o direito como ciência da lógica pura, divorciado da realidade humana; não a verdadeira justiça, que é função da alma voltada para o mundo, mas um direito postiço, arrebicado, sabendo a palha seca e cheirando a naftalina de biblioteca. O juiz que, para a demonstração de ser a linha reta o caminho mais curto entre dois pontos, cita desde Euclides até os geômetras da quarta dimensão, acaba perdendo a crença em si mesmo e a coragem de pensar por conta própria. Dele jamais se poderá esperar uma solução cautamente pretoriana, um milímetro de avanço na evolução do direito, o mais insignificante esforço de adaptação das leis. O juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as “roupas feitas” da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela (*in* Comentários ao Código Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958, Vol. I, Tomo I, páginas 66-69).

Passando ao exame do caso concreto, observo que a inicial acusatória, no tocante ao art. 89 da Lei n. 8.666/1993, não afirma que o objetivo da ré seria causar dano ao erário ou em benefício próprio. Enfim, não afirma a presença do dolo específico de burlar a legislação licitatória *com o efetivo propósito de lesar a Fazenda Municipal*, resumindo-se a sustentar a presença do dolo genérico, no sentido de afastar a necessidade de licitação mediante o fracionamento dos serviços e do contrato.

Alem disso, o que parece ter motivado o fracionamento e a contratação sem o indispensável procedimento licitatório foi o prazo exíguo para a organização dos festejos de carnaval, ressaltando-se não apenas que a ré foi eleita Prefeita municipal para o período de 2001-2004, tomando posse em janeiro de 2001, senão também que as festas carnavalescas se deram já no mês de fevereiro seguinte.

Como reforço dessa conclusão, a testemunha de defesa Soraya de Abreu Barbosa Resende (Assessora da Divisão de Cultura vinculada, à época, à Secretaria de Esporte, Lazer e Turismo, cujo secretário era o Vice-Prefeito) declara que outras empresas “mandaram orçamentos por escrito mas não sabe aonde estão; que acredita que não houve edital por falta de tempo hábil, pois havia menos de um mês do carnaval; que não sabe dizer de quem foi a determinação dispensando o edital” (fl. 2.580). Também a própria ré, no interrogatório prestado em primeiro grau, invocou o curto tempo para a realização do carnaval, assim:

[...] quando assumiu a Prefeitura de Três Pontas em 1º.1.2001 mesmo sabendo que o carnaval aconteceria em 11.2 com curto prazo para organização, a Associação Comercial do Município chegou até a interroganda, na qualidade de Prefeita, solicitando que organizasse o Carnaval a fim de fomentar o comércio, gerando renda para o Município; embora com pequeno prazo, o Carnaval foi organizado e foi um sucesso, sem deixar de ser observada a legislação; a depoente entendeu que o evento Carnaval em sua totalidade com várias ações e objetos diferentes, portanto, não havia que se falar em fracionamento, uma vez que os objetos são diferentes (fl. 2.272).

Sem elementos nos autos que contrariem essa conclusão, tenho que a dispensa de licitação decorreu, sobretudo, do tempo exíguo, não do propósito de lesar o erário.

O Ministério Público, sob outro enfoque, tentou demonstrar, a título de simples consequência, que a ausência de licitação também teria causado dano

à Fazenda Municipal. Entretanto sem sucesso a meu ver. Sobre os serviços de “chuva de prata”, no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), e de “trio elétrico”, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), de fato, afirmou:

Não se perca de vista que a empresa *Castelo Branco – Promoções, Eventos & Efeitos Especiais*, segundo orçamento de fls. 29-30, prestaria os mesmos serviços de “chuva de prata” aos custos de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) e R\$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais), *conforme a intensidade do efeito visual pretendido*, ou seja, com economia variável de R\$ 3.100,00 (três mil e cem reais) a R\$ 4.700,00 (quatro mil e setecentos reais) para o erário municipal (fl. 5 – grifo meu).

Demais disso, *Ronan Rocha Avila*, segundo documento de fls. 35, forneceria trio elétrico ao custo de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), ou seja, com economia de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o erário municipal (fl. 6).

No tocante ao serviço de “chuva de prata”, verifico não haver nenhuma comparação nos autos entre o serviço contratado e prestado à municipalidade (fls. 39-40) e o que foi objeto do orçamento apresentado por “Castelo Branco, Promoções, Eventos & Efeitos Especiais” (fls. 41-42). Acrescento que, também pela singeleza do contrato assinado, não é possível confrontar a qualidade e a quantidade dos serviços contratados com o orçamento, tornando impossível afirmar que, de fato, a municipalidade ficou prejudicada. Se isso não bastasse, observo que o contrato prevê a prestação do serviço por um período de seis dias (fl. 39), enquanto o orçamento menciona um período de quatro dias (fl. 41).

Ainda sobre o orçamento pertinente à chamada “chuva de prata”, juntado na notícia-crime apresentada pela Associação Amigos de Três Pontas – Atepe, nem mesmo merece fé. Constitui simples fotocópia sem autenticação, não tendo sido indicado sequer o CNPJ da empresa “Castelo Branco, Promoções, Eventos & Efeitos Especiais”, que teria sede em São Paulo–SP, ou quaisquer dados da pessoa física subscritora (Rubens Castelo Branco). Aliás, no incidente de falsidade em apenso (Pet n. 6.571-MG) – rejeitado monocraticamente e em acórdão desta Corte Especial, dada a irrelevância da alegação e a possibilidade de ser invocada mediante outros meios –, a ora ré juntou certidões da Junta Comercial do Estado de São Paulo e de vários cartórios de registro civil de pessoa jurídica de São Paulo–SP, segundo as quais não teria sido localizada a empresa fornecedora do orçamento (fls. 7-20 do apenso).

A respeito da locação do “trio elétrico”, não há demonstração de que a diferença de R\$ 1.000,00 (mil reais) entre o valor contratado (R\$ 8.000,00

– fls. 45-46) e o valor orçado por Ronan Rocha Avila (R\$ 7.000,00 – fl. 47) tenha gerado enriquecimento ilícito ou dano ao erário. Observo ser impossível, diante dos elementos dos autos, aferir a semelhança, sobretudo em tamanho, e a funcionalidade técnica entre o “trio elétrico” fornecido à municipalidade e o que foi objeto do orçamento de fl. 47. Além disso, o contrato menciona o período de seis dias (fl. 45), e o orçamento, o período de cinco dias (fl. 47).

Assim, no tocante ao delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, comprovada a ausência de dolo específico, a ação penal não enseja a condenação da ré.

A segunda imputação penal diz respeito ao crime previsto no art. 1º, inciso V (segunda parte), do Decreto-Lei n. 201/1967, haja vista que teria a ré realizado despesas “em desacordo com as normas financeiras pertinentes”. É que, segundo o Ministério Público, “a liquidação e quitação dos Empenhos n. 01696, n. 02211, n. 02212 e n. 02213 antecedeu à prestação efetiva dos serviços contratados, posto que as festividades do carnaval 2001 se deram somente entre os dias 24 a 27.2.2001, portanto em desacordo com normas financeiras pertinentes” (fl. 10). Por sua vez, as normas legais financeiras indicadas pela acusação foram extraídas da Lei n. 4.320/1964, que assim dispõem:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

[...]

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II – a nota de empenho;

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Sem dúvida, os dispositivos da Lei n. 4.320/1964 impedem que o pagamento seja feito antes da entrega do serviço, o que não foi observado pela ré, tendo em vista que, apesar de os contratos preverem o dia 28.2.2001 como termo final da respectiva prestação pelo contratado (fls. 39, 45, 50 e 55), os pagamentos da “chuva de prata”, do “trio elétrico” e do “raio laser” foram feitos em 23.2.2001 (fls. 37-38, 43-44 e 48-49), e o da “sonorização de linha com 40 (quarenta) caixas de som”, em 13.2.2001 (fls. 52-53 e 57-58).

A irregularidade existiu, sim. Entretanto, para efeito do crime comum previsto no art. 1º, inciso V, segunda parte, do Decreto-Lei n. 201/1967, na minha compreensão, aplica-se a mesma orientação que adotei em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, sendo indispensável a presença de dolo específico de causar dano ao erário. Aqui, porém, não se verifica o dolo específico nem o efetivo dano.

Percebo que, além do prazo exíguo para a realização da festa, o que também motivou o pagamento poucos dias antes da prestação dos serviços pelo contratado foi o fato de as empresas desse setor exigirem das prefeituras tal prática diante do receio de não receberem as importâncias respectivas posteriormente. Essa justificativa encontra-se amparada nos depoimentos prestados pelas testemunhas Soraya de Abreu Barbosa Resende (fl. 2.579), José Gileno Marinho (fl. 2.582), João Victor Mendes de Gomes e Mendonça (fl. 2.586), Luciana Ferreira Mendonça (fls. 2.588-2.589), Reinaldo Vasconcelos (fl. 2.591) e Luiz Marcellus de Rezende Lourdes (fl. 2.599). Todas as testemunhas já relacionadas, inclusive, confirmaram que os serviços foram adequadamente prestados, o que descarta qualquer dano ao erário.

Com efeito, quanto à norma do art. 1º, inciso V (segunda parte), do Decreto-Lei n. 201/1967, igualmente não se impõe a condenação da ré, estando comprovada a ausência de dolo específico.

Já claramente demonstrado o meu posicionamento no sentido de absolver a ré, passo, agora, a examinar as últimas questões invocadas nas alegações finais da defesa para que se não alegue omissão nenhuma.

Em primeiro lugar, a aprovação das contas/exercício 2001 da Prefeitura Municipal de Três Pontas-MG pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (fls. 2.687-2.694), no caso concreto, não beneficia a ré. Isso porque o acórdão respectivo não examinou, expressamente, os contratos discutidos nesta ação penal, cuidando de outros pontos de natureza financeira.

Cabe enfrentar, ainda, as preliminares de cerceamento do direito de defesa invocadas nas razões finais da ré (fls. 2.664-2.686), rejeito-as diante do entendimento que adotei acima. Sobre o eventual defeito no processamento do incidente de falsidade, foi ele julgado por esta Corte com base em motivação formal sobre o cabimento do referido incidente, já tendo, por sinal, transitado em julgado. Por outro lado, tal decisão não prejudicou, como não prejudica o exame da validade e da veracidade, como prova, do orçamento apresentado por

“Castelo Branco, Promoções, Eventos & Efeitos Especiais” em relação à “chuva de prata”. Veja-se que, acima, examinei o mencionado documento e conclui não estar caracterizado nenhum dano ao erário. Nesse ponto, então, não está presente o alegado cerceamento do direito de defesa.

A segunda nulidade apontada pela ré está assim afirmada:

2.13. A Denunciada e seu advogado, não obstante intimados da Carta de ordem para que fosse ouvida a testemunha arrolada pela acusação, não o foram para a audiência realizada no dia 17.3.2008, às 15:30 horas, na cidade de Paraguaçu (fls. 2.555-2.559) (fl. 2.669).

Ocorre que, além de o depoimento da testemunha de acusação *Marco Paulo Gama de Andrade Junior* nada apontar em desfavor da ré, apenas confirmando que realizou os serviços contratados (fl. 2.559), o que já afasta qualquer prejuízo à defesa ou nulidade processual, foi-lhe nomeado defensor *ad hoc*. Ademais, na linha da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, efetuada a intimação quanto à expedição da carta de ordem ou precatória, fica dispensada a intimação no tocante à data da audiência para a oitiva das testemunhas. Sobre o tema, exemplificativamente: STJ – HC n. 166.575-RJ, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, DJe de 13.12.2010, e HC n. 25.730-RO, Sexta Turma, Ministro Paulo Gallotti, DJe de 3.8.2009; STF – HC n. 104.767-BA, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJe n. 157, pub. em 17.8.2011, e HC n. 96.026-RJ, Segunda Turma, Ministra Ellen Gracie, DJe n. 25, pub. em 6.2.2009.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação penal diante da comprovada ausência de dolo específico e de dano.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Na sessão da Corte Especial do dia 7 de março de 2012, com pedido de vênias ao Sr. Ministro Felix Fischer, antecipei meu voto, afirmando que o apresentaria por escrito oportunamente.

São estes, na linha do que expressei oralmente, os fundamentos pelos quais dirijo da i. Relatora.

Entendo que não é razoável, por um fato ocorrido há 11 (onze) anos, condenar-se uma prefeita à pena de reclusão e à perda do cargo que ocupa no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, quando não se verifica, com sua ação, prejuízo ao erário público.

À época dos fatos, a ré era prefeita jovem e havia assumido suas funções poucos dias antes do evento. Três Pontes é uma cidade situada no sul de Minas Gerais, cujo carnaval, tempos antes, era tradicional na região. O que a ré buscou fazer foi revitalizá-lo, embora não tenha sido feliz na forma escolhida.

Contudo, do conjunto probatório constante dos autos, não vislumbro que tenha ela tido a intenção de causar dano ao erário. Observo que, ao dispensar a licitação, contratando diretamente, inexistiu a intenção de favorecer a quem quer que seja. Portanto, não há presença de dolo, do qual depende o tipo de crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações.

Como afirmou o Ministro Teori Albino Zavascki em seu voto, “o dolo não se exaure na mera conduta. É possível, com efeito, que a dispensa de licitação se dê com base em equivocada, mas justificável, no caso, por exemplo, com parecer favorável dos órgãos técnicos e jurídicos”.

Sempre oportuno ressaltar que a sistemática adotada pela Lei n. 8.666/1993 visa garantir a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições, de forma a equalizar a participação dos interessados na busca da melhor contratação para o setor público.

Nessa linha de pensamento, observando o dossiê encaminhado pela i. Relatora, verifica-se que não existiam outros eventuais fornecedores na região, e um único outro fornecedor referido não disponibilizou condições favoráveis de contratação ao município, considerando a qualidade dos serviços que buscava.

Ademais, o dolo não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 atua baseado em parecer técnico do seguimento público competente, como ocorreu no caso.

Quanto ao pagamento antecipado, o fato é que, sem esse procedimento, a prefeitura não teria contratado, pois ninguém haveria de prestar tal serviço. No caso, bem afastou a eminente Ministra Relatora, dizendo que isso fora feito de modo regular, com nota de empenho.

Entendo que o voto da Ministra Relatora está brilhante tecnicamente, mas a interpretação das normas jurídicas não pode prescindir de uma dose de razoabilidade diante de um fato concreto.

Ao concretizar a norma, devemos fazê-lo atentos a um mínimo de razoabilidade. Caso contrário, ver-me-ia com um resultado que agrediria minha consciência na medida em que, ordinariamente, ocorrem no Brasil,

cotidianamente, falhas de licitações muito maiores, sem as consequências drásticas aqui pretendidas.

Pedindo vênia à Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acompanho o voto do Sr. Ministro Revisor.

VOTO ANTECIPADO (1)

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Felix Fischer e aos demais Ministros. Peço que ouçam o meu voto, porque, se tudo transcorrer como está sendo previsto, a compulsória virá este ano. Preciso, então, deixar o meu voto.

Ao externá-lo antecipado, peço vênia a eminente Ministra Relatora para divergir do posicionamento de S. Exa. Quero, antes de mais nada, cumprimentar efusivamente o eminente Advogado, Dr. José Gerardo Grossi, que honra a advocacia defendendo da tribuna as prerrogativas da defesa, mostrando com muito clareza e muita objetividade como teriam ocorrido os fatos. Também saúdo o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, que, com muita sensibilidade, conseguiu captar a atmosfera que guarneceu esses fatos que ocorreram há uma década.

Na realidade, o fundamento da denúncia, para caracterizar o dolo, residiria na circunstância de que houve um fracionamento dos serviços, de tal sorte que, com esse fracionamento, estaria albergando-se a dispensa da licitação. Bom, esta é a afirmação da ilustre acusação.

Mas também, não menos verdade, como apontou o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, há a premência do tempo, a exiguidade, o fato de a prefeita ter tomado posse em janeiro daquele ano, e o carnaval acontecer logo na primeira semana de fevereiro. Também nada há em contrário que se faça um fracionamento de compras.

VOTO ANTECIPADO (2)

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Porque esse carnaval foi feito com essa pompa - e o Sr. Ministro João Otávio Noronha, de viva voz, aqui, expõe o que é o carnaval dessa realidade do interior de Minas -, poderia também ser feito um trio elétrico, poderia ter só essa chuva de prata; foi uma festa que pretendeu dar brilho e alegria à população.

Então, da mesma forma que se diz que houve um dolo em fugir ao rigor da lei de licitação, também se pode adotar o princípio de que não; foi exatamente para poder adquirir aquelas partes de um carnaval que poderia ficar apenas com alguma das partes desse festival.

Mas, acima de tudo, também aqui foi demonstrada a ausência de um prejuízo ao Erário.

Efetivamente, pela própria sustentação oral, muito bem feita pelo eminente Advogado, S. Exa. demonstrou que, em duas das demonstrações feitas pelo Ministério Público, houve economia, e se houvesse necessidade ou, pelo menos, se quisesse demonstrar um prejuízo, também a acusação não logrou produzir nesse total de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais) quais seriam, então, aquelas parcelas que estariam excedendo o valor.

Como quer que seja, a falta desse dolo específico, como nos apontou o voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, deixa-me confortado, tranquilo em proclamar a absolvição e julgar improcedente essa ação penal.

Então, Sr. Presidente, agradeço essa preferência que V. Exa. me permite, pedindo licença, mais uma vez, ao Sr. Ministro Felix Fischer, mas, por essas razões subjetivas, estou antecipando meu voto, acompanhando a douta divergência, com devida vênua à eminente Ministra Relatora.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: O Ministério Público de Minas Gerais, no ano de 2004, denunciou *Adriene Barbosa de Faria* pela suposta prática dos delitos capitulados no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967 c.c. os artigos 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964, e art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Depreende-se dos autos, *em breve síntese*, que a ré, então prefeita do Município de Três Pontas-MG e no intuito de ressuscitar as festividades de carnaval de sua cidade, teria dispensado, fora das hipóteses legais, licitação para prestação de serviços de sonorização, *raio laser*, “chuva de prata” e locação de trio elétrico, fracionando o objeto do contrato visando a burlar, segundo consta da exordial acusatória, o procedimento licitatório exigível para a contratação.

A em. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, relatora, julgou parcialmente procedente a acusação para condenar a ré pela prática do delito capitulado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 à pena de três anos de detenção, substituída a

pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, porém a absolveu do delito disposto no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967 c.c. os artigos 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964. A em. Ministra relatora determinou ainda, *na hipótese*, após alcançado o trânsito em julgado da condenação, a perda do cargo de Conselheira do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, como efeito da condenação, em virtude da incidência do art. 92, inciso I, alínea **a**, do Código Penal.

O em. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, iniciando a divergência, absolveu a ré das condutas descritas na inicial acusatória, ao fundamento de que, para a configuração dos delitos *na espécie*, quais sejam, o art. 89 da Lei n. 8.666/1993 e o art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967 c.c. os artigos 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964, seria necessário não apenas o dolo genérico, mas também o especial fim de agir de causar dano ao erário e também o próprio dano.

Os em. Ministros *João Otávio de Noronha*, *Massami Uyeda* e *Humberto Martins*, em adiantamento de voto, acompanharam a divergência para julgar improcedente a denúncia.

Para melhor examinar a controvérsia, pedi vista dos autos.

De início, acerca do crime de responsabilidade imputado, tenho que verifica-se desnecessário tecer maiores comentários, uma vez que comungo do entendimento exarado pela em. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, no sentido de que o pagamento feito à pessoa jurídica contratada, *neste caso*, tendo em vista a espécie de contratação e o objeto dos contratos - locação de equipamentos e prestação de serviços de apoio a apresentações artísticas, foi realizado mediante notas de empenho, em consonância com o que dispõe a Lei n. 4.320/1964.

Ademais, deve-se atentar para a particularidade das práticas comerciais adotadas no setor de promoção de eventos artísticos, principalmente no tocante ao agendamento de datas de apresentação dos artistas e locação de equipamentos em geral, cujos contratados exigem, normalmente, pagamento antecipado da Administração, sob pena de não realizarem o ajuste. Esta é a razão pela qual não vislumbro, *na hipótese*, a tipificação penal relativamente ao delito de responsabilidade.

Por outro lado, quanto ao delito capitulado no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos, a discussão merece maiores considerações.

Primeiramente, não se pode olvidar o entendimento pacificado da e. *Terceira Seção* desta Corte no sentido de que o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 dispensa a ocorrência de prejuízo ao erário para a sua configuração.

Seguindo essa orientação, cito os seguintes precedentes: *HC* n. 109.039-BA, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Jorge Mussi*, DJe de 30.6.2011; AgRg no Ag n. 127.319-SP, *Quinta Turma*, Rel^a. Min^a. *Laurita Vaz*, DJe de 19.12.2011; REsp n. 1.185.750, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Gilson Dipp*, DJe de 22.11.2010; AgRg no REsp n. 1.094.785-DF, *Sexta Turma*, Rel^a. Min^a. *Maria Thereza de Assis Moura*, DJe de 9.11.2011, *HC* n. 159.896-RN, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Vasco Della Giustina* (Desembargador convocado do TJ-RJ), DJe de 15.6.2011; *HC* n. 171.152, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Og Fernandes*, DJe de 21.9.2010.

Acerca da *quaestio*, ainda, tive a oportunidade de me manifestar nos autos do *Habeas Corpus* n. 94.720-PE, sob os seguintes termos:

Com efeito, a simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo, entendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo penal. Dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, ao contrário do que se passa apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, não contemplar qualquer expressão como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, etc. Aqui o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária.

Contudo, também não desconheço a existência de precedentes desta e. *Corte Especial em sentido contrário*, dos quais pode se concluir que para a configuração do delito em debate seria necessário não apenas o dolo genérico, mas também um especial fim de agir e uma consequência patrimonial, consubstanciada no prejuízo ao erário.

Colaciono, oportunamente, as ementas dos mencionados julgados:

Processo Penal. Rejeição da denúncia. Dispensa de licitação (Art. 89 Lei n. 8.666/1993).

1. O tipo descrito do art. 89 da Lei de Licitação tem por escopo proteger o patrimônio público e preservar o princípio da moralidade, mas só é punível quando produz resultado danoso.

2. *É penalmente irrelevante a conduta formal de alguém que desatente as formalidades da licitação, quando não há conseqüência patrimonial para o órgão público.*

3. *O dolo genérico não é suficiente para levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações.*

4. *Prática de padronização de mobiliários ou equipamentos que não afasta a exigência de licitação, mas não se configura como crime, senão quando ocasiona dano ao erário.*

5. Denúncia rejeitada.

(Apn n. 261-PB, *Corte Especial*, Rel^a. Min^a. *Eliana Calmon*, DJ de 2.3.2005, grifei).

Processo Penal. Licitação. Dispensa. Denúncia. Rejeição. Falta de justa causa.

1. *O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei n. 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.*

2. *Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.*

3. Denúncia rejeitada.

(Apn n. 375-AP, *Corte Especial*, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, DJ de 24.4.2006, grifei).

Ação penal. Licitação. Fraude. Denúncia. Não evidenciação do dolo específico e do dano. Ausência de descrição da participação individualizada dos acusados. Exercício do direito de defesa.

1. *Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, visando a apuração de supostos crimes relacionados à Concorrência n. 006/2003, promovida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para a aquisição completa para ambiente de trabalho, compreendendo confecção, fornecimento e serviços de mão-de-obra especializada para instalação de móveis, cabeamento de dados, voz, elétrica e demais especificações no anexo do edital, para o Foro Trabalhista de 1ª Instância de São Paulo.*

2. *As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.*

3. É que “cabe realçar, ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, *ipso facto*, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.” (APn n. 375-AP, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 24.4.2006). Precedentes da Corte Especial: APn n. 281-PR, DJU 23.5.2005 e APn n. 261-PB, DJU 2.3.2005.

4. Os delitos plurissubjetivos, que veiculam crime de autoria coletiva, reclamam descrição individualizada da participação de cada um dos acusados no delito, para que possam eles exercer sua defesa, sob pena de rejeição da peça inicial. Precedentes do STF: Inq n. 2.245-MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 28.8.2007; HC n. 83.947-AM, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 7.8.2007; HC-extensão n. 87.768-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 17.4.2007; e HC n. 81.295-SP, 1ª Turma, Ellen Gracie, DJU 6.11.2001.

5. Denúncia rejeitada.

(Apn n. 330-SP, *Corte Especial*, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 15.12.2008, grifei).

Faz-se mister asseverar, também, que o e. *Supremo Tribunal Federal*, em recente ocasião, examinou o elemento subjetivo relativamente ao delito do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, oportunidade na qual consignou que pressupõe o tipo penal, além do dolo simples, a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Eis a ementa do referido julgado:

Ementa Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (Art. 89, da Lei n. 8.666/1993). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal. 1. Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da investidura de sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas **b** e **c**, da CF/1988 não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Precedentes. 2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 3. O simples fato

de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado, hipótese em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva. 4. Ação penal julgada improcedente.

(Apn n. 527-PR, *Tribunal Pleno*, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 4.4.2011, grifei).

Pois bem, após análise da jurisprudência pátria acerca do tema em debate, passo a considerar, neste momento, *algumas peculiaridades do caso concreto*.

Na hipótese, não se pode relevar, de todo modo, as seguintes situações: *primeiro*, que o contrato realizado, apesar de irregular, é de relativo e pequeno montante, no valor de R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais); *segundo*, que é de difícil constatação o real prejuízo à municipalidade, tendo em vista que os orçamentos apresentados para efeito de comparação não diferem, de maneira desproporcional, dos orçamentos apresentados pela pessoa jurídica contratada; *e terceiro*, que verifica-se inviável, neste momento, confrontar a quantidade e qualidade dos serviços que seriam prestados por outros eventuais licitantes.

Desta forma, *ressalvando o meu entendimento acerca do tema*, e em atenção ao decidido pelo *Plenário da e. Suprema Corte* nos autos da Ação Penal n. 527-PR, bem como por esta *e. Corte Especial* nos autos das Ações Penais n. 261-PB, n. 375-AP e n. 330-SP, anteriormente mencionadas, e *repito*, *considerando as peculiaridades deste caso*, peço vênias à em. Ministra relatora, para divergir parcialmente, *julgando improcedente a denúncia*.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Senhor Presidente, eu já estava com uma certa preocupação em acompanhar o voto da eminente Ministra Relatora em face de várias considerações que foram tratadas nos votos divergentes, na última sessão, em que a ação penal foi examinada.

Agora, diante do voto do Senhor Ministro Felix Fischer, estou acompanhando a divergência, com a fundamentação apresentada por Sua Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, na oportunidade anterior, quando do início do julgamento, havia feito algumas anotações.

A primeira delas referente à questão do dano. É difícil demonstrar a existência ou não de dano patrimonial ante a dispensa de processo licitatório competitivo. É difícil demonstrar que, se tivesse havido competição, não se apresentaria um competidor com oferta mais vantajosa ao erário. Isso é uma prova que, no meu entender, além de ser difícil, não se pode exigir.

Portanto, o dano que se deve averiguar, não é o dano meramente patrimonial. O elemento caracterizador do dolo é o de afastar a competição licitatória com o propósito de favorecer determinado fornecedor. O dolo, no meu entender, neste delito do art. 89, está em afastar a competição para favorecer alguém, ainda que este ofereça preço de mercado (ou seja, ainda que não se comprove o dano material).

Aí está o dolo. E o dolo não se exaure na mera conduta. É possível, com efeito, que a dispensa de licitação se dê com base em equivocada, mas justificável apreciação dos fatos, como por exemplo, quando há parecer favorável dos órgãos técnicos e jurídicos.

No meu entender, são esses dois parâmetros que devem ser averiguados. Ora, no caso concreto, pelo que depreendi das discussões anteriores, a Prefeita tomou posse no começo do ano e tinha como uma de suas promessas de campanha revitalizar a festa de carnaval que se realizaria logo depois. Na circunstância do caso, não se pode dizer que a dispensa de licitação tenha sido com o propósito específico de favorecer alguém. Bem ou mal, a intenção foi a de agilizar a contratação dos serviços.

De modo que, por essa razão, vou acompanhar a divergência, com a vênua da Sra. Ministra Relatora.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Sr. Presidente, o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer traz três precedentes da Corte Especial e um precedente oriundo da Suprema Corte, todos eles adotando o entendimento que o tipo do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 pressupõe, além do dolo simples, a intenção

realmente de produzir o prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento da licitação.

No presente caso, pelo que foi demonstrado, realmente tudo indica que a preocupação da Prefeita era aquela de restaurar uma tradição da cidade, que, no meio interiorano, prestigiaria ainda mais aquela comunidade, sobretudo, aquelas cidades vizinhas.

Desse modo, parece-me, com a devida vênua da eminente Ministra Relatora, que não é caso de se acolher a denúncia.

Por isso, também, pedindo vênua mais uma vez, *acompanho a divergência*.

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO N. 8.914-RJ (2011/0300543-5)

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Eduardo Galvão de Andréa Ferreira

Advogado: Sérgio de Andréa Ferreira

Agravado: Banco Central do Brasil

EMENTA

Agravo regimental em petição. Recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória. Retenção. Situação excepcional. Não ocorrência. Agravo regimental desprovido.

I - Nos termos do art. 542, § 3º, do CPC, o recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória deve ficar retido nos autos e somente será processado se a parte o reiterar. Precedentes do c. STF.

II - Inexiste, *in casu*, qualquer situação que autorize a mitigação da norma prevista no art. 542, § 3º, do CPC, pois a decisão interlocutória proferida nos autos do REsp n. 930.849-RJ não descumpriu a decisão proferida pelo e. STF, que determinou a aplicação da repercussão geral nos presentes autos, uma vez que apenas o recurso extraordinário interposto contra o v. acórdão do e. TRF da 2ª Região foi sobrestado pela c. Corte Suprema, não havendo qualquer empecilho ao prosseguimento

do julgamento do apelo especial por esta c. Corte Superior, nos exatos termos do art. 543, *caput* e § 1º, do CPC.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 23 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 9.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto por *Eduardo Galvão de Andréa Ferreira* contra a decisão de fls. 90-91, assim fundamentada:

Inicialmente, consigno que, nos termos do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, o *recurso extraordinário*, ou o recurso especial, *quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento*, cautelar, ou embargos à execução *ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final*, ou para as contra-razões.

Destarte, não prospera o pedido para avocação e realização do juízo de admissibilidade de recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória, enquanto não exarada decisão final no REsp n. 930.849-RJ, que atualmente encontra-se suspenso com pedido de vista formulado pelo em. Ministro Vasco

Della Giustina, após a em. Ministra Relatora negar provimento ao recurso, no que foi acompanhada pelo em. Ministro *Og Fernandes*.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, inciso XVIII, do RISTJ, *nego seguimento ao pedido*.

P. e l.

Em suas razões, pleiteia o agravante a desobstrução do recurso extraordinário interposto contra r. decisão interlocutória proferida nos autos do REsp n. 930.894-RJ.

Sustenta que referida decisão “negou cumprimento à decisão proferida pelo a. Supremo Tribunal Federal, que determinou a aplicação do Regime de Repercussão ao RE n. 614.577, interposto pelo Agravante, contra o conjunto decisório constituído pelos acórdãos prolatados pela c. 8ª Turma Especializada do c. TRF - 2º Região” (fl. 98).

Aduz ainda que essa decisão “fere de morte os próprios institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, no que esses têm de mais precisos: a isonomia no tratamento das questões postas em juízo e a celeridade na prestação jurisdicional” (fl. 99).

Alega que “tendo o e. Supremo Tribunal Federal fixado a via da retratação, o que suspendeu a própria eficácia do conjunto decisório recorrido, correlatamente se encontra, desde junho de 2010, fixada a competência funcional da c. 8ª Turma Especializada do TRF - 2ª Região, para atuar, com afastamento da competência da c. 6ª Turma do e. STJ” (fl. 101).

Diz que “o julgamento do REsp n. 930.849-RJ, na atual moldura, configuraria a consumação indevida do objeto do RE, tornando inviável a sua discussão nuclear sobre a precedência dos procedimentos de Repercussão Geral” (fl. 106).

Sustenta, por fim, que não há o necessário esgotamento das vias ordinárias, pressuposto de admissibilidade do recurso especial, em face da restauração da distribuição da apelação cível no âmbito do e. TRF da 2ª Região, em virtude da decisão superveniente proferida nos autos do RE n. 614.577 que, segundo o agravante, teria determinado a retratação do feito em virtude da aplicação do instituto da repercussão geral.

Por manter a decisão, submeto o feito à e. *Corte Especial*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Em que pesem os argumentos expendidos pelo agravante, não prospera o regimental.

Inicialmente, reafirmo que, nos termos do § 3º do art. 542 do Código de Processo Civil, *o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.*

Por isso, não prospera o pedido de avocação e realização do juízo de admissibilidade de recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória, enquanto não exarada decisão final no REsp n. 930.849-RJ, que atualmente se encontra concluso ao em. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, designado para compor *quorum*.

Outrossim, não desconheço que tanto a jurisprudência desta *c. Corte Superior* quanto a do *e. STF* já se posicionaram no sentido de que seria possível mitigar, em situações excepcionais, o regime de retenção dos recursos extremos com o fim de se afastar risco do perecimento de direito, ou mesmo a prejudicialidade do próprio recurso.

A propósito:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Retenção do recurso extraordinário nos autos. Precedentes.

1. Incidência do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que determina a retenção dos recursos especiais e extraordinários interpostos contra decisão interlocutória.

2. Incabível agravo de instrumento contra decisão que apenas determina a retenção do recurso extraordinário.

3. Agravo regimental não provido.

(AI n. 709.250 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe de 29.9.2011).

Constitucional, Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Decisão não definitiva. Recurso extraordinário retido. Aplicação do art. 542, § 3º do CPC. Inexistência de situação excepcional. Agravo improvido.

1. O recurso extraordinário interposto de decisão interlocutória, não definitiva, que não põe termo ao processo, deverá ficar retido nos autos e somente será

processado se o reiterar a parte no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou no prazo para as contra-razões. Precedentes.

2. Não existe no presente caso qualquer situação excepcional a ensejar a não-aplicação do disposto no art. 542, § 3º, do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI n. 761.940 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 13.6.2011).

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Processual Civil. Decisão não definitiva. Recurso extraordinário retido. Aplicação do art. 542, § 3º, do CPC. Inexistência de situação excepcional. Indeferimento motivado de produção de provas. Cerceamento de defesa. Inexistência de repercussão geral. Agravo improvido.

I - O recurso extraordinário interposto de decisão interlocutória, não definitiva, que não põe termo ao processo, deverá ficar retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou no prazo para as contrarrazões. Precedentes.

II - Não existe no presente caso qualquer situação excepcional a ensejar a não-aplicação do disposto no art. 542, § 3º, do CPC.

III - Os Ministros desta Corte, no ARE n. 639.228-RG-RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, manifestaram-se pela inexistência de repercussão geral do tema - observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial - por se tratar de matéria infraconstitucional.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, ARE n. 646.366 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 14.12.2011).

Entretanto, não constato, nos presentes autos, qualquer situação que autorize a mitigação da norma prevista no art. 542, § 3º, do CPC.

Com efeito, não procede a alegação de que a decisão interlocutória proferida nos autos do REsp n. 930.849-RJ teria negado cumprimento à decisão proferida pelo e. STF, que determinou a aplicação do regime da repercussão geral, no bojo do RE n. 614.577.

Pelo que se depreende dos autos, duas são as questões postas em juízo: em sede de recurso especial, é questionada a aplicação das Leis Federais n. 8.112/1990, n. 8.911/1994 e n. 8.443/1992 em face da Decisão Normativa do TCU n. 462/92; já em sede de recurso extraordinário se discute o afastamento

da incidência da Decisão Normativa do TCU n. 462/92 sem a declaração de inconstitucionalidade, o que configuraria, em tese, violação da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Assim, conforme já consignado pela em. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, no bojo do REsp n. 930.849-RJ, tanto na decisão singular publicada em 17.8.2011, quanto no v. acórdão que analisou agravo interno interposto contra esta decisão, publicado em 14.9.2011, que “esta Corte não está adstrita ao julgamento do Excelso Pretório, por força do art. 543-B da Lei Processual Civil, não possuindo os julgados daquela Corte, ainda que de repercussão geral, efeito vinculante para com os desta, podendo este Sodalício adotar orientação interpretativa que entender mais correta à norma infraconstitucional”.

Ademais, consigno que, diversamente do que afirma e quer fazer crer o ora agravante, o e. *Supremo Tribunal Federal* não determinou a retratação do v. acórdão exarado pela c. 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região nos autos do RE n. 614.577, dando origem à alegada restauração da distribuição da Apelação Cível no âmbito do e. TRF da 2ª Região.

Como anotado alhures, a questão discutida no recurso extraordinário interposto contra o v. acórdão do e. TJSP refere-se à suposta violação à cláusula de reserva legal (art. 97 da Constituição Federal).

Com efeito, encaminhado os autos ao e. *STF*, foi determinada a aplicação da sistemática da repercussão geral, tendo o em. Vice-Presidente do e. TRF da 2ª Região, em r. despacho publicado no e-DJF2R de 25.8.2011, asseverado que:

Tendo em vista o despacho proferido às fls. 392, mantenho o sobrestamento do presente recurso extraordinário, até o trânsito em julgado da decisão definitiva do Pretório Excelso no RE n. 580.108.

Assim, nos termos do art. 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *apenas o recurso extraordinário interposto contra o v. acórdão do e. TRF da 2ª Região, encontra-se sobrestado*, não havendo qualquer empecilho ao prosseguimento do julgamento do apelo especial por esta c. Corte Superior, nos exatos termos do art. 543, *caput* e § 1º, do CPC.

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

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SINDICÂNCIA N. 293-TO (2011/0148345-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Ministério Público

Agravado: J W S C

Agravado: J C R F

Advogada: Rosilene de Lima Costa Ribeiro e outro(s)

Interessado: S J G B

Advogado: Nathanael Lima Lacerda

EMENTA

Agravo regimental. Notícia crime. Arquivamento.

1. A comunicação ou notícia da ocorrência de fato criminoso à autoridade competente para ensejar investigação criminal e a respectiva ação penal somente pode ser admitida quando arrimada em elementos mínimos que apontem a plausibilidade do que se denuncia.

2. A *delatio criminis* diretamente apresentada ao juiz, quando narra fatos que obviamente não indicam a ocorrência de fato tipificado como criminoso, nem mesmo por leves indícios, deve ser arquivada de ofício.

3. O Ministério Público não está obrigado a agir quando entender que não houve crime, mas isso não implica concluir que a investigação terá curso por vontade do órgão ministerial, se não há prática de ato delituoso. O magistrado não está vinculado ao juízo do órgão ministerial, tanto é que pode rejeitar a denúncia oferecida ou absolver o denunciado mesmo havendo pedido de condenação pelo *parquet*.

4. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do

Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 7 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 22.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público Federal* contra decisão de minha lavra que determinou o arquivamento da presente sindicância nos termos da ementa a seguir:

Notícia crime. Prevaricação. Narração deficiente de supostos fatos criminosos. Rejeição de ofício.

1. A comunicação ou notícia da ocorrência de fato criminoso à autoridade competente para ensejar investigação criminal e a respectiva ação penal somente pode ser admitida quando arrimada em elementos mínimos que apontem a plausibilidade do que se denuncia.

2. A *delatio criminis* diretamente apresentada ao juiz, quando narra fatos que obviamente não indicam a ocorrência de fato tipificado como criminoso, nem mesmo por leves indícios, deve ser arquivada de ofício.

3. *Delatio criminis* arquivada.

Alega o agravante que a decisão tomada sem a sua oitiva violou suas prerrogativas e atribuições, devendo ser reformada porque “o arquivamento de inquérito ou de qualquer outro procedimento de natureza investigatória dá-se somente a requerimento do Procurador-Geral da República, ou ao menos, após a sua oitiva, haja vista que o relator não tem competência para arquivar a investigação sem antes ter-se manifestado o titular da ação penal”.

É o relatório.

VOTO

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

O caso dos autos retrata notícia crime apresentada por S. J. G. B. contra J. W. S. C., Governador do Estado do Tocantins, e J. C. R. F., Secretário de Estado da Segurança, Justiça e Cidadania daquele Estado, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 319 do Código Penal.

Apreciando a narrativa contida na notícia crime, verifiquei a inexistência de ato delituoso e entendi haver, quando muito, a existência de irregularidade administrativa, na qual a participação dos acusados não foi demonstrada. Por tal razão, determinei o arquivamento dos autos.

Aduz o agravante que a notícia crime não poderia ser arquivada sem o seu requerimento ou oitiva, visto ser o titular da ação penal. Aponta julgados que tratam da irrecusabilidade do arquivamento de inquérito ou investigação criminal requerido pelo Procurador-Geral da República.

De fato, na hipótese do chefe do Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, o pedido não depende de deliberação do Tribunal e deve ser deferido, pois o processo é iniciado por provocação das partes - no caso, o *parquet* -, o qual deve estar convicto da existência de crime para que possa agir.

Assim, o Ministério Público não está obrigado a agir quando entender que inexistiu crime. Todavia, isso não implica concluir que a investigação terá curso sempre que o MP o quiser, pois é inócua a persecução de fato atípico. Se não há prática de ato definido como crime, a investigação ou a ação penal não deverá ter curso e pode ser estancada pelo juízo competente.

O magistrado não está vinculado ao juízo do órgão ministerial, tanto é que pode rejeitar a denúncia oferecida ou absolver o denunciado mesmo havendo pedido de condenação pelo *parquet*. A notícia-crime será admitida apenas quando arribada em elementos mínimos que apontem para a plausibilidade do que se denuncia, e a deflagração de processo deve estar respaldada em razoáveis indícios de prática criminosa.

No caso em exame, do relato do requerente não se extrai nenhum sinal que indique a prática do crime de prevaricação.

No Diário Oficial do Estado do Tocantins do dia 22.2.2001, foi publicado ato do Secretário de Segurança, Justiça e Cidadania que homologou parecer da

Diretora da Academia de Polícia do Estado do Tocantins para aproveitar, em concurso público para delegado, os créditos das disciplinas cursadas por dois candidatos em instituição de ensino policial do Estado do Acre.

Assim, em 24.2.2011 os candidatos foram considerados aprovados na segunda etapa do concurso tocantinense em ato assinado pelo Governador do Estado, pelo Secretário de Segurança, Justiça e Cidadania, ora acusados, além do Secretário de Estado e Administração e do Secretário-Chefe da Casa Civil (fl. 99). Na mesma data, foram nomeados por ato do Governador do Estado e do Secretário-Chefe da Casa Civil.

Em 1º.6.2011, os nomeados foram designados para compor grupo de trabalho para auxiliar na tramitação de inquéritos policiais (fl. 156); no dia 6 seguinte, um dos nomeados foi designado para exercer a titularidade de Grupo de Repressão a crimes Contra a Administração Pública, Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro (fl. 221); no dia 8, ambos foram lotados na Delegacia de Polícia Civil (fl. 259); em 20.6, um dos nomeados foi designado para exercício de função gratificada (fl. 282). Os três primeiros atos foram assinados pelo Secretário de Segurança, e o último, pelo Governador.

Em suma, os fatos narrados pelo noticiante são os seguintes:

1. aproveitamento dos créditos para aprovação em concurso para delegado;
2. inclusão dos aprovados na homologação do concurso;
3. nomeação dos aprovados e de um terceiro candidato para exercerem o cargo de delegado.
4. designação dos agora delegados para comporem grupo de trabalho para auxiliar na tramitação de inquéritos policiais;
5. designação de um dos nomeados para exercer a titularidade de Grupo de Repressão a Crimes Contra a Administração Pública, Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro;
6. lotação dos delegados na Delegacia de Polícia Civil;
7. designação de um dos nomeados para exercício de função gratificada.

Observa-se, aqui, a narrativa de uma seqüência de atos concernentes à aprovação em concurso público, nomeação e designação de servidor público, absolutamente normais e corriqueiros na administração pública.

Nesses atos, estão envolvidos cinco pessoas: a Diretora da Academia de Polícia (ato n. 1), o Secretário de Estado e Administração (ato n. 2), o Secretário-

Chefe da Casa Civil (atos n. 2 e n. 3), o Secretário de Segurança (atos n. 1, n. 2, n. 4, n. 5 e n. 6) e o Governador do Estado (atos n. 2, n. 3 e n. 7). Apesar disso, o noticiante “elegeu” como autores do suposto crime de prevaricação apenas os dois últimos, ainda que outras pessoas tivessem participado do mesmo “ato criminoso”.

O relato não descreve a prática do delito que sugere - prevaricação -, e as suas elementares não foram indicadas, especialmente qual o interesse ou sentimento pessoal que move os acusados. Os supostos crimes não passam da mera prática de atos de ofício a que os acusados estão obrigados pelos cargos que ocupam.

Especificamente quanto a J. W. S. C., autoridade que atrai a competência para esta Corte, observo que os atos por ele praticados fazem parte do seu ofício de chefe do executivo, não havendo que se presumir que tenham sido tomados para favorecimento de particulares, tampouco há indicação de que tenham sido praticados contra literal disposição de lei.

Dessa forma, deve ser mantido o arquivamento da notícia-crime quanto ao governador acusado, tendo em vista que não foi descrita nenhuma conduta sua que mereça a intervenção penal.

Os autos deverão baixar ao Tribunal de Justiça tocantinense para a averiguação das demais condutas, tendo em vista que inexistente a causa de atração da competência desta Corte - envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental* e determino a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Tocantins.

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.499-SP (2011/0310426-7)

Relator: Ministro Presidente do STJ
Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo
Agravado: Município de São Paulo

Procurador: Ricardo Ferrari Nogueira e outro(s)
Requerido: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

EMENTA

Pedido de suspensão. Decisão que, antecipando a tutela, anula contrato administrativo cujo objeto diz respeito à implantação e execução do programa de inspeção e manutenção de veículos em uso no município de São Paulo.

1. A petição inicial da ação civil pública tem mais de 500 (quinhentos) páginas, narra fatos complexos e deles extrai consequências - consubstanciadas nos pedidos - que, só eles, demandaram 10 (dez) páginas.

O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido de que Gilberto Kassab fosse afastado do cargo de Prefeito Municipal, mas antecipou a tutela para declarar a nulidade do contrato e a indisponibilidade dos bens de *“todos os réus”*.

Um juízo mínimo a respeito dessa decisão pode concluir que a decisão judicial afrontou uma norma jurídica (L. n. 8.437/1992, art. 2º) e ignorou outras duas (L. n. 8.437/1992, art. 1º, § 3º c.c. L. n. 9.494/1997, art. 1º; CPC, art. 273, § 2º).

A decisão judicial foi proferida sem que o representante judicial do Município de São Paulo fosse ouvido (“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas” - L. n. 8.437/1992, art. 2º).

Declarando a nulidade do contrato, o MM. Juiz de Direito esgotou em parte o objeto do processo, de maneira irreversível. A antecipação do efeito da nulidade de um contrato é permanente, ainda que este vício seja reconhecido por uma decisão liminar, de natureza provisória. Com maior razão, quando essa decisão assina prazo para que o objeto do contrato nulo seja posto em nova licitação. A antecipação de tutela não pode esgotar o objeto do processo (“Não

será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”; outro tanto em relação à “antecipação de tutela”, L. n. 9.494/1997, art. 1º) - nem pode ser irreversível (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, CPC, art. 273, § 2º).

2. Sob o viés do juízo político, a decisão *sub judice* pode causar grave lesão ao interesse público. Imaginem-se estes dois cenários: no primeiro, a ação civil pública é julgada procedente; no segundo, ela é julgada improcedente. Bem sucedida que seja a ação civil pública, o reconhecimento da nulidade do contrato não exaure a relação entre as partes - o ajuste é bilateral, e o Município de São Paulo terá concorrido para o vício, podendo responder na medida de sua participação no ilícito (*presumivelmente a atual concessionária fez investimentos para fazer frente as suas obrigações do contrato*). Quid, se a ação civil pública for mal sucedida? A atual concessionária voltará a prestar os serviços que adjudicou na primeira licitação? Ou eles seguirão sendo prestados pela nova concessionária? A primeira hipótese será o pior dos mundos, porque o Município de São Paulo terá de indenizar ambas (uma pelo tempo em que deixou de prestar o serviço, a outra pelas perdas sofridas pela antecipação do término do seu contrato). A segunda hipótese também resultará em uma pesada responsabilidade para o Município de São Paulo - tudo recomendando que o processo siga o contraditório regular, sem antecipação de tutela.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon e Nancy Andrichi. Convocado o Sr. Ministro Herman Benjamin para compor quórum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 18 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 14.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo ataca a seguinte decisão, *in verbis*:

1. Os autos dão conta de que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra o Prefeito do Município de São Paulo e outros, alegando a nulidade do Contrato n. 34/SVMA/95 e seus aditivos, firmado com a empresa Controlar S/A, cujo objeto diz respeito à implantação e execução do Programa de Inspeção e Manutenção de Veículo em Uso do Município de São Paulo (fl. 210-743).

O MM. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública, Dr. Domingos de Siqueira Frascino - *sem ouvir o Município de São Paulo* - antecipou a tutela para,

(a) reconhecendo a nulidade do aludido contrato, determinar a respectiva rescisão tão-logo adjudicado o serviço a quem vencer a nova licitação, a ser instaurada no prazo de noventa dias; e

(b) proclamar indisponíveis os bens “de todos os réus” (fl. 208).

A decisão deu conta de que “o contrato, firmado em 4 de janeiro de 1996, com prazo de duração de dez anos, acabou por não ser executado, e veio a ser suspenso administrativamente”, depois que a licitante que adjudicou o serviço foi declarada, por provimento judicial, inidônea para contratar com o Poder Público - declaração que resultou do fato de que ela não tinha os imóveis exigidos pelo edital (num total de 50.000.00 m²), destinados a instalação dos centros de verificação. Não obstante isso, já na gestão do Prefeito Gilberto Kassab, a decisão que suspendera a execução do contrato foi revogada, sem embargo de que a situação reclamasse “sua rescisão”, tal como recomendado pelo Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos, o qual ainda alvittrara a conveniência de a Secretaria do Meio Ambiente “verificar se persistiam as qualificações técnicas e econômico-financeiras exigidas para a execução do contrato”. Nenhuma coisa nem outra, circunstâncias agravadas pelo fato de que a contratada teve repassado o controle acionário sem que a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiras dos novos controladores fossem previamente aprovados - e sabido que o capital social tinha sido desfalcado nessa operação. A final, a execução do contrato iniciou no ano de 2008, tendo entre 5 de maio e 29 de outubro,

o Município de São Paulo pago R\$ 937.033,63 (novecentos e trinta e sete mil, trinta e três reais e sessenta e três centavos), a despeito de o contrato prever “remuneração exclusiva a cargo dos proprietários dos veículos inspecionados”. Sob outra forma, essa transferência de recursos públicos prossegue até os dias atuais, “porque as despesas de acesso à Prodesp, detentora do banco de dados do Detran-SP (...) são arcadas pela Fazenda Municipal”, ao arripio do que previa o edital de licitação (fl. 203-209).

2. Seguiu-se pedido de suspensão, o qual foi indeferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador José Roberto Bedran, destacando-se da decisão os seguintes trechos:

A r. decisão atacada inicialmente reconheceu que a inspeção veicular é uma atividade de poder de polícia precedida de atos materiais, que podem ser praticados por particulares, por meio de um contrato de prestação, visto tratar-se de uma atividade impessoal, objetiva, precisa por excelência, pouco importando que os equipamentos empregados pertençam ou sejam geridos por particulares.

Porém, apontou inúmeras irregularidades, de forma a justificar a liminar, nos seguintes termos:

a) ausência, nos quadros da empresa vencedora ou de suas sócias, a quem foi adjudicado o contrato, de responsável técnico, com experiência em exames de controle ambiental, em frota compatível com o da capital, nos termos do item 10.2 do edital, o que justificaria a rescisão do contrato, que mesmo, assim, foi mantido pelo Prefeito Municipal;

b) que a Municipalidade cedeu imóveis públicos para que fossem instalados os centros de verificação, ao invés de se limitar a acompanhar e fiscalizar a construção e implementação dos centros de inspeção, nos termos da Cláusula III, 1, do Contrato 34 SVMA/1995, isto pelo fato de a Controlar S.A. não possuir imóveis neste Município para instalar os referidos centros, apesar de o edital assinalar, no seu item 10.4.4, a necessidade de os interessados possuírem 50.000 m² (cinquenta mil metros quadrados) em terrenos no Município, o que foi objeto de demanda judicial, que em grau de recurso estabeleceu como ilícito e declarou a inidoneidade da mencionada empresa em contratar com o Poder Público, sendo suspenso administrativamente o contrato firmado em 4 de janeiro de 1996, com prazo de duração de dez anos, não havendo fiscalização da qualificação econômico-financeira;

c) que foi aditado o contrato, com validade retroativa, para imposição de multa aos proprietários de veículos em caso de não procederem à inspeção, o que causou danos econômicos expressivos;

d) que a Controlar S.A. recebeu da Prefeitura o valor de R\$ 937.033,63 (novecentos e trinta e sete mil, trinta e três reais e sessenta e três centavos)

pela inspeção de 18.707 veículos no período de 5.5.2008 a 29.10.2008, apesar de ter sido vedado a esta qualquer pagamento;

e) que a Fazenda Municipal arca com as despesas de acesso ao Prodesp, detentora do banco de dados do Detran-SP, mas que deveriam ser suportadas pela Controlar, conforme item 20.1.2 do Edital.

Diante disso, o magistrado, sem suspender a prestação do serviço, por significar relevante instrumento de controle de poluição ambiente, com evidentes prejuízos à saúde de todos os que circulam por este Município, e com significativos ganhos de eficiência no consumo de combustíveis, e sem afastar os servidores públicos requeridos, cujos bens, e dos demais réus, porém, tornou indisponíveis, considerando que o cumprimento integral do contrato constitui uma temeridade, por serem muito graves os vícios acima elencados, daí merecer o reconhecimento da nulidade da manutenção e execução do Contrato 34/SVMA/95, e respectivos aditivos, determinou que a Municipalidade deverá promover a abertura de nova licitação para tal objeto no prazo de noventa dias, e escolhida por tal meio a empresa vencedora, tratar de rescindir o contrato em comento, tão logo a empresa vencedora se encontre apta a executar o objeto (fl. 114-117).

Não há risco do efeito multiplicador, pois a decisão manteve hígidas a necessidade e a realização do exame veicular, bem como a composição tarifária, não possibilitando o ajuizamento de múltiplos pedidos de restituição das tarifas pagas.

A suspensão do serviço, aí, sim, é que poderia ensejar grave dano à ordem administrativa e à saúde pública, o que não ocorreu, justificando, o magistrado, ter deixado de dar vista à Municipalidade previamente à decisão liminar, por não haver determinado a imediata paralisação do serviço.

O mais invocado, inclusive a alegação de decisão "*extra petita*", refoge do âmbito político-administrativo da presente medida, devendo ser suscitado e decidido na via recursal competente e adequada.

Inexiste, assim, a condição necessária de risco de grave dano a autorizar a intervenção da Presidência do Tribunal de Justiça (fl. 118-119).

3. Aguardando o julgamento do agravo regimental que interpôs contra essa decisão, o Município de São Paulo renovou o pedido de suspensão, agora perante o Superior Tribunal de Justiça, sustentando a existência de grave lesão à ordem, saúde e economia públicas (fl. 01-109).

A teor da inicial:

(...) a medida judicial causará gravíssimas lesões à ordem pública, lesões evidentes consubstanciadas:

(i) no encerramento inconsequente e prematuro do Contrato Administrativo de Concessão registrado sob o n. 34/SVMA/95 (doc. 05), instrumento que possibilitou a implantação da imprescindível inspeção veicular na cidade de São Paulo e, por consequência, o controle da maior frota municipal de veículos do país;

(ii) na expectativa negativa da concessionária quanto aos seus direitos e principalmente às suas obrigações, considerando os investimentos realizados desde o início da execução contratual (centros de inspeção, tecnologia, recursos humanos, etc.);

(iii) no bloqueio dos investimentos necessários à manutenção dos serviços da inspeção veicular, considerando (a) a fase em que se encontra a execução do Contrato n. 35/SVMA/95 (dados presentes na petição inicial ajuizada pelo MP-SP) e (b) o bloqueio integral do patrimônio da concessionária, tal como determinado pelo despacho que se quer suspender;

(iv) na interferência inconstitucional e ilegal do Judiciário nos assuntos da Administração;

(v) no sentimento geral (opinião pública) criado de que a Municipalidade paulistana está a promover mal feito que busca, sob o pálio de nobre bandeira social (proteção do meio-ambiente), o enriquecimento de empresários antes mesmo de análise criteriosa da verdade originada da síntese processual após contraditório e a dialética na realização de provas;

(vi) no descrédito do Programa de Inspeção Veicular paulistano que se tornou referência modelo no Brasil, considerando que a Portaria Municipal n. 147/SVMA/09 (doc. 06) antecede e embasa a Resolução Conama n. 418/09 (doc. 07) e Instrução Normativa n. 6/10 - Ibama (doc. 08), parâmetros normativos nacionais;

(vii) no questionamento da sociedade quanto ao andamento de Programa de Inspeção Veicular urgente e imprescindível, questão de saúde pública, para a cidade de São Paulo (doc. 09);

(viii) no desprestígio do próprio Poder Judiciário concernente à negação da coisa julgada dos comandos judiciais presentes:

(a) no acórdão do TJ-SP sob o n. 9089275-41.1999.8.26.0000 (antigos n. 994.99.044395-2 e n. 105.423-5/4-00), proferido pela 5ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Cuba dos Santos (doc. 10) e

(b) no acórdão STJ REsp sob n. 466.286-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, considerando que as decisões prescreveram caber à Administração a razoabilidade e proporcionalidade das medidas cujo conteúdo peçam discricionariedade quando defronte a duas ou mais alternativas defensáveis materialmente e sustentáveis juridicamente (doc. 11) - fl. 04-05.

4. A decisão que concede a medida liminar ou a que defere a antecipação de tutela, têm presentes apenas o direito invocado na petição inicial. Nem sempre esses provimentos judiciais são confirmados pela sentença final, e por isso acarretam o risco de, dependendo da natureza da tutela deferida (às vezes de natureza satisfativa), produzir o efeito que visavam evitar, como seja, a lesão de direito - neste caso, da contraparte. Se esta é o Estado, o dano resultante afeta o interesse público.

O ordenamento jurídico convive com essa possibilidade no pressuposto de que estatisticamente o custo social será compensado pelos demais casos em que, sem a medida liminar ou a antecipação da tutela, o reconhecimento do direito tardaria. Mas, quando os valores atingidos por essas decisões precárias são de tal monta que possam acarretar danos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Poder Público pode pedir ao Presidente do Tribunal a suspensão dos respectivos efeitos. Aí o interesse público se sobrepõe ao direito não reconhecido definitivamente.

Quem faz por deferir ou indeferir esse pedido é um juiz, mas no exercício de atividade cautelar atípica, porque inspirada em razões de ordem política. Um dos Poderes do Estado, o Judiciário, por meio de órgãos seus, o Presidente do Tribunal, ou o Plenário deste (= Órgão Especial) quando o deferimento do pedido de suspensão é atacado por agravo, delibera sobre a conveniência - juízo político - de garantir o direito antes de proclamá-lo em jurisdição exauriente, tendo presente o interesse público; não o interesse de quem governa, ou o interesse público visto pelo prisma de quem está no governo, mas o interesse público reconhecido por outro Poder, o Judiciário, independente e imparcial.

Evidentemente o instituto da suspensão não constitui um meio de retardar o cumprimento de decisões judiciais. O pedido que dele se vale só pode ser deferido depois de um juízo mínimo sob o prisma da legalidade. A decisão *in litis* que, fora de toda dúvida, será confirmada por sentença definitiva não está sujeita ao juízo político do instituto da suspensão.

5. Os interesses que o art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437, de 1992, visa tutelar supõem, na maior parte dos casos, situações de urgência. A lei não teria sido inteligente se subordinasse a renovação do pedido de suspensão ao julgamento do agravo, sob pena de não alcançar a finalidade perseguida. Por isso, instituiu norma expressa no sentido de que a interposição do agravo de instrumento não condiciona o julgamento do pedido de suspensão (art. 4º, § 6º). A lógica do sistema é a de que o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada podem perseguir, independentemente do recurso judicial próprio, a suspensão da eficácia de decisão ou sentença que possam lesar a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas, na medida em que for necessária para a efetividade da tutela prevista no art. 4º, § 4º, da Lei n. 8.437, de 1992. A tutela não seria efetiva se estivesse condicionada a recursos cujos julgamentos ordinariamente vão além

dos prazos previstos em lei. O novo pedido de suspensão pode ser, portanto, examinado sempre que o julgamento do agravo atrase ou não possa ser realizado a tempo de evitar a lesão ao interesse público - circunstância, a última, alegada pelo Município de São Paulo, *in verbis*:

Como pode ser visto da tela de andamento do pedido de suspensão negado, tal como expedida pelo TJ-SP, após aquela decisão a Municipalidade apresentou, aos 14 de dezembro do corrente, seu Agravo interno, regimental, como determina o § 3º, art. 4º, da Lei n. 8.437/1992.

Ocorre, porém, que o recurso dirigido ao Colegiado, Órgão Especial do TJ-SP n. 1.933/11, pois os magistrados estarão de férias.

Observe-se que as sessões do Órgão Especial (25 Desembargadores) ocorrem todas as quartas-feiras da semana, a partir das 13:00, como previsto no Regimento Interno:

Art. 163 - Na primeira quinzena dos meses de fevereiro e de agosto de cada ano, a Secretaria fará publicar no órgão oficial:

I - relação dos feriados do semestre anterior ou dos dias em que não houver expediente;

II - composição dos órgãos colegiados e relação dos ocupantes dos cargos de direção e de cúpula;

III - dias da semana em que se realizam as sessões ordinárias dos órgãos judicantes e respectivas salas de julgamento;

IV - dias de distribuição de feitos e locais da realização.

Desse modo, observando que o recesso do Judiciário Paulista inicia-se no dia 20 de dezembro do corrente (terça-feira), o Órgão Especial não mais se reunirá para deliberar sobre qualquer assunto até fevereiro de 2012 (observe-se o que diz o art. 163 do Regimento Interno TJ-SP, *supra* transcrito) - fl. 05-06.

Ora, a só circunstância de que há um prazo em curso, de noventa dias, para a abertura da licitação determinada pela decisão judicial é suficiente para caracterizar a urgência do pedido; a cada dia, esse prazo é menor.

6. A petição inicial da ação civil pública tem mais de 500 (quinhentos) páginas, narra fatos complexos e deles extrai consequências - consubstanciadas nos pedidos - que, só eles, demandaram 10 (dez) páginas.

O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido de que Gilberto Kassab fosse afastado do cargo de Prefeito Municipal, mas antecipou a tutela para declarar a nulidade do contrato e a indisponibilidade dos bens de "todos os réus" (inclusive os do Município de São Paulo?).

Um juízo mínimo a respeito dessa decisão pode concluir que a decisão judicial afrontou uma norma jurídica (L. n. 8.437/1992, art. 2º) e ignorou outras duas (L. n. 8.437/1992, art. 1º, § 3º c.c. L. n. 9.494/1997, art. 1º; CPC, art. 273, § 2º).

A decisão judicial foi proferida sem que o representante judicial do Município de São Paulo fosse ouvido, assim justificando-se: “Outrossim, deixo de abrir vista à Municipalidade previamente a esta decisão, pois por ela deixei de determinar a suspensão do serviço público ora examinado, e por consequência afastar a política pública desenvolvida por esta” (fl. 209). *Data venia*, a política pública não está (nunca esteve) na alçada do Judiciário, e o MM. Juiz de Direito, no que dizia respeito a sua competência, decidiu contra a pessoa de direito público que deveria ter sido previamente ouvida (“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar *no prazo de setenta e duas horas*” - L. n. 8.437/1992, art. 2º).

Declarando a nulidade do contrato, o MM. Juiz de Direito esgotou em parte o objeto do processo, de maneira irreversível. A antecipação do efeito da nulidade de um contrato é permanente, ainda que este vício seja reconhecido por uma decisão liminar, de natureza provisória. Com maior razão, quando essa decisão assina prazo para que o objeto do contrato nulo seja posto em nova licitação. A antecipação de tutela não pode esgotar o objeto do processo (“Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”; outro tanto em relação à “antecipação de tutela”, L. n. 9.494/1997, art. 1º) - nem pode ser irreversível (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, CPC, art. 273, § 2º).

7. Sob o viés do juízo político, a decisão *sub judice* pode causar grave lesão ao interesse público. Imaginem-se estes dois cenários: no primeiro, a ação civil pública é julgada procedente; no segundo, ela é julgada improcedente. Bem sucedida que seja a ação civil pública, o reconhecimento da nulidade do contrato não exaure a relação entre as partes - o ajuste é bilateral, e o Município de São Paulo terá concorrido para o vício, podendo responder na medida de sua participação no ilícito (presumivelmente a atual concessionária fez investimentos para fazer frente as suas obrigações do contrato). *Quid*, se a ação civil pública for mal sucedida? A atual concessionária voltará a prestar os serviços que adjudicou na primeira licitação? Ou eles seguirão sendo prestados pela nova concessionária? A primeira hipótese será o pior dos mundos, porque o Município de São Paulo terá de indenizar ambas (uma pelo tempo em que deixou de prestar o serviço, a outra pelas perdas sofridas pela antecipação do término do seu contrato). A segunda hipótese também resultará em uma pesada responsabilidade para o Município de São Paulo.

Nesse contexto, e não sendo possível mensurar o que é mais deletério às finanças do Município de São Paulo, se a execução do contrato ou a declaração de

sua nulidade, tudo recomenda que o processo siga o contraditório regular, sem antecipação de tutela.

Defiro, por isso, o pedido de suspensão (fl. 1.032-1.040).

As razões do agravo regimental se desdobram nos seguintes pontos:

(a) Incompetência do Superior Tribunal de Justiça

(...) a ação de improbidade interposta desdobra-se em pedido incidental de declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 11.733/1995, a qual ferindo os dispositivos dos artigos 145, inciso II, 150, inciso I, e 175, da Constituição Federal, autorizou delegação por concessão ao particular de poder de polícia, bem assim determinou a cobrança através de tarifa, quando o previsto é taxa (fl. 1.103).

Desta forma, se a matéria constitucional de fundo prevalece, é certo que na exegética recursal sobressai o cabimento, *oportuno tempore*, de eventual recurso extraordinário, de competência do E. Supremo Tribunal Federal.

Se é assim, condicionante também da matéria a ser apreciada em sede de antecipação de tutela para verificar a suspensão ou continuidade do Contrato n. 34/SVMA/95, é a matéria de ordem constitucional, cabendo também sua apreciação na avaliação dos requisitos exigidos pela Lei n. 8.437/1992 (fl. 1.104).

(b) Ausência de exaurimento da instância ordinária

Em relação a medida de suspensão interposta no Tribunal de Justiça de São Paulo, o Eminentíssimo Desembargador Presidente negou a suspensão.

(...)

Dessa decisão, o Município de São Paulo interpôs agravo regimental a ser apreciado pelo Colegiado do Tribunal de Justiça de São Paulo (fl. 1.106).

(c) Perda de objeto face à medida liminar deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de agravo de instrumento

O Requerente - Município de São Paulo, com o respeito devido, obrou com má-fé, omitindo perante o Superior Tribunal de Justiça que havia também interposto, pelas vias ordinárias, o agravo de instrumento perante uma das Câmaras do Tribunal de Justiça, com pedido de liminar, juízo naturalmente competente para apreciar a matéria (...)

(...) o agravo de instrumento foi distribuído à 2ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, onde a nobre Desembargadora relatora, concedeu liminarmente a suspensão da determinação de uma nova licitação em 90 dias.

Assim sendo, a medida interposta neste E. Superior Tribunal de Justiça não somente perdeu o objeto, porque a liminar suspensa já não persiste por força de decisão em recurso interposto pelas vias ordinárias, ou seja, o agravo de instrumento, como também os fatos revelam a ausência de pressuposto de procedibilidade da medida, já que quando interposta não havia se esgotado a via recursal. Em suma: havia remédio processual eficaz, exatamente o referido agravo de instrumento adrede interposto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e cuja liminar fora concedida, não se justificando pois, o tumultuário manejo da medida excepcional no Superior Tribunal de Justiça, quebrando o princípio da irrecurribilidade das decisões (fl. 1.107-1.108).

(d) Mérito do pedido de suspensão

(...) se o raciocínio desenvolvido quanto a dúvida em relação ao prejuízo maior em caso de nova licitação possa até se sustentar, é certo que diante do afastamento dessa medida, sobra amplo espaço de atuação jurisdicional para a suspensão incondicional do Contrato n. 34/SVMA/95, seja em razão dos vícios de inconstitucionalidade da Lei n. 11.733/1995, seja em razão dos atos de improbidade que tornam nulos os atos administrativos como demonstrado na inicial.

Sob tal aspecto não resta dúvida, em caso de manutenção do contrato diante de tais vícios, os prejuízos, que inicialmente já estão orçados na inicial superiores a R\$ 1 bilhão de reais, certamente atingirão cifras inatingíveis, não podendo, com o respeito devido, o Poder Judiciário impor tal ônus aos cidadãos de São Paulo (fl. 1.110).

(e) Bloqueio de bens dos demais réus

(...) estando o mérito circunscrito pela determinação de uma nova licitação, não se ventilando a hipótese de que a decisão liminar tenha liberado o bloqueio de bens dos demais réus, mesmo porque os do Município não foram bloqueados, mesmo porque os fundamentos do bloqueio de bens em primeiro grau foram o ressarcimento também ao erário municipal, e a garantia do pagamento da multa prevista pela Lei n. 8.429/1992 (LIA) pelos demais réus, não há razão para refutá-lo sob essa ótica.

(...)

O bloqueio de bens determinado em primeiro grau não incluiu o Município de São Paulo, a favor de quem o Ministério Público, em razão da legitimidade concorrente, pleiteia indenização.

Ademais, ainda que assim não fosse, ainda que eventualmente se considerasse bloqueados os bens municipais, ainda assim, o alcance liminar de desbloqueio não ultrapassaria a parte requerente - o Município de São Paulo, tendo em vista a não extensão dos efeitos da decisão liminar aos demais réus nesta via excepcional e de restrito alcance material.

Desse modo, caso se entenda que a liminar atingiu também a parte do bloqueio de bens dos demais réus na ação, é caso de ser revista, ajustando-a aos limites do pedido (fl. 1.111-1.112).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator):

(a) *Incompetência do Superior Tribunal de Justiça*

A matéria controvertida, embora esteja relacionada a leis e decretos municipais que instituíram e regulamentaram o Programa de Inspeção e Manutenção de Veículo em Uso do Município de São Paulo, diz respeito essencialmente à legalidade da licitação e do respectivo contrato, e, portanto, sujeita à alçada do Superior Tribunal de Justiça.

(b) *Ausência de exaurimento da instância ordinária*

Os interesses que o art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437, de 1992, visa tutelar supõem, na maior parte dos casos, situações de urgência. A lei não teria sido inteligente se subordinasse a renovação do pedido de suspensão ao julgamento do agravo, sob pena de não alcançar a finalidade perseguida. Por isso, instituiu norma expressa no sentido de que a interposição do agravo de instrumento não condiciona o julgamento do pedido de suspensão (art. 4º, § 6º).

A lógica do sistema é a de que o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público interessada podem perseguir, independentemente do recurso judicial próprio, a suspensão da eficácia de decisão ou sentença que possam lesar a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas, na medida em que for necessária para a efetividade da tutela prevista no art. 4º, § 4º, da Lei n. 8.437, de 1992.

A tutela não seria efetiva se estivesse condicionada a recursos cujos julgamentos ordinariamente vão além dos prazos previstos em lei. O novo pedido de suspensão pode ser, portanto, examinado sempre que o julgamento do agravo atrase ou não possa ser realizado a tempo de evitar a lesão ao interesse público - circunstância, a última, alegada pelo Município de São Paulo.

A só circunstância de que havia um prazo em curso, de noventa dias, para a abertura da licitação determinada pela decisão judicial mostrou-se suficiente para caracterizar a urgência do pedido.

(c) *Perda de objeto face à medida liminar deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de agravo de instrumento*

À época do requerimento de suspensão, não havia decisão no agravo de instrumento. Agora, há uma medida liminar, mas o recurso ainda não foi julgado. A medida liminar tem natureza precária e provisória, de modo que não há como possa ter havido perda de objeto no caso.

Obiter dictum, a decisão que defere o pedido de suspensão não fica prejudicada pelo julgamento posterior do agravo de instrumento. São institutos diversos, um voltado à tutela de interesses públicos, outro restrito ao exame da legalidade do ato impugnado.

(d) *Mérito do pedido de suspensão*

A decisão que concede a medida liminar ou a que defere a antecipação de tutela, têm presentes apenas o direito invocado na petição inicial. Nem sempre esses provimentos judiciais são confirmados pela sentença final, e por isso acarretam o risco de, dependendo da natureza da tutela deferida (*às vezes de natureza satisfativa*), produzir o efeito que visavam evitar, como seja, a lesão de direito - neste caso, da contraparte. Se esta é o Estado, o dano resultante afeta o interesse público.

O ordenamento jurídico convive com essa possibilidade no pressuposto de que estatisticamente o custo social será compensado pelos demais casos em que, sem a medida liminar ou a antecipação da tutela, o reconhecimento do direito tardaria. Mas, quando os valores atingidos por essas decisões precárias são de tal monta que possam acarretar danos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Poder Público pode pedir ao Presidente do Tribunal a suspensão dos respectivos efeitos. Aí o interesse público se sobrepõe ao direito não reconhecido definitivamente.

Quem faz por deferir ou indeferir esse pedido é um juiz, mas no exercício de atividade cautelar atípica, porque inspirada em razões de ordem política. Um dos Poderes do Estado, o Judiciário, por meio de órgãos seus, o Presidente do Tribunal, ou o Plenário deste (= *Órgão Especial*) quando o deferimento do pedido de suspensão é atacado por agravo, delibera sobre a conveniência - juízo político - de garantir o direito antes de proclamá-lo em jurisdição exauriente, tendo presente o interesse público; não o interesse de quem governa, ou o

interesse público visto pelo prisma de quem está no governo, mas o interesse público reconhecido por outro Poder, o Judiciário, independente e imparcial.

Evidentemente o instituto da suspensão não constitui um meio de retardar o cumprimento de decisões judiciais. O pedido que dele se vale só pode ser deferido depois de um juízo mínimo sob o prisma da legalidade. A decisão *initio litis* que, fora de toda dúvida, será confirmada por sentença definitiva não está sujeita ao juízo político do instituto da suspensão.

A petição inicial da ação civil pública tem mais de 500 (quinhentos) páginas, narra fatos complexos e deles extrai consequências - consubstanciadas nos pedidos - que, só eles, demandaram 10 (dez) páginas.

O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido de que Gilberto Kassab fosse afastado do cargo de Prefeito Municipal, mas antecipou a tutela para declarar a nulidade do contrato e a indisponibilidade dos bens de “todos os réus” (inclusive os do Município de São Paulo?).

Um juízo mínimo a respeito dessa decisão pode concluir que a decisão judicial afrontou uma norma jurídica (L. n. 8.437/1992, art. 2º) e ignorou outras duas (L. n. 8.437/1992, art. 1º, § 3º c.c. L. n. 9.494/1997, art. 1º; CPC, art. 273, § 2º).

A decisão judicial foi proferida sem que o representante judicial do Município de São Paulo fosse ouvido, assim justificando-se: “Outrossim, deixo de abrir vista à Municipalidade previamente a esta decisão, pois por ela deixei de determinar a suspensão do serviço público ora examinado, e por consequência afastar a política pública desenvolvida por esta” (fl. 209).

Data venia, a política pública não está (*nunca esteve*) na alçada do Judiciário, e o MM. Juiz de Direito, no que dizia respeito a sua competência, decidiu contra a pessoa de direito público que deveria ter sido previamente ouvida (“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar *no prazo de setenta e duas horas*” - L. n. 8.437/1992, art. 2º).

Declarando a nulidade do contrato, o MM. Juiz de Direito esgotou em parte o objeto do processo, de maneira irreversível. A antecipação do efeito da nulidade de um contrato é permanente, ainda que este vício seja reconhecido por uma decisão liminar, de natureza provisória.

Com maior razão, quando essa decisão assina prazo para que o objeto do contrato nulo seja posto em nova licitação. A antecipação de tutela não pode esgotar o objeto do processo (“Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”; outro tanto em relação à “antecipação de tutela”, L. n. 9.494/1997, art. 1º) - nem pode ser irreversível (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, CPC, art. 273, § 2º).

Sob o viés do juízo político, a decisão *sub judice* pode causar grave lesão ao interesse público. Imaginem-se estes dois cenários: no primeiro, a ação civil pública é julgada procedente; no segundo, ela é julgada improcedente. Bem sucedida que seja a ação civil pública, o reconhecimento da nulidade do contrato não exaure a relação entre as partes - o ajuste é bilateral, e o Município de São Paulo terá concorrido para o vício, podendo responder na medida de sua participação no ilícito (*presumivelmente a atual concessionária fez investimentos para fazer frente as suas obrigações do contrato*).

Quid, se a ação civil pública for mal sucedida? A atual concessionária voltará a prestar os serviços que adjudicou na primeira licitação? Ou eles seguirão sendo prestados pela nova concessionária? A primeira hipótese será o pior dos mundos, porque o Município de São Paulo terá de indenizar ambas (*uma pelo tempo em que deixou de prestar o serviço, a outra pelas perdas sofridas pela antecipação do término do seu contrato*). A segunda hipótese também resultará em uma pesada responsabilidade para o Município de São Paulo.

Nesse contexto, e não sendo possível mensurar o que é mais deletério às finanças do Município de São Paulo, se a execução do contrato ou a declaração de sua nulidade, tudo recomenda que o processo siga o contraditório regular, sem antecipação de tutela.

(e) *Bloqueio de bens dos demais réus*

O dispositivo da decisão limitou-se a deferir o que havia sido requerido, como seja, a suspensão dos efeitos da decisão no que dizia respeito ao Município de São Paulo e a seu Prefeito. A decisão não alcança, por óbvio, o bloqueio de bens dos demais réus na ação civil pública.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.473-PR
(2011/0282848-9)**

Relator: Ministro Presidente do STJ

Agravante: União

Agravado: Ministério Público Federal

Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n.
50044384920114040000 do Tribunal Regional Federal da 4a
Região

Interessado: Estado do Paraná

Procurador: Daniela de Souza Gonçalves e outro(s)

EMENTA

Pedido de suspensão de medida liminar e de sentença. Desativação de delegacia federal e determinação de custódia em presídio estadual. Ofensa à ordem pública. A caneta do juiz não é mágica a ponto de criar vagas em estabelecimentos prisionais. O deficit nesse âmbito é crônico em quase todo o país, e cabe à Administração Pública resolvê-lo. Agravo regimental não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Arnaldo Esteves Lima. Convocado o Sr. Ministro Raul Araújo para compor quórum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 16 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 8.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a seguinte decisão:

1. Trata-se de embargos de declaração opostos contra a decisão de fl. 239-243, que deferiu o pedido de suspensão à base da seguinte fundamentação:

Há dois interesses públicos contrapostos na espécie. De um lado, o interesse da sociedade na persecução penal. De outro, o interesse da mesma sociedade em que a dignidade dos presos não seja afrontada. *Quid*, se a Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu II está superlotada? A caneta do juiz não é mágica, a ponto de criar vagas em estabelecimentos prisionais. O *deficit* nesse âmbito é crônico em quase todo o país, e cabe à Administração Pública resolvê-lo. A solução, adotada no caso, como seja, de desativar a custódia na Delegacia Federal de Foz do Iguaçu pode sanar um problema, mas cria outro. Não parece, outrossim, que um juiz federal possa impor preferência para os detentos sujeitos a sua jurisdição em detrimento daqueles réus condenados na justiça estadual, num contexto em que o Estado do Paraná cumpriu sua parte, e a União deixou de fazê-lo. A dificuldade resultante dessa situação será melhor resolvida, individualizadamente, pelo juiz criminal, federal ou estadual, competente para a execução penal, tal como decidido pela MM. Juíza Federal Luciana da Veiga Oliveira.

A teor das razões, *in verbis*:

Conforme se verifica, não só na sentença, mas também nos meios de comunicação (basta uma rápida pesquisa no Google) verifica-se que a União e o Estado do Paraná, em parceria, vem atuando de forma a solucionar a questão.

(...)

Existem fatos, posteriores àqueles exibidos na petição inicial do pedido de suspensão que demonstram que a União vem atuando em conjunto com o Estado do Paraná no sentido de resolver a situação dos presos que se encontram não só na carceragem da Polícia Federal de Foz do Iguaçu, como também de delegacias estaduais.

A decisão proferida na presente suspensão, portanto, sem o conhecimento dos fatos supervenientes ao pedido, pode gerar uma descontinuidade no processo de solução do problema, considerando que a União vem repassando verbas para melhorar e ampliar vagas no sistema prisional visando também o atendimento àqueles que forem presos pela Polícia Federal.

(...)

Assim, considerando os fatos supervenientes que demonstram a solução conjunta por parte da Administração Pública Federal e Estadual, bem como a possibilidade da decisão ora embargada afetar a condução da solução do problema, a União vem requerer o provimento dos presentes embargos, conferindo a eles efeito infringente (fl. 268-280).

2. Os embargos de declaração supõem omissão, contradição ou obscuridade, nenhum desses defeitos presente no julgado.

No pedido de suspensão, não há dilação probatória que permita o exame da alegada parceria entre a União e a Estado do Paraná, bem assim a apuração de eventual responsabilidade de quem alegadamente vem descumprindo o ajuste.

Rejeito, por isso, os embargos de declaração (fl. 368-369).

A teor das razões, *in verbis*:

Conforme explicitado pelo Exmo. Min. Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no pedido de suspensão “não há dilação probatória que permita o exame da alegada parceria entre a União e a Estado do Paraná, bem assim a apuração de eventual responsabilidade de quem alegadamente vem descumprindo o ajuste”.

Ocorre que na decisão monocrática que deferiu o pedido de suspensão da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região expressamente se entendeu que a União não vinha cumprindo com a sua parte quanto a questão da superlotação das cadeias.

Diante dessa premissa, equivocada, registre-se, a União opôs embargos de declaração, justamente visando esclarecer que: a) vinha sim cumprindo sua parte; b) os fatos mudaram desde o protocolo do pedido de suspensão no STJ, já que surgiram 256 novas vagas na Penitenciária de Foz do Iguaçu no início deste ano justamente em virtude da parceria do Estado com a União.

Ora, apesar de entender que o pedido de suspensão de liminar e de sentença deve-se verificar apenas se a decisão proferida gera grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, sem proferir decisão de mérito, é inevitável que se analise sim os fatos novos que podem justamente evitar que a própria decisão proferida pelo Presidente do Tribunal gere uma grave lesão.

Até porque quando da análise do pedido de suspensão elaborado pelo Estado do Paraná foram verificados os documentos por ele juntados e os dados por ele

apresentados, sendo certo que impedir que seja dado o mesmo tratamento ao recurso da União, que diretamente sofre com os efeitos da decisão proferida, implica em violação da ampla defesa e do contraditório.

Dessa forma, com as considerações *supra*, passaremos a demonstrar a grave lesão que o deferimento do pedido de suspensão vem acarretando:

Nas dependências da Polícia Federal em Foz do Iguaçu, conforme restou demonstrado, estão amontoados cerca de 100 presos (o que equivale a sete vezes a capacidade originária, de 14 prisioneiros!), dentre eles inclusive réus já definitivamente condenados e que não estão sendo transferidos para a Penitenciária.

De acordo com a petição inicial do pedido de suspensão, na Unidade Penal de Foz do Iguaçu, nas celas de convívio, que teriam capacidade para 860 homens havia 921 no mês de novembro de 2011.

Ora, a superlotação da cadeira de Foz do Iguaçu está sendo alardeada pelo Estado porque está com 7% a mais da sua capacidade inicial, quando na Polícia Federal há 14 vezes mais presos do que a capacidade da delegacia.

As fotos que instruem a petição inicial do pedido de suspensão mostram os presos da Unidade Penal Estadual dormindo em colchões, sem cama. Nos documentos juntados pela União com os embargos de declaração e elaborado pela Polícia Federal em Foz do Iguaçu consta a seguinte informação: “os homens não podem mais ser recolhidos para as suas celas no período noturno, pois não existe espaço suficiente para que permaneçam deitados a fim de exercer o descanso noturno, com isto os presos do sexo masculino dormem no pátio de sua ala, comprometendo a segurança desta Unidade”.

Parece claro, portanto, que impedir a transferência de presos da Polícia Federal para a Unidade Prisional de Foz do Iguaçu é que importa uma grave lesão à ordem administrativa e à ordem pública.

Não há que se falar que a decisão monocrática não impede a transferência dos presos, já que teria permitido que a situação fosse individualmente resolvida pelo juiz federal criminal ou estadual competente para a execução pena.

Conforme se extrai da própria sentença proferida nos autos e transcrita nos embargos de declaração, o Estado do Paraná não tem cumprido o “compromisso assumido em audiência e diante da notícia a respeito da aquisição de 355 camas para a Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu, obter resposta junto à Vara de Execuções Penais com a finalidade de realocar ou aumentar o número de presos da Justiça Federal nas unidades prisionais deste Município”.

A solução encontrada pelo juiz de primeiro grau para este problema está na aplicação do artigo 203, § 4º, da Lei n. 7.210/1984, qual seja, suspender a ajuda financeira destinada ao Estado para atender às despesas de execução das penas

e medidas de segurança, o que só aumentaria o caos no Município de Foz do Iguaçu.

Resta claro, portanto, que a Vara de Execuções Penais do Estado não vem aceitando receber os presos que estão custodiados na Delegacia da Polícia Federal em Foz do Iguaçu (onde constam inclusive réus já definitivamente condenados), mesmo com o incremento de vagas na Unidade Prisional.

A determinação para que cada juiz, federal ou estadual, analise como melhor resolver a situação tanto não vem solucionando o problema, já que não existe um conselho deliberativo para este mister.

Importa salientar, ainda, que nos termos do artigo 10 da Lei n. 11.761/2008, a inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima “será excepcional e por prazo determinado de 360 dias”, considerando as características do modelo estabelecido.

A União, conforme demonstrado inclusive na sua apelação não pretende eximir-se das suas responsabilidades, mas apenas pretende que os acordos e a Lei de Execuções Penais sejam cumpridas, de forma a evitar a grave lesão à ordem pública e à ordem jurídica.

Cumprir informar que o processo já foi sentenciado e o agravo de instrumento (cuja decisão liminar do relator gerou o pedido de suspensão no STJ) já foi julgado pelo colegiado após pedidos de vista e longa discussão sobre a matéria (fl. 377-388).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): Relevantes que sejam os argumentos da União, não são suficientes para afastar a circunstância de que a caneta do juiz não é mágica, a ponto de criar vagas em estabelecimentos prisionais. O *deficit* nesse âmbito é crônico em quase todo o país, e cabe à Administração Pública resolvê-lo. A solução, adotada no caso, como seja, de desativar a custódia na Delegacia Federal de Foz do Iguaçu pode sanar um problema, mas cria outro. Não parece, outrossim, que um juiz federal possa impor preferência para os detentos sujeitos a sua jurisdição em detrimento daqueles réus condenados na Justiça Estadual.

A existência de convênios entre a União e o Estado do Paraná, o que alegadamente demonstraria que a União vem cumprindo com suas obrigações, é questão que deve ser articulada na via própria, e nada foi dito a esse respeito na decisão impugnada.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.003.429-DF
(2010/0068865-1)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Agravante: Top Mall Administradora de Condomínios Ltda.

Advogados: Arnaldo Rocha Mundim Júnior e outro(s)

Marcelo Luiz Ávila de Bessa e outro(s)

Agravado: Roldão Rodrigues da Silva - espólio e outros

Advogado: Raul Queiroz Neves e outro(s)

Interessado: Anchieta Construcoes e Incorporacoes Ltda.

Advogado: Camile Brandão

EMENTA

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Intimação exclusiva. Pedido da parte. Meio próprio. Petição. Formulação no bojo de documento anexado à petição. Improriedade. Prejuízo. Inexistência. Validade da intimação. Agravo regimental desprovido.

I - O pedido de intimação exclusiva em nome de advogado deve ser formalizado em meio próprio, qual seja, petição escrita endereçada ao juízo.

II - A menção aposta exclusivamente em documento anexado à petição (substabelecimento) não possui o condão, *per se*, de gerar efeitos em relação ao juízo, eis que não lhe é dirigido.

III - Inexistindo prejuízo à parte, seja porque efetivada a intimação de procurador devidamente constituído ou porque eventual recurso extraordinário interposto estaria inevitavelmente fadado ao indeferimento liminar (por versar o v. acórdão recorrido apenas sobre requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência, matéria sobre a qual o e. STF já se manifestou carecedora de repercussão geral), não há que se falar em nulidade processual.

Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 23 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Felix Fisher, Relator

DJe 10.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto por *Top Mall Administradora de Condomínios Ltda.* contra decisão de fls. 1.975-1.977, assim fundamentada:

Inicialmente, consigno que não há, na petição de fl. 1.740, qualquer menção à publicação exclusiva. O pedido, segundo informa o próprio peticionário, encontra-se à fl. 1.741, ao final de um *instrumento de substabelecimento* que acompanhou a *petição* de fl. 1.740.

De fato, todo pedido formulado pela parte, seja diretamente ou por procurador constituído, deve ser realizado por meio de petição, que, segundo o escólio de **Maria Helena Diniz**, é o “requerimento escrito dirigido ao magistrado solicitando a execução de um ato forense” (*in* Dicionário Jurídico. 2ª ed., vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 671-672).

Sobre o mesmo vocábulo, ensina **De Plácido e Silva**: “No sentido geral, quer exprimir reclamação, pedido ou requerimento, formulado perante autoridade administrativa ou perante o Poder Público, expondo alguma pretensão, fazendo algum pedido ou apresentando alguma sugestão. Assim, na linguagem forense, sem fugir à significação originária, exprime a formulação escrita de pedido, fundado no direito da pessoa, feita perante o juiz competente ou que preside ao

feito” (*in* Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2010, p. 1.039).

Dessarte, petição é o meio processual de comunicação, formulado pela parte ou advogado e dirigido ao juiz que preside o feito. **Pontes de Miranda** já afirmava que petição “é toda declaração de vontade fundamentada, pela qual alguém se dirige ao juiz, para entrega de determinada prestação jurisdicional” (*apud* de Washington dos Santos, *in* Dicionário Jurídico Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 188).

Por sua vez, o *instrumento de substabelecimento* pode ser conceituado como o ato pelo qual o mandatário transfere ao substabelecido poderes que lhe foram anteriormente conferidos pelo mandante.

Nesses termos, a menção aposta única e exclusivamente no instrumento de substabelecimento, não possui o condão, por si só, de gerar efeitos em relação ao juízo, isso porque, conforme dito, não lhe é dirigido. Com efeito, o substabelecimento é um documento formulado pelo *mandatário* e dirigido ao *substabelecido*, na esfera civil.

Quanto à alegação de prejuízo, em virtude da ausência de intimação da decisão que não conheceu dos embargos de divergência, faço duas observações.

Primeiro, anoto a questão da desnecessidade de ratificação do apelo extraordinário aguarda julgamento perante a e. Suprema Corte, nos autos do agravo de instrumento interposto para esse fim.

Em segundo lugar, destaco que qualquer apelo extraordinário que porventura viesse a ser mais um vez interposto estaria fadado ao insucesso e teria seu seguimento negado liminarmente (conf. art. 543-A, § 5º, CPC), uma vez que estaria a desafiar a decisão que não conhecera dos embargos de divergência, por ausência de procuração outorgada à causídica subscritora do recurso, isto é, em situação que o próprio e. *Supremo Tribunal Federal* já declarou *carecedora de repercussão geral* (conf. RE n. 598.365-MG, Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 26.3.2010).

Ante o exposto, *indefiro* o pedido de fls. 1.940-1.948.

P. e l.

Opostos embargos de declaração às fls. 1.980-1.982, foram rejeitados.

Em suas razões, sustenta o agravante que “a menção no substabelecimento para que as publicações fossem feitas em nome do advogado Marcelo Luiz Ávila de Bessa, OAB-DF, deve ser suficiente para que tais atos assim ocorressem” (fl. 1.991).

Por manter a decisão, submeto o feito à e. *Corte Especial*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Em que pesem os argumentos expendidos pelos agravantes, não prospera o regimental.

Reafirmo que não há, na petição de fl. 1.740, qualquer menção ou solicitação de publicação exclusiva. O pedido, segundo informa o próprio agravante, encontra-se à fl. 1.741, ao final de um *instrumento de substabelecimento* que acompanhou a *petição* de fl. 1.740.

De fato, todo pedido formulado pela parte, seja diretamente ou por procurador constituído, deve ser realizado por meio de petição, que, segundo o escólio de **Maria Helena Diniz**, é o “requerimento escrito dirigido ao magistrado solicitando a execução de um ato forense” (*in Dicionário Jurídico*. 2ª ed., vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 671-672).

Sobre o mesmo vocábulo, ensina **De Plácido e Silva**: “No sentido geral, quer exprimir reclamação, pedido ou requerimento, formulado perante autoridade administrativa ou perante o Poder Público, expondo alguma pretensão, fazendo algum pedido ou apresentando alguma sugestão. Assim, na linguagem forense, sem fugir à significação originária, exprime a formulação escrita de pedido, fundado no direito da pessoa, feita perante o juiz competente ou que preside ao feito” (*in Vocabulário Jurídico / atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2010, p. 1.039).

Dessarte, petição é o meio processual de comunicação, formulado pela parte ou advogado e dirigido ao juiz que preside o feito. **Pontes de Miranda** já afirmava que petição “é toda declaração de vontade fundamentada, pela qual alguém se dirige ao juiz, para entrega de determinada prestação jurisdicional” (*apud* de Washington dos Santos, *in Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 188).

Por sua vez, o *instrumento de substabelecimento* pode ser conceituado como o ato pelo qual o mandatário transfere ao substabelecido poderes que lhe foram anteriormente conferidos pelo mandante.

Nesses termos, a menção aposta única e exclusivamente em documento anexado à petição, *in casu* no instrumento de substabelecimento, não possui o condão, por si só, de gerar efeitos em relação ao juízo, pois, conforme dito, não lhe é dirigida. Com efeito, o substabelecimento é documento formulado pelo *mandatário* e dirigido ao *substabelecido*, na *esfera civil*.

Ademais, ressalto inexistir qualquer prejuízo à recorrente em virtude da intimação da decisão que não conheceu dos embargos de divergência.

Com efeito, qualquer apelo extraordinário eventualmente interposto no bojo dos presentes embargos de divergência estaria fadado ao insucesso e teria seu seguimento negado liminarmente (conf. art. 543-A, § 5º, CPC), uma vez que estaria a desafiar decisão que não conheceu dos embargos de divergência, por ausência de procuração outorgada à causídica subscritora do recurso.

Nestes casos, o Pretório Excelso, por meio do RE n. 598.365-MG (*Pleno*, Rel. Min. *Carlos Britto*, DJe de 26.3.2010), firmou orientação de que se a matéria em questão for atinente a pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros Tribunais, *independentemente da hipótese, e em qualquer jurisdição, não resta configurada a repercussão geral*, porquanto o deslinde da *quaestio* desafia o exame da legislação infraconstitucional, configurando, quando muito, situação de ofensa indireta ou reflexa ao texto da Constituição Federal.

Confira-se, a propósito, excerto da manifestação do em. Ministro Relator do RE, *verbis*:

Fazendo-o, anoto que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os temas atinentes aos pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros Tribunais não ensejam a abertura da via extraordinária, dado que as ofensas à Carta Magna, se existentes, ocorreriam de modo indireto ou reflexo.

(...)

4. Ora bem, não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta Suprema Corte, "falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral", conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE n. 584.608.

Não custa rememorar que a sistemática da repercussão geral, implementada pela Lei n. 11.418/2006, bem como a jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso, determina que a *decisão dos Tribunais será definitiva quando reconhecida a ausência de repercussão geral da matéria* tratada no recurso extraordinário, descabendo a interposição de qualquer espécie recursal endereçada ao c. STF.

Assim, inexistente qualquer ato capaz de tolher a liberdade de atuação dos postulantes, não há se falar em prejuízo, tampouco em nulidade processual.

Ressalto, por fim, que a decisão de fls. 1.910-1.912 foi publicada em nome do Dr. Arnaldo Rocha Mundim Júnior, advogado devidamente constituído e com poderes para defender a empresa ora embargante, razão pela qual não há que se falar em excesso de formalismo ou nulidade, uma vez que atingiu sua finalidade de intimar a parte do julgamento da causa, em estrita observância do Código de Processo Civil.

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

É o voto.

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO EM
MANDADO DE SEGURANÇA N. 31.170-SP (2009/0242213-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP

Advogado: Hamilton Dias de Souza e outro(s)

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

Procurador: Ana Paula de Sousa Lima e outro(s)

EMENTA

Constitucional e Tributário. Custas e emolumentos. Taxa de desarquivamento de autos findos. Portaria n. 6.431, de 13 de janeiro de 2003. Ofensa ao princípio da legalidade. Art. 150, I, da Constituição Federal.

1. A denominada “taxa de desarquivamento de autos findos”, instituída pela Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é exação cobrada pela “utilização, efetiva (...) de serviços públicos específicos e divisíveis”, enquadrando-se, como todas as demais espécies de custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, no conceito de taxa, definido no art. 145, II da Constituição Federal. Tratando-se de exação de natureza tributária, sua instituição está

sujeita ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I). Precedente do STF.

2. Argüição de inconstitucionalidade julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, e os votos dos Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Humberto Martins e Ari Pargendler, no mesmo sentido, por maioria, julgar procedente a argüição de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Laurita Vaz e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp, Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon e Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 18 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 23.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo suscitado pela 1ª Turma, em causa a seguir sumariada.

A Associação dos Advogados de São Paulo - AASP impetrou mandado de segurança visando obter ordem no sentido de que seja sustada a cobrança de taxa de desarquivamento de autos findos, exação acoimada de ilegítima, já

que instituída por portaria, em desobediência ao princípio da legalidade. Após indeferir a liminar, o Tribunal de origem, conferindo efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos para afastar a tese da decadência, denegou a ordem, sob o fundamento de que (a) segundo entendimento firmado no MS n. 64.246.0/0-00, o valor cobrado para o desarquivamento de autos não tem caráter de taxa ou custas judiciais, mas, sim, de preço público; e (b) “não há como acoiar de abusiva ou ilegal a exigência de prévio pagamento do valor fixado para o desarquivamento de autos que, reconhecidamente, tem a finalidade de cobrir os custos com a manutenção de autos arquivados” (fl. 283).

No recurso ordinário (fls. 291-305), a recorrente alega o seguinte: (a) as custas e os emolumentos judiciais têm natureza tributária, da espécie taxa, razão pela qual a sua exigibilidade não pode ser feita por meio de decreto ou portaria, devendo-se observar o princípio da estrita legalidade (arts. 5º, II, 145, II c.c. 150, I, da Constituição Federal e 97 do CTN); (b) “não há como deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da exigência perpetrada na Portaria n. 6.431/2003 (complementada pela Portaria n. 7.219/2005), editada pelo Sr. Presidente do Eg. Tribunal *a quo*, pois em manifesta violação ao princípio da estrita legalidade, que rege os tributos em geral” (fl. 302); (c) nem se diga que a Portaria n. 6.431/2003 encontraria seu fundamento de validade na Lei n. 8.876/1994, que instituiu o Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça de São Paulo, porquanto referida legislação “não tem o condão de legitimar a exigência, posto tratar-se de ato legislativo instituidor de Fundo, insuficiente a convalidar a cobrança de taxa, sujeita ao princípio da estrita legalidade” (fl. 302); (d) ainda que, a partir de 1997, a vinculação da receita decorrente do pagamento das custas para desarquivamento de processos ao Fundo Especial tenha sido autorizada pela Lei n. 8.876/1994, “tal fato não legitima mera portaria como instituidora de tributo, sendo necessário, ainda, que a taxa fosse instituída por lei” (fl. 303); (e) o acesso aos autos de processos em curso ou findos é assegurado a todos os advogados pelo art. 7º, XIII, XV, XVI, da Lei n. 8.906/1994; e (f) as custas relativas ao desarquivamento de autos já estão abrangidas pela taxa judiciária instituída pela Lei n. 4.952/1985, atual Lei n. 11.608/2003. Em contra-razões (fls. 328-330), a recorrida defende, preliminarmente, a necessidade de ser reconhecida a ocorrência da decadência do direito pleiteado e, no mérito, requer o desprovimento do recurso. O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 351-354, opina pela manutenção do acórdão recorrido.

Em sessão do dia 2.8.2011, a 1ª Turma decidiu suscitar incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão assim ementado:

Constitucional e Tributário. Custas e emolumentos. Taxa de desarquivamento de autos findos. Portaria n. 6.431, de 13 de janeiro de 2003. Ofensa ao princípio da legalidade. Art. 150, I, da Constituição Federal. Incidente de inconstitucionalidade.

1. A denominada “taxa de desarquivamento de autos findos”, instituída pela Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é exação cobrada pela “utilização, efetiva (...) de serviços públicos específicos e divisíveis”, enquadrando-se, como todas as demais espécies de custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, no conceito de taxa, definido no art. 145, II da Constituição Federal. Tratando-se de exação de natureza tributária, sua instituição está sujeita ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I). Precedentes do STF.

2. Em obediência à norma do art. 97 da CF, suscita-se incidente de inconstitucionalidade da Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 364).

Em atendimento ao disposto no § 1º, do art. 200, do RISTJ, o Ministério Público Federal opinou pela validade do ato impugnado, por entender que “a cobrança impugnada, realizada em face de solicitação de desarquivamento de autos, tem natureza de preço público, haja vista a facultatividade e voluntariedade da utilização do serviço pelo usuário” (fl. 371).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Conforme registrado, o cerne da controvérsia é a natureza jurídica (se de taxa ou de preço público) da exação denominada “taxa de desarquivamento de autos findos”, prevista na Portaria n. 6.431/2003, de 13 de janeiro de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com redação dada pela Portaria n. 7.219/2005, cujo teor é o seguinte:

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador *Sérgio Augusto Nigro Conceição*, no uso de suas atribuições legais e considerando o decidido no Processo n. 10/95-DEPRI,

Resolve:

Artigo 1º - Para o desarquivamento de processos, ainda que arquivados nos Ofícios de Justiça, será recolhido valor a ser fixado e atualizado periodicamente pela Presidência do Tribunal de Justiça, que expedirá Comunicado.

Atualmente, encontra-se em vigor o Comunicado DEPRI s/n de 16 de março de 2005, que assim dispõe:

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Luiz Elias Tâmbara, no uso de suas atribuições legais e considerando o disposto na Portaria n. 7.219/2005 e o que foi decidido no Processo n. 10/1995 - 4º Volume-DEPRI, *resolve* manter em R\$ 15,00 (quinze reais) o valor da taxa de desarquivamento de processos arquivados no Arquivo Geral da Comarca da Capital e no arquivo da empresa terceirizada que atende as Comarcas e Foros Distritais do Interior e em R\$ 8,00 (oito reais) o valor da taxa de desarquivamento de processos arquivados nos Ofícios Judiciais do Estado.

Apreciando caso análogo, o Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 1.444-7-PR, DJ de 11.4.2003, pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

Direito Constitucional e Tributário. Custas e emolumentos: serventias judiciais e extrajudiciais. Ação direta de inconstitucionalidade da Resolução n. 7, de 30 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ato normativo.

1. Já ao tempo da Emenda Constitucional n. 1/1969, julgando a Representação n. 1.094-SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais”, por não serem preços públicos, “mas, sim, taxas, não podem ter seus valores fixados por decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade (parágrafo 29, do artigo 153, da Emenda Constitucional n. 1/1969), garantia essa que não pode ser ladeada mediante delegação legislativa” (RTJ 141/430, julgamento ocorrido a 8.8.1984).

2. Orientação que reiterou, a 20.4.1990, no julgamento do RE n. 116.208-MG.

3. Esse entendimento persiste, sob a vigência da Constituição atual (de 1988), cujo art. 24 estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre custas dos serviços forenses (inciso IV) e cujo art. 150, no inciso I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a exigência ou aumento de tributos, sem lei que o estabeleça.

4. O art. 145 admite a cobrança de “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”. Tal conceito abrange não só as custas judiciais, mas, também, as extrajudiciais (emolumentos), pois estas resultam, igualmente, de serviço público, ainda que prestado em caráter particular (art. 236). Mas sempre fixadas por lei. No caso presente, a majoração de custas judiciais e extrajudiciais resultou de Resolução - do Tribunal de Justiça - e não de lei formal, como exigido pela Constituição Federal.

5. Aqui não se trata de “simples correção monetária dos valores anteriormente fixados”, mas de aumento do valor de custas judiciais e extrajudiciais, sem lei a respeito.

6. Ação Direta julgada procedente, para declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 7, de 30 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

No voto-condutor do aresto, o Min. Sydney Sanches consignou o seguinte:

1. Já ao tempo da Emenda Constitucional n. 1/1969, julgando a Representação n. 1.094-SP, Relator para acórdão o Ministro Moreira Alves, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “as custas e emolumentos judiciais ou extrajudiciais”, por não serem preços públicos, “mas, sim, taxas, não pode ter seus valores fixados por decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade (parágrafo 29, do artigo 153, da Emenda Constitucional n. 1/1969), garantia essa que não pode ser ladeada mediante delegação legislativa (RTJ 141/430, julgamento ocorrido a 8.8.1984).

2. Orientação que reiterou, a 20.4.1990, no julgamento do RE n. 116.208-MG, Relator, também, o Ministro Moreira Alves, assim ementado o acórdão (RTJ 132/867):

Custas e emolumentos. Natureza jurídica. Necessidade de lei para sua instituição ou aumento.

Esta Corte já firmou o entendimento, sob a vigência da Emenda Constitucional n. 1/1969, de que as custas e os emolumentos têm natureza de taxas, razão por que só podem ser fixados em lei, dado o princípio constitucional da reserva legal para a instituição ou aumento de tributo.

Portanto, as normas dos artigos 702, I, g e 789, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho não foram recebidas pela Emenda Constitucional n. 1/1969, o que implica dizer que estão elas revogadas.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(Pleno do STF).

3. O mesmo ocorre, sob a vigência da Constituição atual, cujo art. 24 estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre custas dos serviços forenses (inciso IV) e cujo art. 150, no inciso I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça.

4. O art. 145 admite a cobrança de “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”. Tal conceito

abrange não só as custas judiciais, mas, também, as extrajudiciais (emolumentos), pois estas resultam, igualmente, de serviço público, ainda que prestado em caráter particular (art. 236). Mas sempre fixadas por lei. No caso presente, como se viu, a majoração de custas judiciais e extrajudiciais resultou de Resolução - do Tribunal de Justiça - e não de lei formal, como exigido pela Constituição Federal.

5. Reitero, na oportunidade, a observação feita ao ensejo do exame do pedido de medida cautelar, de que aqui não se trata de “simples correção monetária dos valores anteriormente fixados” (fls. 216-217), mas de aumento de custas judiciais e extrajudiciais, sem lei a respeito.

2. Esse entendimento deve nortear a decisão do caso concreto aqui examinado. A denominada “taxa de desarquivamento de autos findos” é exação cobrada pela “utilização, efetiva (...) de serviços públicos específicos e divisíveis”, enquadrando-se, como todas as demais espécies de custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, no conceito de taxa, definido no art. 145, II da Constituição Federal. Tratando-se de exação de natureza tributária, sua instituição está sujeita ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I). É inconstitucional, portanto, a Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3. Ante o exposto, acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003, de 13 de janeiro de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Sr. Presidente, acentuou o Sr. Ministro Relator que temos um precedente em uma ação direta de inconstitucionalidade – a matéria é similar –, referente à Resolução n. 7, de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e que o Supremo Tribunal Federal já apreciou essa matéria também e considerou inconstitucional aquela exação que não foi criada por lei, como é também o caso. Sabemos que é essencial, para qualquer tributo, a sua criação mediante lei ou princípio da legalidade, que é de todos conhecido.

Ante o exposto, *acompanho o Sr. Ministro Relator para declarar a inconstitucionalidade.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Inicialmente, anota-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Corte Especial, ocasião em que, após a prolação do voto do ilustre Ministro Relator, Teori Albino Zavascki, que acolheu o incidente para *reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003, de 13 de janeiro de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, pediu-se vista para melhor análise dos autos.

Subjaz ao presente incidente de inconstitucionalidade, mandado de segurança impetrado pela *Associação dos Advogados de São Paulo - AASP* contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por meio da Portaria n. 6.431/2003 (complementada pela Portaria n. 7.219/2005), instituiu a cobrança de valor em razão de pedido de desarquivamento de processo.

O colendo Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por reconhecer a decadência do prazo para a interposição do *mandamus*, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Opostos embargos de declaração, o colendo Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conferiu-lhes efeitos infringentes para afastar a decadência que conduziu à extinção do mandado de segurança, dele conhecendo, e, no mérito, denegar a ordem. O julgado restou assim ementado:

Recurso - Embargos de declaração - Acolhimento, com atribuição de efeito infringente, para afastar a decadência que levou a extinção do *mandamus*, com conseqüente exame do mérito.

Mandado de Segurança Preventivo - Impetração contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça que impõe a cobrança de valores para o desarquivamento de autos - Legalidade do ato - Não há como acoimar de abusiva ou ilegal a exigência de prévio pagamento do valor fixado para o desarquivamento de autos que, reconhecidamente, tem a finalidade de cobrir os custos com a manutenção dos autos arquivados - Segurança denegada.

Prequestionamento - Inaplicabilidade, na espécie, de todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados no curso d impetração.

Embargos de declaração recebidos - Segurança denegada.

Decisum, que ensejou a interposição de recurso ordinário. Em suas razões, a *Associação dos Advogados de São Paulo - AASP* aduziu, em síntese, que a natureza jurídica das custas judiciais, no que se inclui a denominada “taxa de desarquivamento”, e dos emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritária, é de taxa, espécie de tributo, que, como tal, somente pode ser imposta mediante lei, em seu sentido estrito, em observância ao princípio constitucional da legalidade. Afirmou, outrossim, não se tratar de preço público, tal como entendeu o Tribunal de origem, “pois este só se verifica quando o particular tem a opção de satisfazer suas necessidades de outra forma que não pela utilização do serviço público. Pugnou, também, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da Portaria n. 6.431/2003 (complementada pela Portaria n. 7.219/2005) que, ao impor a cobrança de taxa, assim compreendido como espécie tributária, violou o princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Nos termos relatados, a colenda Primeira Turma desta augusta Corte decidiu suscitar incidente de inconstitucionalidade do artigo 1º da Portaria n. 6.431/2003 do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O ilustre Relator, Ministro Teori Albino Zavascki, em seu judicioso voto, entendeu por bem acolher o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003, de janeiro de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob o fundamento, em suma, de que “a denominada ‘taxa de desarquivamento de autos findos’, instituída pela Portaria n. 6.431/2003 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é exação cobrada pela ‘utilização efetiva (...) de serviços públicos específicos e divisíveis’, enquadrando-se, como todas as demais espécies de custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, no conceito de taxa, definido no art. 145, II, da Constituição Federal. Tratando-se de exação de natureza tributária, sua instituição está sujeita ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I).”

Apreciando a controvérsia trazida a esta Corte, ousa-se discordar, *data maxima venia*, do voto do respeitável Relator.

De plano, não se olvida, tampouco se aparta, do entendimento sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “as custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, por não serem preço público, mas, sim, taxas, não podem eles ter seus valores fixados por Decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade

(*ut* STF, Rp n. 1.094-SP, Tribunal Pleno, Relator Designado Ministro Moreira Alves, DJU 4.9.1992).

Proveniente desta augusta Corte, cita-se, a título ilustrativo, o seguinte precedente, cuja ementa ora se transcreve:

Processual Civil. Apelação. Preparo. Desistência em razão de acordo entre as partes. Recurso pendente de julgamento. Devolução das custas. Impossibilidade.

1. O preparo para a interposição de recurso inclui-se no conceito de custas judiciais que se revestem da natureza de taxa. Precedentes do STJ e do STF.

2. Consoante dispõe o art. 511 do CPC, “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”, levando à conclusão de que a hipótese de incidência dessa taxa é a protocolização do recurso.

3. [...]

4. Saliente-se, outrossim, que a desistência do recurso não implica reconhecer a ausência de atividade jurisdicional. Isso porque, embora seja um ato que independe da concordância da parte contrária, está submetido ao controle pelo Judiciário, sendo necessária sua homologação para que produza a totalidade de seus efeitos. Nesse contexto, o art. 26, do CPC expressamente consigna a necessidade de pagamento das despesas processuais, mesmo que o processo seja extinto em razão da desistência.

5. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.216.685-SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 27.4.2011).

Entretanto, levando-se em conta a natureza e a finalidade da exação destinada ao desarquivamento de autos findos, tem-se que esta não está compreendida no conceito de “*custas judiciais*”.

Efetivamente, as custas judiciais, tomadas em seu sentido amplo, relacionam-se à contraprestação de serviços públicos afetos diretamente à prestação jurisdicional, esta compreendida como serviço público propriamente estatal, indelegável, cuja prestação pelo Estado dá-se no exercício de sua soberania. Nessa perspectiva, os serviços públicos prestados, desde que diretamente relacionados à prestação jurisdicional, devem, de fato, ser remunerados por meio de taxa, norteados, assim, pelo regime tributário.

Ainda sobre a definição de custas judiciais, segundo o escólio da Professora Maria Helena Diniz, estas se subdividem em custas judiciais em sentido estrito e taxa judiciária, sendo que, em linhas gerais, as primeiras referem-se às despesas

processuais cuja cobrança é autorizada por lei e que tem por finalidade custear os atos praticados no impulsionamento do processo judicial, enquanto que a segunda (taxa judiciária) refere-se à exação cobrada pela prática de atos judiciais ou pelos serviços afetos ao Poder Judiciário, prestados durante todo o processo (*ut* Diniz, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, Vol. 4, p. 609, 2005).

Quanto à mencionada conceituação, oportuno destacar o valoroso estudo, intitulado “*Perfil da Fixação de Custas Judiciais no Brasil e Análise Comparativa da Experiência Internacional*”, realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (Série CNJ Acadêmico – agosto/2010), que, sobre as custas judiciais (*latu sensu*), assim dispôs:

[...] Custas judiciais ou custas processuais são um gênero do qual fazem parte custas judiciais em sentido estrito, as taxas judiciária e os emolumentos. As duas primeiras - custas judiciais em sentido estrito e as taxas judiciárias - decorrem da atividade judicial e os emolumentos são cabíveis nas atividades extrajudiciais. Enquanto a diferença de emolumentos para as demais espécie de custas processuais é clara, por meio da mera separação entre serviços judiciais e extrajudiciais, a distinção entre custas judiciais e taxa judiciária é mais sutil, sendo muito comum a confusão entre estas duas, inclusive nas legislações a respeito. Muitas vezes a terminologia “custas” abarca o entendimento de “taxa judiciária”, mas em muitos Estados, há a diferenciação entre os termos e seus objetos, inclusive com cobrança em separado. Muitas vezes a diferenciação entre os conceitos de custas e taxas só é encontrada na doutrina. Contudo, mesmo as distinções doutrinárias às vezes parecem hesitar em distinguir precisamente as custas das taxas. Academicamente, tem prevalecido o entendimento de que as custas judiciais (em sentido estrito), são devidas “pelo processamento dos feitos a cargo dos serventuários da justiça”, enquanto que a taxa judiciária pode ser definida como uma custa processual (em sentido amplo) cobrada pela prática de atos judiciais ou pelos serviços, peculiares ao Judiciário, prestados durante todo o processo. [...]

De tais definições, extrai-se, como elemento comum afeto à exação referente às custas judiciais (em sentido estrito) e da referente à taxa judiciária (ambas, como visto, compreendidas no conceito de custas judiciais em sentido amplo), é a finalidade de custear atos praticados e/ou serviços afetos ao processo em trâmite, conclusão que se extrai, notadamente, das expressões “*no impulsionamento do processo judicial*” e “*prestados durante todo o processo*”.

Efetivamente, na compreensão deste Ministro, este não é o caso da exação cobrada para o desarquivamento de autos findos, circunstância em que não

há mais falar em prestação jurisdicional. Nessa medida, o serviço prestado, consistente no desarquivamento de auto finalizado, não consubstancia, *data maxima venia*, serviço público propriamente estatal, tampouco serviço público essencial ao interesse público, casos em que a remuneração dar-se-ia por meio de taxa e, por conseguinte, norteadas pelos princípios tributários.

Trata-se, na verdade, de serviço público não essencial, delegável, prestado pela Administração Pública, no interesse e faculdade exclusivos do particular, que em nada se relaciona com o processo (já finalizado, ressalte-se) e, muito menos, com a prestação jurisdicional em si. Nesse ponto, apropriada a analogia efetuada no julgado mencionado no acórdão recorrido (MS n. 064.246-0/0-00), que anota ser o arquivo o “patrimônio histórico da vivência jurisdicional do povo paulistano. Como um museu.”, em nada se confundindo com serviços forenses, relacionados aos processos em tramitação e à atividade jurisdicional propriamente dita.

Nessa extensão, o serviço público prestado com tais características (não essencial, delegável, prestado pela Administração Pública e no interesse e faculdade exclusivos do particular) deve ser remunerado, *data maxima venia*, por meio de preço público, apartando-se, por conseqüência, dos princípios tributários e aproximando-se do direito privado.

Nessa linha de entendimento, esta augusta Corte, *mutatis mutandi*, levando-se em conta a inexistência de qualquer relação do serviço prestado com a atividade jurisdicional, reputou legal a respectiva exação cobrada, conforme dá conta o seguinte precedente:

Planilha de andamento processual. Serviço prestado pelo Tribunal. Legitimidade da cobrança.

1. Sendo incontroverso que a obtenção e pagamento da planilha (print) não e condição “sine qua non” para o advogado ter vista dos autos em cartório, afigura-se legal a sua cobrança, visto que destina-se tão-somente a contribuir com os altos custos despendidos nos serviços de informatização processual, sem guardar, a prestação de tal serviço, nenhuma relação com a atividade jurisdicional típica.

2 - Recurso improvido. (RMS n. 8.500-SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 23.3.1998).

Por oportuno, ainda, transcreve-se excerto da resenha, da lavra dos ilustres professores Vittorio Cassone e Carlos Toledo Abreu Filho, publicada no “Caderno de Pesquisas Tributárias”, vol. XI, co-edição Ed. Resenha Trib. e Centro de Estudos de Extensão Universitária, São Paulo, 1986, da memorável

palestra proferida pelo eminente Ministro Moreira Alves, proferida por ocasião do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, em que o ilustre jurista, de forma irretorquível, classificou os serviços públicos, apontando as respectivas remunerações, *in verbis*:

[...] os serviços públicos poderiam ser classificados assim: 1) serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes. Esses serviços, não custa repetir, por sua natureza, são remunerados mediante taxa e a sua cobrança somente ocorrerá em razão da utilização do serviço, não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização. Vale no ponto, a lição de **Geraldo Ataliba**, no sentido de que não é possível instituir taxas por serviços não efetivamente prestados. O que acontece é que certos serviços podem ser tornados obrigatórios pela lei e é isto o que significa a locução *posto a disposição* do contribuinte. É isto, aliás, o que resulta do disposto no art. 79, I, **b**, CTN.

2) Serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque é essencial ao interesse público, porque essencial à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. É necessário que a lei — para cuja edição será observado o princípio da razoabilidade, mesmo porque, como bem lembrou o Ministro Moreira Alves, citando Jêze, a noção de serviços essenciais é de certo modo relativa, porque varia de Estado para Estado e de época (RTJ 98/238) - estabeleça a cobrança sobre a prestação potencial, ou admita essa cobrança por razão de interesse público. Como exemplo, podemos mencionar o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. No mencionado RE n. 89.876-RJ, o Supremo Tribunal decidiu que, “sendo compulsória a utilização do serviço público de remoção de lixo - o que resulta, inclusive, de sua disciplina como serviço essencial à saúde pública - a tarifa de lixo instituída pelo Decreto n. 196, de 12 de novembro de 1975, do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, é, em verdade, taxa.” (RTJ 98/230).

3) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc.

A corroborar a compreensão ora exarada, o Ministério Público Federal, perfilhando-a, oportunamente aponta o entendimento sufragado pelo Conselho

Nacional de Justiça (não obstante o caráter administrativo de suas decisões), que, por ocasião do julgamento do Pedido de Providência n. 426 e do Procedimento de Controle Administrativo n. 302, reconheceu a natureza de preço público da exação cobrada para o desarquivamento de autos findos, *in verbis*:

Diante de tal situação, entende, *data maxima venia*, que as “despesas” judiciais denominadas e destinadas ao “desarquivamento de autos” e ao “porte de remessa e retorno” são “preços públicos”, e não “taxas”, ou “custas”, uma vez que não exigíveis, pelo Estado, para o desenvolvimento do processo judicial, mas sim, para a prática de atos em meio ao processo, que não competem ao Estado exercitar para a conclusão da prestação jurisdicional, mas sim, ao usuário do serviço, *si et in quantum* pretender realizar o ato, como ocorre no “desarquivamento dos autos”, ou ainda, quando pretender interpor recurso para o exame de instância superior, recolhendo o “porte de remessa e de retorno”, atividade essa, aliás, uma tramitação que depende da utilização de outro serviço público, que também contém a figura do “preço público”, como é o caso da movimentação de autos de processo entre Instâncias ou Tribunais através dos serviços da Empresa de Correios e Telégrafos (julgado em 13.3.2007).

Por fim, sobreleva assinalar que a conclusão de que a exação cobrada para o efeito de desarquivar autos findos não consubstancia custas judiciais (em seu sentido amplo), em complemento ao que se expôs, decorre, inclusive, do tratamento constitucional e legal ofertado às custas judiciais.

A Constituição Federal, no § 2º de seu artigo 98, preceitua que “as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça”. Como assinalado e por todos os argumentos então lançados, o serviço consistente no desarquivamento de autos findos não consubstancia serviço afeto à atividade específica da Justiça.

Já o artigo 24, inciso IV, da Constituição Federal, a seu turno, preconiza competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre as custas dos serviços forenses. Em interpretação deste dispositivo constitucional, a Corte Excelsa tem se posicionado no sentido de que “a competência do legislativo federal está restrita ao estabelecimento de normas gerais, cuja *falta* não inibe os Estados do exercício da competência plena, até que sobrevenha a *lei nacional*.” (*ut* ADInMC n. 1.926-PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19.4.1999).

De fato, revelar-se-ia providencial a edição da referida lei geral, de abrangência nacional, com o que se evitaria, em âmbito estadual, eventuais

equivocos quanto à inserção indevida, como custas judiciais, de determinados serviços estranhos à prestação jurisdicional. No caso dos autos, a lei de regência (Lei Estadual n. 4.952/1985), na compreensão deste Ministro, andou bem, primeiro, ao definir que a taxa judiciária “tem por fato gerador a prestação de serviços públicos de natureza forense”, e, segundo, por não incluir, em seu rol taxativo, a exação sob comento, que, como assinalado, não guarda, em si, qualquer correspondência à prestação jurisdicional propriamente dita.

Por oportuno, transcreve-se, no que importa à controvérsia, excerto da supracitada lei estadual:

Da taxa Judiciária

Artigo 1º - A taxa judiciária, que tem por fato gerador a prestação de serviços públicos de natureza forense, devida pelas partes ao Estado, nas ações de conhecimento, na execução, nas ações cautelares e nos processos não contenciosos, passa a ser regida por esta lei.

Artigo 2º - A taxa judiciária abrange todos os atos processuais, inclusive os relativos aos serviços de distribuidor, contador, partidor, de hastas públicas, bem como as despesas postais, com microfilmagem, intimações e publicações na Imprensa Oficial. Citado por 17

Parágrafo único - Na taxa judiciária não se incluem: Citado por 7

I - as publicações de editais;

II - a comissão dos leiloeiros e assemelhados; Citado por 2

III - a expedição de certidão e a reprodução de peça do processo, cujos custos serão fixados periodicamente pelo Conselho Superior da Magistratura;

IV - a remuneração do perito, assistente técnico, avaliador, depositário, tradutor, intérprete e administrador;

V - a indenização de viagem e diária de testemunha;

VI - as despesas de diligências dos oficiais de justiça, salvo em relação aos mandatos; Citado por 3

a) expedidos de ofício;

b) requeridos pelo Ministério Público;

c) do interesse de beneficiário de assistência judiciária;

d) expedidos nos processos referidos no artigo 6º, incisos I a IV.

Tem-se, portanto, que a exação destinada ao desarquivamento de autos findos, por não se encontrar compreendida no conceito de “*custas judiciais*”, deve

ser remunerada por preço público, norteando-se, por conseguinte, pelo regime dos contratos.

Assim, pedindo-se vênia ao Ministro Relator, tem-se inexistir inconstitucionalidade a ser declarada no tocante ao artigo 1º da Portaria n. 6.431/2003, de 13 de janeiro de 2003, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, razão pela qual rejeita-se o presente incidente.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, nos termos do art. 145 da Constituição Federal, as taxas de serviço podem ser cobradas tanto por utilização efetiva quanto por utilização potencial dos serviços públicos, desde que esses sejam específicos e divisíveis.

As taxas cobradas por utilização potencial do serviço público reclamam tão somente que esse seja colocado à disposição do contribuinte. Nas taxas de serviços cobradas por utilização efetiva, que haja a prestação do serviço para o contribuinte.

É o caso sempre, em qualquer hipótese, das custas e emolumentos judiciais. Eles só são devidos quando da utilização efetiva dos serviços, quando o serviço for prestado efetivamente ao contribuinte, o serviço específico e divisível.

Então, não vejo razão para criarmos essa impossibilidade ou antevermos essa impossibilidade de se ter, nas taxas e nos emolumentos, a tributação. Na verdade, tem-se taxa de serviço pela utilização efetiva de um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte, tanto no caso das custas judiciais dos processos em curso quanto no caso das custas judiciais pelos processos já findos, que são sempre arquivados sob a responsabilidade, em última instância, do poder público, pelo que o serviço de desarquivamento comporta a cobrança de taxa.

Portanto, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Massami Uyeda, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, reconhecendo a natureza de taxa que especificamente discutimos aqui, e a inconstitucionalidade da Portaria que a institui.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: A egrégia Primeira Turma desta Corte, sob a relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, suscitou, nos autos do recurso em mandado de segurança interposto pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003, que instituiu a “taxa de desarquivamento de autos findos”.

Processado o incidente nos termos do art. 200 do RISTJ, o eminente relator, Ministro Teori Zavascki, trouxe-o para julgamento nesta Corte Especial, votando pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Amparou-se Sua Excelência em precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1.444-7-PR) que, em caso análogo, declarou a inconstitucionalidade da norma então examinada, por não ter sido obedecido o princípio constitucional da legalidade.

O eminente relator concluiu que, na hipótese em exame, “a denominada ‘taxa de desarquivamento de autos findos’ é exação cobrada pela ‘utilização, efetiva (...) de serviços públicos específicos e divisíveis’, enquadrando-se, como todas as demais espécies de custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais, no conceito de taxa, definido no art. 145, II, da Constituição Federal”. Assim, “tratando-se de exação de natureza tributária, sua instituição está sujeita ao princípio constitucional da legalidade estrita (CF, art. 150, I)”.

Inaugurou a divergência o eminente Ministro Massami Uyeda, votando pela rejeição da arguição de inconstitucionalidade.

Pedi vista para melhor exame da questão e trago meu voto acompanhando integralmente o eminente relator, pela inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria n. 6.431/2003, porquanto ferido o princípio da reserva legal.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO N. 1.325.645-SP (2011/0054522-6)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Embargante: Nelson Pinhel

Advogado: Hélio Freitas de Carvalho Silveira e outro(s)
Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Embargado: Câmara Municipal de Ouroeste
Advogado: João Paulo Sales Cantarella

EMENTA

Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Reexame de matéria já decidida. Impossibilidade. Dispositivos e princípios constitucionais. Prequestionamento. Inviabilidade.

1. Rejeitam-se os embargos declaratórios quando, na decisão embargada, não há nenhum dos vícios previstos no art. 535 do CPC.

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar dispositivos e/ou princípios constitucionais, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

3. Embargos de declaração 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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Massami Uyeda, Humberto Martins, Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andriighi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Eliana Calmon, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 7 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de declaração opostos por *Nelson Pinhel* a acórdão assim ementado:

Agravo regimental nos embargos de divergência. Falta do recolhimento do preparo. Deserção. Incidência do art. 511 do CPC.

1. O art. 511, *caput*, do CPC estabelece que, no ato de interposição do recurso, a parte deverá comprovar, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive o porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

2. Agravo regimental desprovido.

Nas razões do presente recurso, o embargante, alegando excesso de formalismo, insiste na tese de que o traslado incompleto do acórdão recorrido não acarreta dificuldade na compreensão da controvérsia debatida nos autos, de modo que do agravo de instrumento se deveria conhecer.

Argumenta que comprovou, em sede de agravo regimental, o recolhimento do preparo do recurso de embargos de divergência. Requer, assim, “a reconsideração do r. despacho ora agravado, para o fim de apreciar o preenchimento dos demais critérios de admissibilidade dos embargos de divergência e, com isso, provendo ainda o agravo de instrumento para apreciação do recurso especial”.

o final, pugna pela manifestação expressa quanto à alegada ofensa aos arts. 5º, *caput* e inciso XXXV, e 93, inciso X, da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Não se configuram na espécie os pressupostos necessários e exigidos pelo art. 535 do CPC para acolhimento de embargos de declaração, visto que nenhuma obscuridade, contradição ou omissão existe no corpo do acórdão que justifique o manuseio desse recurso.

O acórdão embargado foi claro quanto ao não conhecimento dos embargos de divergência em razão do descumprimento da regra inserta no art. 511 do Código de Processo Civil.

A rigor, o que se observa neste recurso é a pretensão da parte ao reexame de matéria já apreciada pela Turma julgadora, finalidade incompatível com a natureza dos declaratórios, conforme já decidiu este Tribunal em inúmeras oportunidades. A propósito, merecem destaque os seguintes precedentes: EDcl no AgRg no Ag n. 689.038-MG, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 11.12.2006; EDcl no REsp n. 782.813-ES, relator Ministro Jorge Scartezini, DJ de 26.2.2007.

Por fim, é inviável a aspiração ao questionamento de matéria constitucional com a finalidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que tal desiderato não se coaduna com a natureza da função jurisdicional desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, vinculada que está, por força do comando constitucional, à apreciação exclusiva de temas situados na seara do direito federal.

Ante o exposto, *rejeito os embargos de declaração.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.113.175-DF (2009/0057033-6) (f)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Ruy Alberto Sampaio do Nascimento e outro

Advogado: Marlon Tomazette e outro(s)

Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Guilherme Lopes Mair e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Discussão sobre honorários advocatícios. Cabimento.

1. O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão

não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.

2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes.

3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIOVENDA.

4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

5. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula n. 306, com o seguinte enunciado: “*Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte*”. Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.

7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes – apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos –, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência.

8. A ausência de interposição dos embargos infringentes na origem sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que não será conhecido por preclusão e falta de exaurimento de instância.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Laurita Vaz conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento e o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp e Laurita Vaz. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e Humberto Martins.

Brasília (DF), 24 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 7.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da CF/1988 e interposto contra acórdão do TRF da 1ª Região, segundo o qual são inadmissíveis embargos infringentes para discutir honorários advocatícios, já que estes não dizem respeito ao mérito da causa.

A ementa do aresto recorrido recebeu a seguinte redação:

Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Divergência sobre condenação em honorários de advogado. Inexistência de mérito da sentença. Inadmissibilidade. CPC, art. 530.

1. Os honorários de advogado não dizem respeito, propriamente, ao mérito da causa, tanto que há condenação em honorários mesmo quando não se julga o mérito.

2. São inadmissíveis os presentes embargos infringentes, a teor do art. 530 do Código de Processo Civil.

3. Embargos infringentes não conhecidos. (fl. 268).

Ruy Alberto Sampaio do Nascimento e outro, ora recorrentes, argumentam que o *decisum* incidiu em violação do art. 530 do CPC, que assim preconiza:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. (Redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001).

Alegam que o citado dispositivo condiciona o cabimento do recurso ao preenchimento de três requisitos específicos: decisão de mérito, reforma da sentença e julgamento não unânime em apelação ou ação rescisória.

Afirmam que a norma violada “não exige que o recurso se restrinja à matéria principal da lide, sendo, portanto, perfeitamente possível se concluir que a insurgência pode abranger questões acessórias, como, por exemplo, os honorários advocatícios” (fl. 274).

Defendem ser “incontroverso que o acórdão proferido em apelação reformou a sentença de mérito, afastando, por maioria de votos, a condenação da CEF em honorários advocatícios. Assim, o recurso cabível sob tais circunstâncias é indiscutivelmente aquele previsto no art. 530 do Código de Processo Civil, qual seja, os embargos infringentes” (fl. 275).

Por fim, apontam dissenso jurisprudencial com precedente desta Corte, especificamente o Recurso Especial n. 904.840-RS, Segunda Turma, da relatoria do Min. Humberto Martins.

A Caixa Econômica Federal ofertou contrarrazões que não tratam da questão controvertida no recurso especial. (fls. 296-302).

O apelo foi admitido como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008. (fls. 306-307).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Subprocurador-Geral da República Dr. Wallace de Oliveira Bastos, opinou pelo provimento do recurso. (fls. 315-321).

Inicialmente atribuído ao Ministro Benedito Gonçalves, o recurso foi submetido à Corte Especial, por decisão unânime da Primeira Seção (fl. 336), oportunidade em que o apelo foi redistribuído ao Min. Nilson Naves (fl. 339).

Com a aposentadoria do novo Relator, vieram-me os autos por atribuição. (fl. 350).

A União peticionou, na condição de *amicus curiae*, postulando o provimento do recurso. (fls. 376-385).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo.

A controvérsia consiste em definir se são cabíveis, ou não, embargos infringentes quando o acórdão houver reformado, em grau de apelação e por maioria de votos, a sentença de mérito no tocante aos honorários advocatícios.

Antes de tudo, cabe afirmar que o panorama jurisprudencial sobre o tema é de absoluta instabilidade. Os precedentes desta Corte ora admitem o processamento do recurso, ora negam-lhe admissão, todos alimentados por robustos fundamentos e publicados em datas próximas, o que indica inexistir orientação predominante.

Todavia, a tendência revelada nos mais recentes julgados é de prestigiar uma interpretação mais abrangente do art. 530 do CPC, admitindo o cabimento de embargos infringentes para discutir matérias ancilares, como os honorários advocatícios, como se verá.

(A) A correta exegese do art. 530 do CPC:

Pela atual redação do art. 530 do CPC, são cabíveis embargos infringentes “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

Logo, excluído o caso de ação rescisória, são requisitos para o cabimento do recurso, apenas: (a) existir *sentença de mérito*; (b) haver *reforma em grau de apelação*; e (c) tratar-se de *acórdão não unânime*.

A reforma processual objetivou, sem dúvida, reduzir a abrangência dos embargos infringentes ao inviabilizar o recurso quando houver duplo grau de conformação, ou seja, quando a decisão de segundo grau, ainda que por maioria de votos, limitar-se a confirmar a sentença de piso.

Nesses termos, quando a conclusão estampada na sentença for confirmada pelo Tribunal no julgamento da apelação, ainda que por maioria de votos, não cabem embargos infringentes. Em outras palavras, não cabe o recurso quando houver dupla sucumbência da mesma parte.

Assim, “pelo que se infere da redação conferida ao art. 530 do CPC, não são cabíveis os embargos infringentes, mesmo que o julgamento não tenha sido unânime, contra acórdão que: a) não conhecer da apelação; b) conhecer da apelação para anular a sentença; c) conhecer da apelação para manter a sentença; d) apreciar sentença terminativa, seja para mantê-la ou reformá-la”. (Leonardo José Carneiro da Cunha, “Embargos Infringentes contra Parte do Acórdão que Trata dos Honorários Advocatícios” *in* Revista de Processo (RePro), editora RT, v. 154, dez. 2007).

Explicando a reforma processual no ponto relativo aos embargos infringentes, CARREIRA ALVIM assentou o seguinte:

Qual teria sido o motivo dessa nova orientação imposta ao art. 530, relativamente ao sistema anterior?

Considerou o legislador que o resultado da sentença apelada deveria somar-se ao do acórdão, para possibilitar, ou não, o seu reexame pela via excepcional dos embargos infringentes. Assim, por exemplo, se a sentença for de procedência do pedido e o acórdão confirmá-la por maioria de votos (2 x 1), não caberão embargos infringentes; se a sentença for de procedência do pedido e o acórdão reformá-la por maioria de votos (2 x 1) caberão embargos infringentes. Explicando: l) no primeiro caso, além da sentença (de procedência), tem-se dois votos confirmando-a e apenas um reformando-a (3 x 1), ou seja, tem-se duas decisões sequenciais no mesmo sentido (resultado da sentença igual ao resultado do acórdão); b) já no segundo caso, têm-se, além da sentença de (procedência), apenas um voto confirmando-a, e dois votos, reformando-a (2 x 2), não se tem duas decisões sequenciais no mesmo sentido (resultado da sentença diverso do resultado do acórdão). Em resumo: acórdão de dois a um pela confirmação da sentença não autoriza mais embargos infringentes; já o acórdão de dois a um pela reforma da sentença autoriza tais embargos.

(...)

Com essa nova fisionomia, pode-se afirmar que a dupla conformidade no julgamento passou a constituir um pressuposto negativo dos embargos infringentes, ou seja: estando o acórdão não-unânime de acordo com a sentença objeto da apelação ou da ação rescisória, fica afastada qualquer possibilidade de infringi-la através de embargos. (Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro, vol. VII, Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 147-148).

Assim, quando a sentença de mérito for reformada por maioria de votos, caberão os embargos, ainda que para discutir matérias ancilares, como honorários advocatícios, por exemplo.

Isso porque a restrição ao cabimento do recurso, trazida pela reforma processual, não foi tão grande a ponto de afastar de seu âmbito material as questões acessórias, como equivocadamente entendeu o aresto impugnado.

Ora, o art. 530 do CPC, ao fixar as condições para cabimento dos embargos infringentes, exigiu, apenas, que a sentença reformada fosse de mérito, mas não que o capítulo dela objeto do recurso ostentasse tal condição.

Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte:

Primeira Turma

Processual Civil. Execução contra Fazenda Pública. Fixação de honorários. Majoração pelo Tribunal de origem. Julgamento por maioria. Reforma parcial da sentença. Embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Cabimento.

I - O art. 530 do CPC, com a nova redação da Lei n. 10.352/2001, encontra-se assim disposto: “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

II - Inexiste no regramento de regência do recurso de embargos infringentes esclarecimento explícito acerca de ser seu cabimento restrito, apenas, à matéria principal da ação. Antes, é lícito entender-se pelo cabimento do mencionado recurso mesmo quando houver dissidência no julgamento de questões acessórias, como se pode inferir da parte final do art. 530 do CPC, em que se prevê serem cabíveis os embargos infringentes “se o desacordo for parcial”.

III - No caso, maior razão há em se conhecer dos embargos infringentes interpostos quando se constata que a matéria única trazida na apelação referiu-se à majoração de honorários advocatícios. Assim, perfeitamente satisfeitas as condições de admissibilidade do recurso debatido, já que houve julgamento não-unânime de matéria trazida em sede de apelação, a qual fora parcialmente provida para reformar, em parte, sentença de mérito.

IV - A título de reforço ao entendimento supra-externado, cumpre asserir que esta Corte Superior já fez incidir o Verbete Sumular n. 207 deste STJ, deixando de conhecer de recurso especial que versava exclusivamente de honorários advocatícios, os quais haviam sido decididos por maioria no Tribunal de origem. Precedente: REsp n. 597.480-RS, Rel. Ministro *Francisco Peçanha Martins*, DJ de 20.6.2005.

V - Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda ao julgamento do mérito dos embargos infringentes interpostos. (REsp n. 710.940-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 4.5.2006).

Processual Civil. Embargos infringentes não conhecidos. Interposição de recurso especial. Intempestividade. Precedentes. Reforma sentença. Honorários. Inaplicabilidade. Princípio da fungibilidade.

Erro grosseiro.

1. É cediço na Corte que a interposição de recurso incabível não suspende ou interrompe o prazo para a apresentação do recurso próprio. Precedentes: AGA n. 505.055-SC, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 8.11.2004; AGA n. 535.370-RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 19.4.2004; ROMS n. 15.152-MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 31.3.2003.

2. Os Embargos infringentes opostos contra acórdão não-unânime, que manteve a sentença monocrática, após a vigência da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, não interrompem o prazo para a interposição de Recurso Especial.

3. *In casu*, verifica-se que o mérito da questão *sub judice* foi integralmente mantido pelo Tribunal *a quo*, havendo reforma da sentença somente no que pertine aos honorários advocatícios, tema este não atacado na peça de interposição dos embargos infringentes.

4. Inaplicável a tese da fungibilidade, para conhecimento de embargos infringentes como embargos de declaração, porquanto, em virtude de suas naturezas completamente distintas, seus fundamentos não se confundem, sendo explícito o erro grosseiro.

5. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 731.101-CE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 14.12.2006)

Segunda Turma:

Processual Civil. Execução contra Fazenda Pública. Honorários advocatícios. Fixação. Julgamento por maioria. Reforma parcial da sentença de mérito. Embargos infringentes. Cabimento. Multa prevista no art. 557, § 2º, CPC. Recolhimento prévio à interposição de recurso especial. Art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997. Inaplicabilidade.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento dos EREsp n. 936.884-ES, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 12.2.2009, pacificou a jurisprudência no sentido de que a regra contida no art. 1º-A da Lei n. 9.494/1997 aplica-se à multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

2. É defeso, portanto, negar seguimento a Recurso interposto pela Fazenda Pública, ao fundamento de falta de comprovação do depósito prévio do valor referente à penalidade.

3. Conforme previsto no art. 530 do CPC, com a redação dada pela Lei n. 10.352/2001, "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado precedente ação rescisória."

4. Admitem-se Embargos Infringentes contra acórdão que, proferido por maioria, reforma a sentença de mérito apenas em relação à matéria acessória, concernente aos honorários advocatícios. Precedentes do STJ.

5. No caso sob exame, o Recurso Especial foi provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que seja examinado o mérito dos Embargos Infringentes.

6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp n. 882.716-MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.4.2009).

Recurso especial. Processual Civil. Cabimento de embargos infringentes. Matéria acessória. Honorários sucumbenciais. Retorno dos autos.

1. Restringe-se a controvérsia acerca do cabimento dos embargos infringentes contra julgamento de apelação que, por maioria, modificou sentença, tão-somente, quanto ao pagamento de honorários.

2. A divergência que deu origem aos embargos infringentes não tratou da questão principal, mas foi relativa à matéria acessória, qual seja, possibilidade de condenação do Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública.

3. Os embargos infringentes são cabíveis ante a interpretação de que o artigo 530 do CPC não faz referência expressa em relação ao cabimento destes apenas quanto à matéria principal da lide, sendo, pois, perfeitamente lícito concluir que poderão versar sobre questões acessórias.

Recurso especial conhecido e provido, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que proceda ao julgamento do mérito dos embargos infringentes. (REsp n. 904.840-RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 7.5.2007).

Processo Civil. Recurso especial. Embargos infringentes: cabimento. Questionamento quanto à natureza da sentença que decide sobre honorários. Recurso não conhecido pela instância de origem.

1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão versar sobre a matéria principal da lide (questão de fundo).

2. Inexiste restrição implícita ou explícita à interposição do recurso (art. 530 do CPC).

3. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 829.147-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.9.2008).

Processual Civil. Honorários advocatícios. Defensoria pública. Condenação imposta pelo Tribunal de origem. Julgamento por maioria. Reforma parcial da sentença. Embargos infringentes. Cabimento.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, em sede de Apelação, por maioria, alterou a decisão de primeira instância, para condenar o Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento de honorários advocatícios a Defensor Público. O voto vencido, invocando jurisprudência do STJ, foi proferido no sentido de afastar a condenação. Interpostos Embargos Infringentes, o Tribunal *a quo* não os conheceu, por entender que a Apelação não reformou sentença de mérito.

2. O artigo 530 do Código de Processo Civil, que trata dos Embargos Infringentes, menciona somente que a sentença deve ser de mérito, não fazendo qualquer distinção quanto à questão ser principal (o fornecimento gratuito de medicamento pelo Estado) ou acessória (honorários advocatícios).

3. A interpretação sistemática do art. 530 do CPC leva à conclusão de que estão afastadas das hipóteses de cabimento de Embargos Infringentes apenas as sentenças proferidas em matérias para as quais se aplica o art. 267, do CPC, quais sejam, as que levam à extinção do feito sem julgamento de mérito.

4. O significado do termo mérito previsto no art. 267 do CPC não pode ser ignorado na interpretação do art. 530, sob pena de acarretar contradições interpretativas dentro de um ordenamento jurídico único, que deve ser analisado sistematicamente.

5. Recurso Especial provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que seja julgado o mérito dos Embargos Infringentes. (REsp n. 836.435-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.10.2008).

Terceira Turma:

Processo Civil. Embargos infringentes. Questão acessória. Compensação de honorários advocatícios. Cabimento.

1. A regra do art. 530 do CPC não faz distinção quanto à apreciação de matéria principal ou secundária no acórdão em que foi verificada a divergência. A única restrição imposta pelo dispositivo legal diz respeito ao objeto da irresignação recursal, que deve ser a decisão a qual reforma a sentença de mérito por maioria de votos dos membros da câmara julgadora.

2. O capítulo da decisão que faz referência aos honorários advocatícios é secundário ou acessório em relação ao pedido principal, mas ainda assim é um capítulo de mérito. O fato de que o dissenso entre os membros da câmara julgadora teve por objeto questão alheia à discussão de mérito principal não impede o conhecimento dos embargos infringentes.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.177.775-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 3.2.2011).

Processual Civil. Recursos. Embargos infringentes. Cabimento. Interesse recursal.

I - Na interpretação assente do art. 530 do Código de Processo Civil, apura-se a divergência, para efeito do cabimento de Embargos Infringentes, levando-se em conta a conclusão do Acórdão e dos votos proferidos e não da motivação, de modo que, não sendo unânime o Acórdão que julga o mérito, cabem Embargos Infringentes, não importando se a divergência é total ou parcial, se máxima ou mínima, se em matéria principal ou acessória, inclusive sobre sucumbência, bem como não importando tenha o Embargante sido vencedor na maior parte do julgamento, lembrando-se que essa orientação, evita o grassar de questões processuais menores a respeito do cabimento dos embargos, as quais em verdade desviam o foco do caso para a incidentalidade, perdendo de vista o julgamento principal.

III - Não é possível afirmar que a parte não tem interesse em interpor embargos infringentes apenas porque o voto vencedor já é mais favorável que a sentença, se existe voto vencido que dá provimento ao apelo em maior extensão.

Recurso especial provido para devolução dos autos a fim de que sejam julgados os Embargos Infringentes. (REsp n. 1.100.945-RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 4.8.2009).

Quinta Turma:

Previdenciário. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Apelação. Sentença parcialmente reformada em matéria acessória (termo inicial

do benefício). Julgamento não unânime quanto ao mérito. Recurso especial que impugna somente matéria meritória. Ausência de embargos infringentes. Não-esgotamento das vias ordinárias caracterizado. Verbete Sumular n. 207-STJ. Agravo improvido.

1. Nos termos do art. 530 do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 10.352/2001, “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

2. É necessária a oposição de embargos infringentes para o esgotamento das vias ordinárias, quer se trate de matéria principal, quer se trate de matéria acessória, se o resultado do julgamento de uma ou outra houver se dado por maioria. Verbete Sumular n. 207-STJ.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 643.951-PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 5.5.2008).

Quando o art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes à existência de uma sentença de mérito, objetiva excluir do âmbito deste recurso as sentenças meramente terminativas, que são aquelas que põem fim ao processo por algum obstáculo processual ou, mesmo, por não haver lide propriamente dita.

O processo extinto com base no art. 267 do CPC, portanto, sem resolução de mérito, quase sempre, não impede a repositura da demanda, uma vez corrigido o defeito processual que gerou a extinção. Nesse caso, dar à parte vencida duas oportunidades de recurso no grau ordinário, uma à Turma (apelação) e outra à Seção (embargos infringentes), seria sobrecarregar o Judiciário com o reexame de questões processuais que, via de regra, não impedirão a parte interessada de propor uma nova ação.

Portanto, *data maxima venia* da orientação em contrário, o art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada.

Nesse sentido, é a lição de **BERNARDO PIMENTEL SOUZA**, *verbis*:

(...) o dissenso também pode estar relacionado à questão principal, assim como à acessória, pois não existe no art. 530 nenhum esclarecimento adicional como há no art. 561. Realmente, diante da inexistência do adjetivo “principal” acompanhando o substantivo “matéria” no artigo 530, é possível concluir que os embargos infringentes podem versar tanto sobre a matéria principal como

tratar da secundária. Portanto, se houve o provimento por maioria da apelação interposta contra sentença definitiva ou a procedência da rescisória, mas com divergência apenas quanto aos honorários advocatícios, juros, correção monetária, os embargos são admissíveis em relação às questões acessórias, pois não há proibição alguma no artigo 530 em relação aos capítulos secundários decididos por maioria de votos; basta que tenha sido a “matéria objeto da divergência”, já que os embargos são cabíveis até mesmo quando o desacordo for parcial. (SOUZA, Bernardo Pimentel, *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*, p. 573).

Igualmente, **LEONARDO DE FARIA BERALDO** leciona o seguinte:

Assim, temos que é completamente irrelevante o fundamento acerca da acessoriedade ou não dos honorários de sucumbência. O importante é lembrar que o artigo 530 do CPC não faz qualquer diferenciação ou ressalva nesse diapasão, logo, aonde o legislador não excepciona, não cabe ao intérprete assim proceder. Não obstante, como todo o respeito, é de se repudiar o argumento de que a verba advocatícia é apenas parte acessória. Logo, havendo reforma da sentença quanto a esse ponto, qual seja, dos honorários advocatícios, não só é possível, mas como será devido o cabimento dos embargos infringentes. (BERALDO, Leonardo de Faria, *Estudos de Direito Constitucional: Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza* / coord. Adhemar Ferreira Maciel, et al., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 465).

Assim, não havendo qualquer restrição no art. 530 do CPC quanto à natureza das matérias a serem enfrentadas em embargos infringentes, não há dúvida de que poderão versar sobre honorários advocatícios, desde que, é claro, preenchidos os demais requisitos do dispositivo: sentença de mérito reformada no julgamento da apelação por maioria de votos.

(B) A natureza dos honorários advocatícios:

Ainda que a discussão sobre o cabimento dos embargos infringentes demandasse perquirição específica acerca da natureza da matéria, a conclusão não seria diferente quanto à admissão do recurso para discutir honorários advocatícios.

O arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado.

Não por outra razão, CHIOVENDA catalogou os honorários como pertencentes a uma terceira categoria, intermediária entre o direito processual e o direito material, intitulado direito processual material, justamente porque

situado em uma faixa de estrangulamento entre o processo e o bem da vida perseguido em juízo. (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, § 4º, n. 23, p. 73).

Apesar de sua natureza eminentemente processual, por estarem inseridos na técnica do processo como decorrência de sua instauração e ter por objetivo tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo, os honorários conferem um direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo. Trata-se, inegavelmente, de um efeito externo ao processo, de relevante repercussão na vida do advogado e da parte devedora, do que decorre seu enquadramento no âmbito do direito processual material. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Honorários Advocatícios no Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9-10).

Assim, os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA afirmam que a parte do julgado que trata dos honorários advocatícios constitui um capítulo de mérito, ainda que conste de uma sentença terminativa:

Não há dúvidas de que a parte do julgado que trata dos honorários de sucumbência constitui um capítulo de mérito, ainda que conste de uma sentença terminativa. Neste último caso, haverá capítulos heterogêneos: um processual, que se refere à extinção terminativa do processo e outro de mérito, relativo aos honorários do advogado. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o “capítulo referente ao custo financeiro do processo, que deve estar presente em toda sentença e guarda, como os capítulos extintivos, relação de heterogeneidade (porque a decisão sobre o custo do processo é de mérito – mérito secundário, acessório, mas mérito)”. E, mais adiante, assim reforça seu entendimento, ao afirmar que “(...), se alguma preliminar fosse acolhida não haveria capítulo algum de mérito – a não ser o relativo aos encargos da sucumbência”.

Tudo isso está a demonstrar, portanto, que cabem embargos infringentes contra a parte do acórdão que, por maioria de votos, altera a fixação dos honorários do advogado. Não se questiona que o capítulo do acórdão que versa sobre embargos infringentes seja ou não acessório. É, não restam dúvidas, acessório. Embora seja acessório, trata-se de um capítulo de mérito. E, sendo de mérito, cabem embargos infringentes, independentemente de constituir um trecho principal ou acessório do julgado; o que importa é que é de mérito. (Curso de Direito Processual Civil, v. III, 7ª ed., Salvador: Jus Podium, 2009, p. 237-238).

Esta conclusão está correta. Os honorários advocatícios, ainda que fixados em sentença terminativa, constituem capítulo de mérito, já que consagram direito do advogado contra a parte que deu causa ao processo.

No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado, e o contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos.

Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula n. 306, deste teor: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, *assegurado o direito autônomo do advogado* à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

A sentença definitiva, ou seja, em que apreciado o mérito da causa, constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a deste com os advogados da parte adversa. Na primeira relação, estará o vencido obrigado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em favor do seu adversário processual. Na segunda, será imposto ao vencido o dever de arcar com os honorários sucumbenciais em favor dos advogados do vencedor.

Já na sentença terminativa, como o processo foi extinto sem resolução de mérito, forma-se apenas a segunda relação, entre o advogado e a parte que deu causa ao processo. Embora inserido em uma sentença terminativa, o capítulo que trata dos honorários, justamente porque disciplina uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação.

BARBOSA MOREIRA entende que capítulo da sentença que trata dos honorários, embora acessório, poderá ser discutido em embargos infringentes, caso presentes os demais requisitos do art. 530 do CPC, *verbis*:

Semelhante disciplina sofreu alteração de monta com a Lei n. 10.352, só aplicável aos acórdãos posteriores à sua entrada em vigor (...); ela excluiu a embargabilidade quando o órgão de segundo grau não haja reformado a sentença, ou quando esta não tenha decidido o *meritum causae*. Nada importa, registre-se, que no julgamento da apelação se haja rejeitado o pedido que o juiz acolhera, ou acolhido o que ele rejeitara. No caso de reforma parcial, unicamente em relação à parte reformada, poderão caber embargos. Não basta para afastar o cabimento a circunstância de tratar-se de capítulo acessório (*v.g.*, condenação

em honorários de advogado) de decisão de mérito. (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 525).

Há precedentes recentes desta Corte que trilharam caminho semelhante, reconhecendo o cabimento dos embargos infringentes para discutir honorários dada a natureza de mérito de que se reveste o capítulo da sentença em que fixados.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:

Processo Civil. Embargos infringentes. Questão acessória. Compensação de honorários advocatícios. Cabimento.

1. A regra do art. 530 do CPC não faz distinção quanto à apreciação de matéria principal ou secundária no acórdão em que foi verificada a divergência. A única restrição imposta pelo dispositivo legal diz respeito ao objeto da irresignação recursal, que deve ser a decisão a qual reforma a sentença de mérito por maioria de votos dos membros da câmara julgadora.

2. O capítulo da decisão que faz referência aos honorários advocatícios é secundário ou acessório em relação ao pedido principal, mas ainda assim é um capítulo de mérito. O fato de que o dissenso entre os membros da câmara julgadora teve por objeto questão alheia à discussão de mérito principal não impede o conhecimento dos embargos infringentes.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.177.775-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 3.2.2011).

Desse julgado, destaca-se o fragmento seguinte:

Além do mais, a questão da compensação dos honorários advocatícios é reflexo do pedido contido na inicial. Se é certo que o mérito pode ser definido “a pretensão trazida pelo demandante para ser apreciada pelo juiz” (Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 23ª Ed., 2007, p. 306), então o pedido implícito de condenação da parte contrária ao pagamento da verba de sucumbência pode ser identificado com o mérito da demanda. O capítulo da decisão que faz referência aos honorários advocatícios é, portanto, secundário ou acessório em relação ao pedido principal, mas ainda assim é um capítulo de mérito (Dinamarco, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 1ª Ed., 2002, p. 46 e 52).

Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz qualquer restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes – apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de

votos –, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência.

Por fim, o aresto da Corte Especial sobre a matéria não impede que sejam adotadas essas conclusões: primeiramente, porque se trata de tema ainda não totalmente pacificado, havendo precedentes recentes de diversos órgãos julgadores desta Corte em sentido contrário; em segundo lugar, porque este recurso especial é representativo de controvérsia, submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, não havendo melhor oportunidade do que esta para definir a questão; em terceiro lugar, porque o aresto da Corte Especial trata da questão do cabimento dos embargos infringentes em agravo de instrumento, tendo sido apenas tangenciada a discussão sobre honorários advocatícios.

Esse fato, aliás, não passou despercebido no voto que proferiu a então Desembargadora Federal, hoje Ministra do STJ, Maria Isabel Gallotti, como se observa do seguinte fragmento de seu voto:

Neste ponto, observo que o acórdão da Corte Especial do STJ no Agravo Regimental n. 823.307-SC, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, não agasalha a tese do voto divergente, porque nele apenas ficou decidido que não cabem embargos infringentes de acórdão não unânime *em agravo de instrumento* em que a decisão agravada, a propósito de honorários de sucumbência, foi reformada por maioria.

Com efeito, extraio os seguintes parágrafos:

Por outro lado, ao recurso especial da Caixa Econômica Federal não se aplica o veto da Súmula n. 207-STJ, porquanto impugnado acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferido em sede de agravo de instrumento.

A redação do art. 530 do CPC é clara em restringir o cabimento dos embargos infringentes apenas na hipótese de apelação ou ação rescisória, ainda que, por construção jurisprudencial, o admita este Tribunal, na restrita hipótese de o mérito da ação principal ser decidido no agravo, conforme decidido no EREsp n. 276.107-GO, que embasa o recurso.

(...)

Relativamente à questão de fundo do presente inconformismo, equivocam-se os embargantes, porquanto os honorários advocatícios não compõem o mérito da execução subjacente, ainda que haja pedido explícito neste sentido, pois o objeto é a correção monetária sobre depósitos existentes em contas vinculadas do FGTS.

Embora não sejam, segundo a literalidade da lei, cabíveis embargos infringentes de acórdão em majoritário em agravo regimental, a jurisprudência do STJ os admite, em casos restritos, em que no agravo de instrumento se decidiu, por maioria, a respeito do mérito, como, por exemplo, decisão no sentido da extinção da execução. Neste caso, como, na linha da jurisprudência do STJ, seriam cabíveis embargos infringentes, não é conhecido o REsp interposto diretamente do acórdão majoritário. Mas, quando o acórdão majoritário *em agravo* é a respeito dos ônus da sucumbência (e não a respeito do mérito), é cabível diretamente o recurso especial, porque incabíveis os embargos infringentes. (fls. 253-254).

Por fim, observo que a ausência de interposição dos embargos infringentes na origem sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que não será conhecido por preclusão e falta de exaurimento de instância.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

Por tratar-se de recurso sujeito ao art. 543-C do CPC, cumram-se as formalidades da Resolução STJ n. 8/2008.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, também acompanho o voto do eminente Ministro Relator, com o adendo a que aqui aludiu o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, para espancar qualquer dúvida.

VOTO

Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Cabimento de embargos infringentes. Matéria acessória. Honorários sucumbenciais. Precedentes.

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Ruy Alberto Sampaio do Nascimento e outro*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região cuja ementa é a seguinte:

Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Divergência sobre condenação em honorários de advogado. Inexistência de mérito da sentença. Inadmissibilidade. CPC, art. 530.

1. Os honorários de advogado não dizem respeito, propriamente, ao mérito da causa, tanto que há condenação em honorários mesmo quando não se julga o mérito.

2. São inadmissíveis os presentes embargos infringentes, a teor do art. 530 do Código de Processo Civil.

3. Embargos infringentes não conhecidos.

Em síntese, alegam violação do art. 530 do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial.

O recurso foi submetido à Corte Especial, sob o regime dos arts. 543-C do CPC e 2º da Resolução-STJ n. 8, de 7 de agosto de 2008.

Discute-se, nos autos, o cabimento de embargos infringentes relativamente a questões acessórias, a exemplo da fixação de verbas honorárias, que tenham sido decididas por maioria de votos.

No julgamento do Recurso Especial n. 904.840-RS, proferi voto no sentido de que os embargos infringentes são cabíveis, ante a interpretação de que o art. 530 do CPC não faz referência expressa em relação ao cabimento dos embargos, apenas quanto à matéria principal da lide, sendo, pois, perfeitamente lícito concluir que poderão versar sobre questões acessórias.

A propósito:

Recurso especial. Processual Civil. Cabimento de embargos infringentes. Matéria acessória. Honorários sucumbenciais. Retorno dos autos.

1. Restringe-se a controvérsia acerca do cabimento dos embargos infringentes contra julgamento de apelação que, por maioria, modificou sentença, tão-somente, quanto ao pagamento de honorários.

2. A divergência que deu origem aos embargos infringentes não tratou da questão principal, mas foi relativa à matéria acessória, qual seja, possibilidade de condenação do Estado do Rio Grande do Sul ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública.

3. Os embargos infringentes são cabíveis ante a interpretação de que o artigo 530 do CPC não faz referência expressa em relação ao cabimento destes apenas quanto à matéria principal da lide, sendo, pois, perfeitamente lícito concluir que poderão versar sobre questões acessórias.

Recurso especial conhecido e provido, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de que proceda ao julgamento do mérito dos embargos infringentes.

(REsp n. 904.840-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.4.2007, DJ 7.5.2007, p. 310).

É este também o entendimento do jurista Bernardo Pimentel Souza:

O dissenso também pode estar relacionado à questão principal, assim como à acessória, pois não existe no artigo 530 nenhum esclarecimento adicional como há no artigo 561. Realmente, diante da inexistência do adjetivo “principal” acompanhando o substantivo “matéria” no artigo 530, é possível concluir que os embargos infringentes podem versar tanto sobre a matéria principal como tratar da secundária. Portanto, se houve o provimento por maioria da apelação interposta contra sentença definitiva ou a procedência da rescisória, mas com divergência apenas quanto aos honorários advocatícios, juros, correção monetária, os embargos são admissíveis em relação às questões acessórias, pois não há proibição alguma no artigo 530 em relação aos capítulos secundários decididos por maioria de votos; basta que tenha sido a “matéria objeto da divergência”, já que os embargos são cabíveis até mesmo quando o desacordo for parcial.

(in “Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória”, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 503-504).

No mesmo sentido: REsp n. 1.177.775-RS, Rel. Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, DJe 3.2.2011; REsp n. 829.147-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.9.2008; AgRg no REsp n. 882.716-MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.4.2009; REsp n. 710.940-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 4.5.2006, p. 138).

Portanto, em meu sentir, é admissível a interposição de embargos infringentes para discussão de matéria acessória, apesar de não relacionada diretamente ao mérito da ação.

Por fim, importante registrar que a não interposição de embargos infringentes em relação às questões acessórias não deve impedir o conhecimento do recurso especial.

Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Relator no sentido de dar provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA VENCIDO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Recurso especial da relatoria do em. Ministro Castro Meira, interposto por Ruy Alberto Sampaio do Nascimento e outro, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra o acórdão de fls. 239-268, da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Divergência sobre condenação em honorários de advogado. Inexistência de mérito da sentença. Inadmissibilidade. CPC, art. 530.

1. Os honorários de advogado não dizem respeito, propriamente, ao mérito da causa, tanto que há condenação em honorários mesmo quando não se julga o mérito.

2. São inadmissíveis os presentes embargos infringentes, a teor do art. 530 do Código de Processo Civil.

3. Embargos infringentes não conhecidos (fl. 268).

Sustentam os recorrentes a existência de violação do art. 530 do Código de Processo Civil, argumentando que é possível, em embargos infringentes, o exame de questões acessórias e que, “no caso em discussão, é incontroverso que o acórdão proferido em sede de apelação reformou a sentença de mérito, afastando da condenação, por maioria de votos, a condenação da CEF em honorários advocatícios” (fl. 275).

Quanto ao dissídio jurisprudencial, trazem os seguintes julgados desta Corte: REsp n. 904.840-RS, Segunda Turma, Ministro Humberto Martins, DJ de 7.5.2007, e REsp n. 710.940-RS, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ de 4.6.2006.

Pedem o provimento do recurso especial para que seja determinado “o retorno dos autos ao Tribunal de origem para proceder ao julgamento do mérito dos embargos infringentes” (fl. 278).

A Caixa Econômica Federal – CEF apresentou contrarrazões (fls. 296-302), e o recurso especial foi admitido pelo Presidente do Tribunal de origem “em face da multiplicidade de recursos sobre o tema, nos termos do art. 543-C, § 1º, do CPC e do art. 1º da Resolução n. 8 de 7.8.2008 do STJ, alertando ser este o primeiro recurso especial contra acórdão da lavra da eminente Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, sob os auspícios da legislação citada” (fl. 307).

O em. Ministro Castro Meira, relator, deu provimento ao recurso especial, considerando que a orientação mais recente converge no sentido de conferir ao art. 530 do Código de Processo Civil uma interpretação mais abrangente, admitindo o cabimento de embargos infringentes para discutir matérias ancilares, como os honorários advocatícios, quando presentes os requisitos legais, a saber: sentença de mérito, reforma dela em grau de apelação e acórdão não unânime. Traz julgados da Primeira (REsp n. 710.940-RS, Ministro Francisco Falcão, e AgRg no Ag n. 731.101-CE, Ministro Luiz Fuz), da Segunda (AgRg no REsp n. 882.716-MS, Ministro Herman Benjamin, REsp n. 904.840-RS, Ministro Humberto Martins, REsp n. 829.147-RS, Ministra Eliana Calmon, e REsp n. 836.435-RS, Ministro Herman Benjamin), da Terceira (REsp n. 1.177.775-RS, Ministra Nancy Andrighi, e REsp n. 1.200.945-RJ, Ministro Sidnei Beneti) e da Quinta (AgRg no REsp n. 643.951-PB, Ministro Arnaldo Esteves Lima) Turmas.

Invocando a doutrina, reforça o em. relator a idéia de que a verba honorária está inserida no “direito processual material”. Apesar de disciplinada pelo direito processual, decorre de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente. Explica, ainda, sob esse enfoque, que a sentença definitiva, ou seja, na qual apreciado o mérito da causa, constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a deste com os advogados da parte adversa. Já na sentença terminativa, como o processo foi extinto sem resolução de mérito, forma-se apenas a segunda relação, entre o advogado e a parte que deu causa ao processo. Embora inserido em uma sentença terminativa, o capítulo que trata dos honorários, justamente porque disciplina uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, cuida, em verdade, do mérito, ainda que verse sobre questão dependente e acessória, de modo que esse ponto poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação. Acrescenta, ao final, que a ausência de interposição dos embargos infringentes na origem, sobre a condenação em honorários advocatícios não veda a admissão do recurso especial, a menos que o apelo verse exclusivamente sobre a verba de sucumbência, caso em que dele não se conhecerá por preclusão e por falta de exaurimento de instância.

Vou divergir do voto do em. Ministro relator.

Extraio dos autos, em primeiro lugar, que a ação ordinária proposta pelos ora recorrentes contra a CEF foi julgada totalmente procedente em seu mérito.

Fixou-se a verba honorária em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação (fls. 124-127).

Em segundo grau (Quinta Turma do TRF da 1ª Região), a relatora negou “provimento ao recurso adesivo dos autores e” deu “parcial provimento ao apelo da Caixa Econômica Federal, *para fixar os juros moratórios em 0,5% (meio por cento) ao mês, conforme Enunciado da Súmula n. 46 desta eg. Corte, e excluir a condenação ao pagamento das custas e honorário advocatícios*, nos termos das Medidas Provisórias n. 2.164-40/2001 e n. 2.180-35/2001” (fl. 182). O Desembargador Federal João Batista Moreira, em voto-vogal (vencido em parte), divergiu da relatora, *apenas, quanto aos honorários, arbitrando-os em 10% (dez por cento) sobre “o valor da condenação*, considerando a simplicidade da lide, salvo se a sentença os fixou em percentual menor e não houve recurso da parte, caso em que devem ser mantidos” (fl. 185).

Consta da certidão de julgamento, então, que “a Turma, por maioria, deu provimento parcial à apelação da CEF *quanto às custas e aos honorários* e negou provimento ao recurso adesivo dos autores, vencido em parte o Desembargador Federal João Batista Moreira, que dava provimento ao recurso adesivo dos autores. O Desembargador Federal João Batista Moreira juntará voto escrito quanto aos honorários” (fl. 186).

A Quinta Turma do Tribunal de origem rejeitou, ainda, os embargos de declaração opostos pelos ora recorrentes (fls. 199-203).

Sem dúvida, na apelação, a sentença de mérito foi reformada, por unanimidade, em relação ao percentual dos juros de mora e, *por maioria, no tocante aos honorários advocatícios*. Discute-se, neste recurso especial, assim, o cabimento dos embargos infringentes, observado que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua Terceira Seção, decidiu pela negativa.

Passando ao efetivo julgamento da questão de direito, ressalto o meu entendimento de que a melhor interpretação da lei não deve começar pelo exame do produto final da atividade legislativa, que é a norma escrita, mas pelas razões que deram origem à edição do diploma legal ou de sua alteração. Com isso, torna-se viável corrigir imperfeições na própria letra da lei e aplicar melhor o direito com base na *ratio legis*. Evidentemente, no tocante às alterações da lei, não se pode desconsiderar as posteriores mudanças ocorridas em diversas áreas (sociais, econômicas, jurídicas etc.) e que trouxeram reflexos na aplicação da norma existente.

No caso dos embargos infringentes, quanto à sua finalidade e à sua necessidade, assim escreveu Pontes de Miranda:

O interesse precipuamente protegido pelo art. 530 do Código de 1973 não é o individual. É o interesse público em que haja a mais completa *aplicação* de todas as leis que presidiram à formação das relações jurídicas, isto é, de todas as leis que *incidiram*. As leis incidem por força mesma da sua vigência, segundo as regras jurídicas sobre entrada em vigor e os princípios de direito intertemporal. Porque há leis que incidiram porém não foram respeitadas, — e o mesmo valeria dizer-se não foram aplicadas, — existe a justiça, primitivamente de mão própria e, mais tarde, a cargo do Estado. Ao legislador brasileiro pareceu que, havendo sentença, proferida pelo juiz de primeira instância, a sua confirmação unânime contém alta probabilidade de não ter havido erro judiciário. Noutros termos: é muito provável que a aplicação das leis se tenha feito com acerto (aplicação *igual* à incidência). Também se lhe afigurou que a reforma pela totalidade dos julgadores oferece a mesma base de segurança. É mais provável, entre pessoas do mesmo nível de cultura dos mesmos requisitos de moralidade pública, o erro de um do que o erro de todos. Máxime se esses juízes ocupam degrau superior na ordem judiciária, com todas as presunções de maior experiência e as vantagens da discussão entre si.

Firme-se, pois, em conclusão, que a embargabilidade quando, em grau de apelação, se reformou, ou se confirmou, a decisão, sem ter havido unanimidade, não consulta, em primeira plana, o interesse da parte, mas o interesse do Estado, distribuidor da justiça. Aliás, em geral, na interpretação das leis sobre recurso, cabe sempre atender-se ao princípio *lógico*, segundo o qual se há de entender o texto no sentido que seja mais seguro, mais fácil e mais cômodo ao evitamento de erros judiciários (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1975, Tomo VII, páginas 339-340).

Em sentido semelhante, leciona José Carlos Barbosa Moreira:

Em favor da manutenção dos embargos a acórdãos, tem-se argumentado com a conveniência de abrir-se nova oportunidade à revisão da matéria julgada, quando, no próprio Tribunal, não se forma unanimidade. É claro que existiria o perigo de permitir-se a cristalização definitiva de injustiças, possivelmente contidas em pronunciamentos vistos como inconvincentes, porque não resultantes de votação unânime. Segundo exame pode sem dúvida conduzir, em muitos casos, à correção de decisões errôneas. Não fica excluída, porém, a hipótese inversa, embora se objete que, cabendo o julgamento dos embargos, em geral, a órgão composto de maior número de juízes, é lícito presumir que se chegue a mais seguro resultado. São argumentos, senão incontrastáveis, pelos menos dignos de ponderação (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1974, Vol. V, página 400).

Especificamente sobre o art. 530 do Código de Processo Civil, na sua antiga redação (anterior à Lei n. 10.352, de 26.12.2001), possuía o seguinte teor:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Como se pode verificar, a norma abrangia hipóteses relativas a sentenças extintivas do processo com ou sem julgamento do mérito e acórdãos que conhecessem do recurso, julgando o mérito recursal, assim como os que do apelo não conhecessem em decorrência do acolhimento de qualquer preliminar. Enfim, o dispositivo buscava uma decisão mais correta em relação a temas variados, não se excluindo questões processuais ou de outra natureza.

Com a edição da Lei n. 10.352, de 26.12.2001, nova redação foi conferida ao art. 530 do Código de Processo Civil, assim:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Flagrantemente, o cuidado do legislador voltou-se, expressamente, para as decisões de mérito, ponto central dos processos judiciais, indispensável para se concretizar a paz social mediante a solução de litígios. E quando se fala em mérito, aí se inclui o direito material principal, como, igualmente, os temas acessórios de mérito – juros moratórios, correção monetária, termo inicial desses encargos e, *v.g.*, o de prestações mensais eventualmente postuladas, etc.

O novo dispositivo, ressaltado ainda, ao restringir a utilização dos embargos infringentes, buscou satisfazer a indispensável necessidade, atual, de maior celeridade na conclusão final dos processos frente ao reduzido número de juízes e do aumento exagerado de ações em trâmite. É verdade que aumentou a responsabilidade dos Tribunais de segundo grau em relação aos temas não relacionados ao mérito, haja vista que vedados os embargos infringentes no tocante a eles, mas o breve encerramento da prestação jurisdicional quanto ao mérito da ação, que não mais deve ser protelado mediante discussões alheias a ele, sobrepõe-se ao risco. É o que se espera hoje do Poder Judiciário.

Para confirmar tal orientação, veja-se que a própria “exposição de motivos” no tocante à modificação do art. 530 do CPC pela Lei n. 10.352/2001 revela

que a intenção do novo dispositivo é simplificar a questão recursal, restringindo os embargos infringentes, exclusivamente, a eventuais divergências sobre o mérito da causa. Confira-se o texto da “exposição de motivos” nesta parte:

Arts. 530 a 534. No alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais díspares, *inclusive no sentido de sua extinção*. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Pareceu, no entanto, altamente conveniente reduzir tal recurso (que ao final, implica em “reiteração” da apelação) aos casos:

a) em que o acórdão não-unânime tenha reformado a sentença; volta-se destarte, ao sistema previsto originalmente no código processual de 1939. Com efeito, se o acórdão confirma a sentença, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, neste caso, mais um recurso ordinário;

b) em que a divergência tenha surgido em matéria de mérito, não simplesmente em tema processual;

c) em que a rescisória tenha sido julgada procedente.

Com tais limitações, adequadas a reduzir bastante o número de embargos, o recurso é mantido (grifos meus).

Sob esse prisma, a divergência interna do colegiado verificada em relação a, por exemplo, custas, multa processual e honorários advocatícios, que são questões *diversas* do mérito da ação e das acessórias do próprio mérito, não permite a interposição de embargos infringentes. Isso por não mais se justificar o prolongamento da solução do tema principal do litígio, focado no texto atual do art. 530 do CPC, e do encerramento do processo. Decidir de forma diversa, na minha compreensão, contraria o flagrante objetivo da atual redação do dispositivo processual, qual seja, o de simplificar a malha recursal e aumentar a celeridade dos feitos, conforme declarado na reproduzida “exposição de motivos”.

Humberto Theodoro Júnior, a propósito, após discorrer sobre os requisitos de admissibilidade dos embargos infringentes, é bastante objetivo ao afirmar que, “hoje, somente temas de mérito são debatíveis em embargos infringentes” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 52ª edição, Ed. 2011, página 633). Mais adiante, na mesma obra, é ainda mais peremptório, dizendo:

A divergência que autoriza o manejo dos embargos infringentes só pode versar sobre o mérito da causa. Questões solucionadas no campo das condições

da ação ou dos pressupostos processuais são inadequadas ao debate próprio desse tipo de recurso. Só a divergência em torno da solução de mérito é que, nos termos da lei, pode ser inovada, na espécie (páginas 634-635).

Tudo isso leva à conclusão de que o fato de o dispositivo não excluir, expressamente, os temas acessórios não relacionados ao mérito, como os ônus sucumbenciais (custas e honorários), não implica a admissão dos embargos para resolver essas discussões. Essa ampliação interpretativa, volto a afirmar, colide com a própria finalidade da nova norma, que não pode ser desprezada.

No tocante à jurisprudência desta Corte, não desconheço que há precedentes da Primeira, da Segunda e da Terceira Turmas, já citados pelo em. Ministro Castro Meira no seu voto, no sentido de admitir o exame, em embargos infringentes, da questão relacionada aos honorários advocatícios quando julgada por maioria em apelação. Mas também há julgados da Primeira Turma (AgRg no AI n. 611.112-RS, Ministro José Delgado, DJ de 21.3.2005, e AgRg no AI n. 798.313-PE, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 12.4.2007) que não admitem o cabimento de embargos em tal hipótese. A questão, portanto, deve ser solucionada definitivamente.

Observo, ainda, que a Quinta Turma tem acórdão que admitiu embargos infringentes para discutir questão *acessória vinculada ao mérito, no caso o termo inicial do benefício previdenciário* (AgRg no REsp n. 643.951-PB, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 5.5.2008), orientação com a qual concordo, conforme já explicito acima.

Por último, não posso deixar de ressaltar que esta Corte Especial, no julgamento dos Embargos de Divergência em REsp n. 276.107-GO, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.8.2003, decidiu que “são cabíveis embargos infringentes contra decisão majoritária proferida em agravo de instrumento, quando neste for decidida matéria de mérito”. Posteriormente, proferiu vários julgados no sentido de *afastar* esse entendimento *quando o agravo de instrumento cuidasse, apenas, de honorários advocatícios*. Isso por entender que tal verba sucumbencial não tem natureza meritória. Confira-se:

Agravo regimental. Embargos de divergência. Não ocorrência de dissenso em relação a julgado da Corte Especial. Ausência de litígios semelhantes com soluções diversas.

1. Na decisão majoritária, proferida em agravo de instrumento, são cabíveis os embargos infringentes quando nele for decidido o mérito. Relacionado o *meritum causae* com o depósito das diferenças de correção do saldo existente na conta

vinculada do FGTS, e sendo o debate no agravo de instrumento limitado apenas quanto ao pedido acessório de fixação de honorários advocatícios na execução, não se apresenta como adequado o recurso previsto no art. 530 do Código de Processo Civil. Precedente.

2. Agravo regimental desprovido, com redistribuição do processo à Seção competente para exame acerca de eventual dissenso com julgados apontados como paradigmas de órgãos fracionários dela (Seção) integrante (AgRg nos EREsp n. 823.307-SC, Fernando Gonçalves, DJ de 12.2.2007).

Processual Civil. Agravo regimental. Embargos infringentes. Agravo de instrumento. Honorários advocatícios. Verba acessória. Acórdão majoritário. Inaplicabilidade da Súmula n. 207-STJ. Embargos de divergência. Execução de diferenças de correção monetária de FGTS. Ajuizamento posterior à Medida Provisória n. 2.164-40/2001. Inadmissibilidade.

I. À verba honorária decidida por maioria em agravo de instrumento tirado de execução de diferenças de correção sobre FGTS não tem aplicabilidade a Súmula n. 207-STJ, porquanto cuida-se de matéria acessória. Precedentes.

II. Nessas ações, quando ajuizadas posteriormente à Medida Provisória n. 2.164-40/2001, que é o caso dos autos, não cabem honorários advocatícios. Precedentes.

III. Agravo improvido (AgRg nos EREsp n. 825.166-SC, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 11.12.2006).

Processual Civil. Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Correção monetária. Ação ajuizada após a vigência da MP n. 2.164-40/2001. Condenação da CEF ao pagamento de honorários advocatícios. Não-cabimento. Matéria pacificada no STJ. Súmula n. 168-STJ. Incidência. Agravo improvido.

1. Não cabem embargos infringentes contra acórdão proferido em agravo de instrumento que, por maioria, decide a respeito do cabimento de verba honorária em execução.

2. Nas ações ajuizadas posteriormente à edição da MP n. 2.164-40/01, que acrescentou o art. 29-C na Lei n. 8.036/1990, nas quais se discute a atualização das contas vinculadas do FGTS, não é cabível a condenação da Caixa Econômica Federal – CEF ao pagamento de honorários advocatícios.

3. Ao Superior Tribunal de Justiça não compete o exame de violação ao texto constitucional em embargos de divergência em recurso especial, diante da competência fixada pela Constituição Federal e dos estritos limites de cabimento desse recurso, destinado à resolução de discordância existente entre seus órgãos fracionários na interpretação de lei federal.

4. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Súmula n. 168-STJ).

5. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp n. 774.236-SC, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 1º.12.2008).

Embargos de divergência em recurso especial. Ausência de similitude fática. Não-conhecimento.

1. Inexiste divergência jurisprudencial entre o acórdão que decide serem incabíveis os embargos infringentes contra decisão majoritária proferida em agravo de instrumento relativo ao pagamento de honorários advocatícios pela Fazenda Pública em execução e o acórdão que decide serem cabíveis os embargos infringentes contra decisão majoritária proferida em agravo de instrumento que julgara extinta a execução, declarando a invalidade do título executivo.

2. “À verba honorária decidida por maioria em agravo de instrumento tirado de execução de diferenças de correção sobre FGTS não tem aplicabilidade a Súmula n. 207-STJ, porquanto cuida-se de matéria acessória.” (AgRgEREsp n. 825.166-SC, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, in DJ 11.12.2006).

3. Embargos de divergência não conhecidos (EREsp n. 833.166-SC, Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 13.11.2008).

A guisa de conclusão, entendo que os embargos infringentes são cabíveis, apenas, para discutir tanto as questões de mérito da ação quanto as acessórias deste (juros, correção monetária, termo inicial de benefícios etc.), descabendo o mencionado recurso em relação a questões meramente acessórias no processo, tais como custas, multa processual e honorários advocatícios.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: A discussão sobre a qual se assenta o presente recurso representativo da controvérsia cinge-se em saber se *é ou não cabível a interposição de embargos infringentes em face de acórdão que, em grau de apelação, reforma, por maioria de votos, a sentença de mérito especificamente em relação à fixação dos honorários advocatícios.*

Dispõe o art. 530 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001, serem cabíveis os embargos infringentes “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Da leitura da primeira parte do referido dispositivo legal, pode-se aferir que os requisitos para o cabimento dos embargos infringentes são (i) a existência de acórdão não unânime, (ii) que haja reformado em grau de apelação (iii) sentença de mérito. *Não fez a Lei qualquer ressalva a respeito de qual matéria deveria ser objeto de reforma, se a atinente ao capítulo principal do dispositivo – do mérito propriamente dito – ou concernente ao acessório.*

Nesse sentido assevera a doutrina de **Barbosa Moreira**:

Para configurar o desacordo, basta que qualquer dos membros do órgão julgador emita voto *diferente* dos outros; não é necessário que vote no sentido *oposto*. A divergência pode indiferentemente verificar-se em qualquer dos pontos sobre que se haja de decidir no julgamento (*de meritis*) da apelação ou da rescisória, *quer se trate do capítulo principal, quer de acessório (inclusive condenação em custas processuais e/ou honorários advocatícios)*. (in. O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 28ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 149-150).

No mesmo caminho, esta e. Corte Superior possui diversos julgados recentes que entendem pelo *cabimento* de embargos infringentes em situações como a do presente caso. Cito, nesse sentido, os seguintes julgados: REsp n. 1.177.775-RS, 3ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrigbi, DJe de 3.2.2011; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.234.323-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2011; REsp n. 1.244.683-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.5.2011; AgRg nos EDcl no REsp n. 804.503-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 1º.7.2011.

Ante o exposto, acompanho voto do em. Min. Castro Meira, Relator, para *conhecer do recurso e dar-lhe provimento*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gilson Dipp: No voto-vista do Senhor Ministro Cesar Rocha consta a síntese do caso cuja transcrição, pela sua clareza, trago à consideração:

Extraído dos autos, em primeiro lugar, que a ação ordinária proposta pelos ora recorrentes contra a CEF foi julgada totalmente procedente em seu mérito. Fixou-se a verba honorária em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação (fls. 124-127).

Em segundo grau (Quinta Turma do TRF da 1ª Região), a relatora negou “provimento ao recurso adesivo dos autores e” deu “parcial provimento ao apelo da Caixa Econômica Federal, para fixar os juros moratórios em 0,5% (meio por cento) ao mês, conforme Enunciado da Súmula n. 46 desta eg. Corte, e excluir a condenação ao pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos das Medidas Provisórias n. 2.164-40/2001 e n. 2.180-35/2001” (fls. 182). O Desembargador Federal João Batista Moreira, em voto-vogal (vencido em parte), divergiu da relatora, apenas, quanto aos honorários, arbitrando-os em 10% (dez por cento) sobre “o valor da condenação, considerando a simplicidade da lide, salvo se a sentença os fixou em percentual menor e não houve recurso da parte, caso em que devem ser mantidos” (fls. 1.185).

Consta da certidão de julgamento, então, que “a Turma, por maioria, deu provimento parcial à apelação da CEF quanto às custas e aos honorários e negou provimento ao recurso adesivo dos autores, vencido em parte o Desembargador Federal João Batista Moreira, que dava provimento ao recurso adesivo dos autores (...) (...) A Quinta Turma do Tribunal de origem rejeitou ainda os embargos de declaração opostos pelos ora recorrentes (fls. 199-203). (...) (...)”

Sem dúvida, na apelação, a sentença de mérito foi reformada, por unanimidade, em relação ao percentual dos juros de mora e, por maioria, no tocante aos honorários advocatícios.

Discute-se neste recurso especial, assim, o cabimento dos embargos infringentes, observado que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua Terceira Seção, decidiu pela negativa.

O Ministro Relator (Castro Meira) acompanhado dos Ministros Arnaldo Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Felix Fischer deram provimento ao recurso especial para que os embargos infringentes – negados perante o TRF - 1ª Região - voltem a exame da Corte local.

O Ministro Cesar Rocha divergiu negando provimento ao recurso especial.

A controvérsia, pois, limita-se a definir se os honorários advocatícios aplicados à sucumbência naquela ação ordinária constituem matéria de mérito, ou, sendo verbas acessórias, ficam fora do âmbito de apreciação dos embargos infringentes disciplinada no art. 530 do CPC (com a redação da Lei n. 10.352, de 2001).

Pedi vista para melhor exame.

Os votos que sustentam o cabimento dos embargos infringentes consideram que a divergência no acórdão local embargado sobre a verba honorária - seja ela ou não matéria acessória ao mérito - constitui também divergência sobre matéria de mérito sujeitando-se assim ao reexame na forma do art. 530 do CPC.

A divergência do Ministro Cesar Rocha está resumida assim: “entendo que os embargos infringentes são cabíveis, apenas, para discutir as questões de mérito da ação quanto às acessórias deste (juros, correção monetária, termos inicial de benefícios etc.), descabendo o mencionado recurso em relação a questões meramente acessórias no processo, tais como custas, multa processual e honorários advocatícios.”

Ou seja, para os primeiros, mesmo acessórios, os honorários integram o mérito *do pedido*, e para a divergência os honorários, assim como as custas e multas, constituem acessório *ao processo* já que é possível por exemplo a causa ser encerrada sem julgamento de mérito e aplicarem-se honorários.

De outra parte, os diferentes votos já enunciados mostram que a controvérsia, a despeito de já ter sido resolvida anteriormente pela Corte Especial - (*v.g.* no Agravo regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 825.166-SC, Min. Aldir Passarinho, j. 9.11.2006, unânime: “a verba honorária decidida por maioria em agravo de instrumento tirado de execução de diferenças de correção de FGTS não tem aplicabilidade a Súmula n. 207-STJ, porquanto cuida-se de matéria acessória. Precedentes”, e ainda Ag.Rg. nos ED em REsp n. 774.236, Min. José Arnaldo, Corte Especial, j. 15.10.2008, *verbis* “Não cabem embargos infringentes contra acórdão proferido em agravo de instrumento que, por maioria, decide a respeito do cabimento de verba honorária em execução”), - voltou a ser debatida com diversos julgados em sentido contrário nas Turmas, tanto que, aqui, o próprio Ministro Relator (Castro Meira), fazendo referência a esse fato, propôs a revisão da jurisprudência.

A meu juízo está certa a tese da divergência.

Com efeito, a condenação em honorários segue a doutrina da causalidade, isto é, resulta do ônus da sucumbência de quem deu causa à demanda, seja autor ou réu, de acordo com o próprio resultado do julgamento.

Em outros termos, a imposição de verba honorária ao vencido (art. 20 do CPC) decorre não do mérito do pedido em si, do autor ou do réu, senão da sucumbência segundo o evento da lide.

Por essa razão, porque não integra ontologicamente o pedido pode ser dispensado como nas sentenças de mandado de segurança ou de execução em que não há mérito, ou ainda naquelas que a lei assim dispuser expressamente (p. ex. contra o Ministério Público, contra a Fazenda Pública em certos casos, ou, como neste, com respeito ao FGTS).

A imposição de honorários ao vencido constitui condenação legalmente estabelecida mas logicamente ligada à condição de vencido e nesse sentido, como afirmado pelo voto do Ministro Cesar Rocha, relacionada ao mérito do processo, e não, ao da causa ou lide.

Por outro lado, também tenho como acertado que, tal qual o recurso especial e o recurso extraordinário, pela sua natureza *excepcional* os embargos de divergência estão destinados a promover a uniformização do direito e a harmonização da jurisprudência, o que lhe reserva função estrita e assim servindo muito mais à credibilidade e legitimidade da jurisdição em favor da sociedade do que em proteção do interesse particular do demandante individual.

Conjugados esses dois argumentos, estou convencido que o âmbito dos embargos deve ser compreendido com respeito a esses postulados, no campo exclusivo da apelação e da ação rescisória e nos limites estritos do exame de mérito da causa.

Como os honorários da sucumbência mesmo aderentes ao pedido de mérito não constituem matéria de mérito do pedido, os embargos de divergência não têm amplitude para apreciá-los.

Nesses termos, *nego provimento* ao recurso especial, mantendo o acórdão recorrido que deles não conheceu, acompanhando a divergência.

É o voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto por *Ruy Alberto Sampaio do Nascimento* e outro em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferido nos autos de ação ordinária ajuizada em desfavor da Caixa Econômica Federal, visando o pagamento dos denominados “expurgos inflacionários” relativos aos meses de janeiro/1989 e abril/1990.

O Juízo de primeiro grau julgou integralmente procedente o pedido dos Autores, fixando os honorários advocatícios em 3% sobre a condenação. O Tribunal de origem, por maioria, afastou a condenação da CEF nos honorários advocatícios, enquanto o voto-vencido os fixava em 10% da condenação.

Os Autores opuseram embargos infringentes, que não foram conhecidos, em acórdão assim ementado, *in verbis*:

Processual Civil. Embargos infringentes. FGTS. Divergência sobre condenação em honorários de advogado. Inexistência de mérito da sentença. Inadmissibilidade. CPC, art. 530.

1. Os honorários de advogado não dizem respeito, propriamente, ao mérito da causa, tanto que há condenação em honorários mesmo quando não se julga o mérito.

2. São inadmissíveis os presentes embargos infringentes, a teor do art. 530 do Código de Processo Civil.

3. Embargos infringentes não conhecidos. (fl. 268).

Interpuseram, em seguida, o presente recurso especial, que foi admitido pelo Tribunal *a quo* como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil e do art. 1.º da Resolução n. 8-STJ.

O Ministro relator deu provimento ao presente recurso especial para reconhecer que os honorários advocatícios devem ser objeto de embargos infringentes, quando reformados por maioria em sede de apelação, por se tratar de questão de acessória ao mérito da ação, entendimento que foi acompanhado pelos ilustres Ministros Arnaldo Esteves, Massami Uyeda, Humberto Martins e Felix Fischer.

O eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, após seu pedido de vista, inaugurou a divergência. Asseverou, primeiramente, que, de acordo com a exposição de motivos da Lei n. 10.352/2001, que dentre outras matérias tratou das alterações na disciplina dos embargos infringentes, “(...) a intenção do novo dispositivo é simplificar a questão recursal, restringindo os embargos infringentes, exclusivamente, a eventuais divergências sobre o mérito da causa”.

Sustentou que “Tudo isso leva à conclusão de que o fato de o dispositivo não excluir, expressamente, os temas acessórios não relacionados ao mérito, como os ônus sucumbenciais (custas e honorários), não implica a admissão dos embargos para resolver essas discussões. Essa ampliação interpretativa, volto a afirmar, colide com a própria finalidade da nova norma, que não pode ser desprezada”.

Além disso, entendeu que os honorários advocatícios não integram o mérito da causa, tal como juros de mora e correção monetária, pois se trata de questão acessória ao processo e não ao mérito da causa.

O Ministro Gilson Dipp, após o pedido de vista, acompanhou a divergência.

Pedi, em seguida, vista dos autos para melhor exame da matéria.

Feitas essas breves considerações passo a proferir meu voto.

Após analisar e refletir sobre a questão, filio-me à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, pelos fundamentos a seguir apresentados.

É de ser frisado, na mesma linha do voto divergente, que a exegese a ser conferida ao art. 530 do Código de Processo Civil deve ser consentânea com os objetivos propostos pelas alterações promovidas pela Lei n. 10.352/2001.

Quando das discussões sobre a reforma processual perpetrada pelas Leis n. 10.352/2001 e n. 10.358/2001, muito se discutiu sobre a permanência dos embargos infringentes no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que, no curso do processo legislativo, muitos propugnaram pela sua extinção.

Entretanto o legislador, por entender que poderia ser útil ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, manteve os embargos infringentes, restringindo seu cabimento para evitar que continuasse a funcionar como uma nova apelação colocada à disposição do vencido.

Assim, dois novos requisitos foram acrescentados para o cabimento dos embargos infringentes quando o julgamento no Tribunal, em sede de apelação, se desse por maioria, e (a) houvesse a reforma da sentença e (b) se referir ao mérito da causa; lembrando que no regime anterior bastava que o julgamento fosse por maioria.

Esse aspecto, aliás, foi abordado com percuciência no voto-vista do Ministro Cesar Asfor Rocha, no qual transcreveu trechos da Exposição de Motivos da Lei n. 10.352/2001, que bem evidencia o objetivo da alteração da disciplina dos embargos infringentes.

Assim, pela clareza do texto, também faço integrar meu voto o texto da exposição de motivos, *in verbis*:

Arts. 330 (*sic*) a 534. No alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito com parado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Pareceu, no entanto, altamente conveniente reduzir tal recurso (que, ao final, implica em “reiteração” da apelação) aos casos:

a) em que o acórdão não-unânime tenha re formado a sentença: vol ta-se, destarte, ao sistema previsto originalmente no código processual de 1939. Com

efeito, se o acórdão confirma a sentença, teremos decisões sucessivas no mesmo sentido, e não se configura de boa política judiciária proporcionar ao vencido, neste caso, mais um recurso ordinário:

b) em que a divergência tenha surgido em matéria de mérito, não simplesmente em tema processual:

c) em que a rescisória tenha sido julgada procedente.

Com tais limitações, adequadas a reduzir bastante o número de embargos, o recurso é mantido.

De outra parte, atendendo ponderações do Instituto dos Advogados de São Paulo, o Projeto dispõe sobre alterações nos artigos 531, 533 e 534 do CPC, simplificando o procedimento dos embargos infringentes e permitindo sua adaptação à estrutura interna de cada Tribunal (no Brasil há Tribunais com pequeno número de juízes e não divididos em câmaras, e Tribunais com mais de uma centena de integrantes e complexa distribuição dos feitos em Câmaras, Grupos, Turmas e Seções). (Exposição de Motivos da Lei n. 10.352/2001, publicada no Diário do Sendo de 31.10.2001, página 26.693).

Mostra-se evidente a intenção do legislador de reduzir a quantidade de recursos – restringindo-se o âmbito dos embargos infringentes apenas para aperfeiçoar a prestação jurisdicional no que concerne ao *mérito da ação* –, de modo a diminuir o tempo do processo.

Esse entendimento, inclusive, atende a novel disposição contida no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, acrescentada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que elevou o princípio da celeridade processual em nível constitucional, aliás em nível de direito fundamental. Eis, por oportuno, a redação do referido inciso, *in verbis*:

LXXVIII - todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ressalte-se que um dos maiores entraves para o célere andamento do processo, visando a pacificação dos conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário, é o sistema recursal pátrio, valendo lembrar que as recentes reformas promovidas no Código de Processo Civil sistematicamente tiveram como escopo reduzir a recorribilidade das decisões judiciais.

Nessa linha, a exegese sistemática a ser conferida ao art. 530 do Código de Processo Civil, em consonância com a Constituição Federal de 1988, deve ser restritiva, no sentido de que os embargos infringentes somente são cabíveis quando o mérito da ação for reformado pelo Tribunal, por maioria, sendo descabido, por outro lado, para a discussão de questões acessórias.

Entendo que não se coaduna com a atual ordem constitucional, bem como com a *mens legislatoris* da Lei n. 10.352/2001, a interpretação ampliativa conferida ao art. 530 do Diploma Processual de que são cabíveis os embargos infringentes, tanto para discutir a questão principal como seus respectivos acessórios, por não haver no dispositivo qualquer restrição.

Assim sendo, quanto à interpretação a ser conferida ao art. 530 do Código de Processo Civil, acompanho a divergência inaugurada pelo ilustre Ministro Cesar Asfor Rocha.

Por outro lado, ainda que se entendesse ser possível examinar, em sede de embargos infringentes, questões acessórias ao mérito, quantos aos honorários advocatícios, ao meu juízo, o referido recurso não é cabível, por não integrar os honorários o mérito da causa, tampouco ser deste acessório.

Ora, é cediço que a questão relativa à natureza dos honorários advocatícios não encontra consenso na doutrina, conforme bem salientado por Luís Guilherme Aidar Bondioli, que assim consignou, *in verbis*:

O tema honorários advocatícios merece atenção especial. Não existe consenso na doutrina a respeito da sua natureza. Parte da doutrina insere a matéria na categoria das sanções processuais. Outra parte trata os honorários como matéria de mérito. Naturalmente, a adesão a uma dessas correntes interfere no cabimento dos embargos infringentes. A inserção dos honorários advocatícios no rol de sanções processuais afasta a matéria *meritum causae* e faz com que divergência a seu respeito não seja embargável. Já o seu tratamento como matéria de mérito expõe a discrepância no seu exame a embargos infringentes. (*in Reflexões em torno do cabimento dos embargos infringentes*, Luis Guilherme Aidar Bondioli, Revista de Processo, Ano 34, n. 173, julho/2009, p. 82).

Ao tratar da matéria, abalizada doutrina define a natureza dos honorários advocatícios como sanção processual, caracterizando-o como instituto de natureza processual, desvinculado do objeto (mérito) da causa, decorrente do poder-dever do juiz de impor na sentença a condenação em honorários advocatícios.

Essa moderna acepção do instituto dos honorários advocatícios, em linhas gerais, decorre da substituição da “*teoria da sucumbência*”, que atribuía a responsabilidade pelo custo do processo ao *vencido*, pela atual “*teoria da causalidade*” – adotada, inclusive, pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça –, que estabelece como critério para identificação do responsável pelo custo do processo a parte que lhe deu causa.

Nessa linha, merece destaque a lição de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *in verbis*:

O custo do processo abrange as despesas processuais, conceito que integra “todos os custos do processo que de algum modo e em algum momento serão devidos aos agentes estatais” e os honorários advocatícios ou honorários de sucumbência são os vencimentos devidos ao advogado pelo adversário de seu cliente para a remuneração dos serviços prestados no decorrer do processo.

[...]

Se a finalidade da condenação do vencido a arcar com o custo do processo é recompor o patrimônio do vencedor e impedir que a necessidade do processo provoque uma diminuição do bem tutelado, pareceu lógico a Chiovenda qualificar como acessório o direito da parte ao ressarcimento pelos custos em que incorreu. Aproximando o raciocínio às considerações expostas no item anterior sobre os bens acessórios, os direitos cumpririam uma finalidade econômica, não havendo autonomia das verbas relativas ao custo do processo frente ao direito subjetivo tutelado na sentença, apesar de possuírem existência jurídica própria.

Os argumentos de Chiovenda estão nitidamente relacionados às premissas teóricas lançadas em sua obra em defesa da *teoria da sucumbência*, com a atribuição ao vencido da responsabilidade pelo custo do processo. ***A teoria da sucumbência suscitou inúmeros debates no decorrer do século passado e, gradativamente, foi sendo superada. Hoje prevalece o entendimento de que o verdadeiro critério para identificação do responsável pelo custo do processo é causalidade e não a sucumbência, sendo esta nada mais que um indício, correto e suficiente na maioria dos casos, para a apuração do nexo de causalidade.***

Adotada a *teoria da causalidade*, a condenação referente ao custo do processo deixa de ter como foco a preservação da integridade do direito tutelado e a sua finalidade volta-se à indenização do adversário da parte que deu causa ao processo pelos custos em que incorreu. A existência de um direito a ser tutelado e a definição da parte que tem razão assumem relevância apenas *indireta* e *relativa*, na medida da repercussão de tais elementos para a definição do nexo de causalidade.

A mudança de foco impede que a condenação referente ao custo do processo seja qualificada como um acessório do direito reconhecido em juízo.

(in Honorários advocatícios, mérito e a regra de que o acessório segue o principal, Revista de Processo, Ano 36, n. 192, fev/2011, p. 216-218).

O Autor, ao examinar o tema em sua obra “Honorários Advocatícios no Processo Civil”, acrescenta a noção de que, com a adoção da teoria da

causalidade, sequer os honorários advocatícios podem ser considerados como pedidos implícitos, *in verbis*:

O panorama exposto conduz ao abandono da idéia de existência de um pedido implícito de condenação em honorários e à atribuição de um novo enquadramento ao instituto. A inviabilidade de inserir os honorários no objeto do processo, conjugada com o poder-dever do julgador de impor na sentença a condenação, conduzem à caracterização do instituto como sanção processual, tal como preconizado como *Calmon de Passos*.

O art. 20 do Código de Processo Civil não contém uma regra de expansão do objeto do processo, de modo a inserir em seu bojo pedidos implícitos de condenação em honorários. Nesse dispositivo há a previsão de uma sanção processual, e, à medida que sejam preenchidos os pressupostos para sua incidência, ela é imposta na sentença tal como qualquer outra - *ex officio* e mesmo sem integrar o objeto do processo.

[...]

Para finalidade de conferir o adequado enquadramento à sanção em exame é desnecessário mencionar todas as espécies de sanções existentes. Basta considerar que, além das sanções de natureza punitiva, o ordenamento jurídico prevê *sanções compensatórias*, mediante as quais se busca indenizar um dano. É o caso dos honorários advocatícios, pois a sanção prevista no art. 20 do Código de Processo Civil tem cunho indenizatório, com pagamento de quantia para remunerar o trabalho do advogado da parte adversa àquela que deu causa ao processo. (*in Honorários Advocatícios no Processo Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 18-20*).

Corroborando esse entendimento, trago à colação as lições dos consagrados *Calmon de Passos* e *Yussef Said Cahali*, que também situam os honorários advocatícios fora do âmbito do mérito e do pedido da causa.

Para *Calmon de Passos*, “A condenação nas despesas do processo e nos honorários não atendimento a um pedido que se tenha formulado, é dever do juiz, como sanção imposta ao litigante vencido. Poder-se falar também aqui em pedido implícito, desde que não se perca a vista a distinção que vem de ser feita. Esse é o ponto fundamental: não há pedido (em sentido próprio) de condenação do vencido em custas e honorários. Tanto que o réu, sem que formule *pedido*, também pode solicitar a condenação do autor em custas e honorários. *Tanto que o juiz, sem que as partes tenham se manifestado a respeito, deve condenar o vencido em custas e honorários de advogado ao vencedor*”.

Yussef Cahali, na mesma linha, leciona, *litteris*:

A condenação em honorários não é *ex lege*: o dever do juiz é que é efeito da incidência da regra jurídica cogente.

[...]

Só com o provimento judicial nascem o direito e a obrigação pelas despesas. A sentença do juiz em relação às despesas é propriamente constitutiva. A sentença é sempre constitutiva no tocante à condenação em honorários, porque não *certifica* um direito existente a eles, mas os *constitui* como direito, provendo-o, ao mesmo tempo, de executoriedade.

Nessa linha de pensamento, a regra jurídica de que “o acessório segue a sorte do principal”, positivada no art. 92 do Código Civil, não é capaz de amparar a orientação de que são cabíveis os embargos infringentes quanto aos honorários advocatícios por ser tratar de questão acessória ao mérito.

É de se ver que, inexistindo exame do mérito da causa, em face da extinção do processo sem resolução do mérito; as questões acessórias ao mérito – juros de mora, correção monetário, termo inicial das prestações sucessivas etc – sequer são cogitadas no processo. Todavia, o mesmo não ocorre com os honorários advocatícios, pois ainda que extinto o processo sem resolução do mérito, haverá condenação na verba honorária; o que, torna notória a desvinculação da condenação em honorários advocatícios do mérito da causa deve coincidir com a pretensão deduzida pelo Autor.

Entendimento adotado pelo eminente Ministro Gilson Dipp, que consignou em seu voto-vista, que os honorários advocatícios seguem a doutrina da causalidade, isto é, resultado do ônus da sucumbência de quem deu causa à demanda, seja autor ou réu; sendo certo que a imposição da verba honorária ao vencido, nos termos do art. 20 do Código de Processo Civil, decorre não do mérito do pedido em si, do autor ou do réu, senão da sucumbência *segundo o evento da lide*.

Elucidativa é a definição do mérito da demanda formulada por Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que “capítulo de mérito” da sentença diz respeito apenas e tão somente à pretensão deduzida na inicial da ação, *litteris*:

O saldo útil das intermináveis disputas sobre o conceito de Streitgegenstand, em que se envolveram os processualistas alemães durante décadas, **é a conclusão de que o objeto do processo reside na pretensão deduzida pelo demandante** (Anspruch), representada pelo pedido feito (Antrag) e identificada pelo que nós latinos chamamos de causa de pedir (a que eles, germânicos, aludem como estado de coisas, evento da vida ou segmento da História). **Tal pretensão é o**

que ordinariamente se denomina mérito e, como é notório, todas as atividades realizadas no processo de conhecimento convergem ao julgamento do mérito e destinam-se a prepará-lo. **O meritum causae, ou seja, a pretensão deduzida, é o conteúdo e razão de ser da demanda e do processo.** É sobre ele que se desenvolverão todas as atividades dos sujeitos do processo como tais. Todo processo se faz porque existem pretensões insatisfeitas e para que sobre elas algo venha a ser disposto pelo juiz.

A tutela jurisdicional postulada pelo demandante não é outra coisa senão o produto de uma medida que de algum modo altere a situação lamentada e dê satisfação à pretensão apresentada a ele. Julgar o mérito, portanto, é acolher ou rejeitar a pretensão trazida pelo autor - aquela mesma pretensão que ele já alimentava antes do processo e, porque não satisfeita, veio a ser formalizada em sua petição inicial. Julgar o mérito é conceder ou negar a tutela jurisdicional postulada pelo autor - no segundo caso, concedendo-a ao réu. *Quer se acolha ou rejeite a demanda do autor, julgar o mérito é sempre dispor sobre a pretensão deduzida.*

Na linguagem típica de Carnelutti, que a Exposição de Motivos enaltece e o Código de Processo Civil adota, *mérito seria a lide preexistente entre os sujeitos - ou seja, a pretensão de um deles a um determinado bem (exigência de sua entrega), resistida pelo outro sujeito. Mérito, no Código, é a lide (in Capítulos de sentença, 4.ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2009, p. 51).*

Da leitura do trecho, tem-se que o mérito é o conflito preexistente entre os sujeitos, ou seja, o que se denomina “mérito” é anterior ao processo. Os honorários advocatícios, por outro lado, somente tem razão de ser com a instauração do processo; o que leva à conclusão de que não estão atrelados ao mérito da causa, mas sim, caso se entendesse existir relação de dependência, ao processo instaurado para veicular a pretensão (mérito) do Autor.

Adotando a teoria da causalidade, entendo que os honorários advocatícios encontram-se desvinculados do mérito da ação, o que impõe reconhecer que, nos termos da atual redação do art. 530 do Código de Processo Civil, não são cabíveis embargos infringentes para discussão da questão relativa aos honorários advocatícios.

Ressalta-se que, a adoção desse posicionamento – descabimento de embargos infringentes para honorários advocatícios – instaura um ambiente de maior segurança jurídica para os jurisdicionados, pois restringe seu cabimento somente ao objeto principal da demanda (mérito ou pedido principal), evitando, posteriormente, o não conhecimento do recurso especial pela ausência do esgotamento de instância, nos termos da Súmula n. 207-STJ.

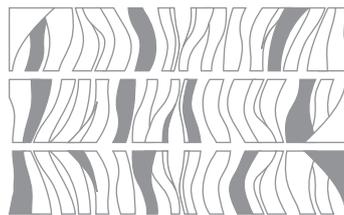
Aliás, esse aspecto foi objeto de preocupação do sempre perspicaz Ministro Arnaldo Esteves Lima, em sua manifestação na sessão do dia 6.4.2011, conforme se extrai das notas taquigráficas, que solicitei para bem analisar a matéria.

Na oportunidade, o ilustre Ministro Arnaldo Esteves externou sua intraquilidade com a dependência do cabimento dos embargos infringentes com a existência, ou não, de pronunciamento sobre o mérito da causa, pois esse posicionamento, de fato, gera uma insegurança jurídica, na medida em que ora são cabíveis os infringentes sobre os honorários, ora não os são, quando há extinção do processo sem resolução de mérito.

Assim sendo, entendo que, por não integrarem o mérito da demanda, nem mesmo de forma acessória, não são cabíveis embargos infringentes no que concerne a questão relativa aos honorários advocatícios.

Com essas considerações e pedindo respeitosa vênia aos Ministros que me antecederam, acompanho integralmente a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, para *conhecer* do recurso especial e *negar-lhe provimento*.

É como voto.



Primeira Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.365-DF (2009/0219596-8)

Relator: Ministro Humberto Martins

Revisor: Ministro Herman Benjamin

Autor: Marcello Lavenère Machado

Advogado: Marcello Lavenère Machado (em causa própria)

Autor: Rodrigo Brandão Lavenère Machado

Advogado: Rodrigo Brandão Lavénere Machado (em causa própria)

Réu: União

EMENTA

Processual Civil. Ação rescisória. Execução em mandado de segurança. Embargos à execução de sentença. Honorários advocatícios.

1. Os autores da presente ação rescisória pleiteiam rescisão do julgado que não fixou honorários advocatícios em embargos à execução de sentença proferida em mandado de segurança.

2. O acórdão rescindendo decidiu que não cabe a fixação de honorários advocatícios em demanda mandamental e nos incidentes dela decorrentes, inclusive nos embargos à execução, aplicando na ocasião a Súmula n. 512-STF.

3. Inaplicável ao caso dos autos a Súmula n. 343-STF, segundo a qual é incabível ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando fundada a decisão rescindenda em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

4. Cabe a fixação de honorários advocatícios, caso a execução da decisão mandamental seja embargada. Afinal, os embargos à execução, constituindo demanda à parte, com feições próprias e específicas, exige novo embate judicial, inclusive com abertura de novo contraditório regular, em face da resistência da parte adversa em dar cumprimento espontâneo ao julgado transitado em julgado. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.132.690-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 10.3.2010; REsp n. 697.717-PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12.9.2006, DJ 9.10.2006, p. 346.

Ação rescisória procedente.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Bendito Gonçalves, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Sustentaram, oralmente, o Dr. Marcello Lavenère Machado, pelos autores, e a Dra. Emiliana Alves Lara, pela União.

Brasília (DF), 9 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 14.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de ação rescisória aforada por *Marcello Lavenère Machado e Rodrigo Brandão Lavenère Machado*, com fundamento no art. 485, inciso V, do CPC, contra acórdão deste Tribunal que decidiu que “não há honorários em mandado de segurança, nem nos incidentes nascidos quando da execução”.

Eis a ementa do julgado rescindendo, fixado após a oposição de embargos declaratórios pelos autores (fl. 4):

Processo Civil. Mandado de segurança. Honorários de advogado. Omissão inexistente.

1. Como no mandado de segurança não há condenação em honorários, não se pode impor tal verba na fase de execução.

2. A ação de segurança é mandamental e, em verdade, não há execução propriamente dita, e sim acerto da ordem judicial concessiva da segurança.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Opostos novos embargos de declaração, idêntico entendimento foi mantido nos seguintes termos (fl. 4):

Processo Civil. Mandado de segurança. Competência originária do STJ. Execução honorários de advogado.

1. O mandado de segurança, assim como as ações com força executória, não ensejam execução, tendo o título sentencial o condão de fazer prevalecer a ordem judicial de imediato.
2. Há hipóteses em que contém a ordem mandamental obrigação de pagar, nascendo daí a idéia de uma imprópria execução.
3. No âmbito do STJ, por força de uma disfunção e vácuo no Regimento Interno, a execução das ações originárias são da competência dos presidentes das Seções, silenciando a norma regimental sobre o processamento.
4. Não há honorários em mandado de segurança, nem nos incidentes nascidos quando da execução.
5. Embargos de declaração rejeitados.

Por último, aforaram os autores, pela terceira vez, embargos de declaração, que restaram decididos no seguinte sentido (fl. 5):

Processual Civil. Embargos de declaração. Mandado de segurança. Infundada alegação de omissão, contradição e obscuridade. Imposição de multa (art. 538, § 1º, do CPC).

1. Inviáveis os declaratórios articulados com nítido caráter infringente e sob infundada alegação de omissão, contradição e obscuridade no julgado.
2. Embargos de declaração opostos com intuito manifestamente protelatório, autorizando sua rejeição e aplicação da multa do § 1º do art. 538 do CPC.

Sustentam os autores que são partes legítimas para aforar esta demanda rescisória, na medida em que, segundo o art. 23 da Lei n. 8.906/1994, possuem direito autônomo ao recebimento de honorários advocatícios, já que foram os únicos patronos a defender a causa originária.

Aduzem ainda que “o aresto rescindendo violou frontalmente o art. 20, § 4º, do CPC, e o art. 22 da Lei n. 8.906/1994, eis que lhes negou vigência, haja vista a não condenação da embargante nos honorários sucumbenciais, desconsiderando-se todo o processo executivo que efetiva e autonomamente se desenvolveu, a partir da legislação que determina seja a sentença concessiva da segurança título executivo apto a nascer, além de sua eficácia preponderantemente mandamental, também eficácia executiva, para a percepção de diferenças vencimentais não pagas as servidores públicos a partir da impetração” (fl. 6).

Melhor explicitando, o pleito dos autores é para que se faça valer o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, bem como do art. 22 da Lei n. 8.906/1994, que estipulam, respectivamente, o direito à fixação de honorários advocatícios segundo a apreciação equitativa do julgador e o direito autônomo à percepção da verba sucumbencial. Tais dispositivos, portanto, são apontados como violados pela decisão rescindenda.

Defendem os autores que *in casu* também deve ser prestigiado o postulado da causalidade, a revelar que quem dá causa à instauração da demanda e é derrotado deve arcar com o ônus da sucumbência. Cita nesse sentido precedentes desta Corte.

Afirmam os autores, portanto, que a pretensão da presente demanda rescisória constitui, mediante juízo rescindente, volver-se contra o acórdão proferido nos embargos à execução autuados como Pet n. 2.604-DF, apresentados em contraposição à execução no MS n. 6.481-DF. Por outro lado, por intermédio de juízo rescisório, pretendem os autores a fixação de honorários advocatícios segundo o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Juntaram documentos (fls. 33-392).

Citada, a ré contestou a demanda (fls. 411-417), alegando, em suma, que:

(a) há ilegitimidade *ad causam* ativa;

(b) havia na época do acórdão rescindendo interpretação controvertida acerca da aplicação do art. 20 do CPC aos embargos decorrentes de execução de decisão proferida em sede de mandado de segurança, pelo que deve ser aplicada à espécie a Súmula n. 343-STF.

Réplica dos autores (fls. 423-435).

Alegações finais apresentadas pelos autores (fls. 446-454) e pela ré (fls. 441-445).

Parecer do MPF (fls. 456-463), pela improcedência dos pedidos, conforme ementa que transcrevo:

Ação rescisória. Mandado de segurança. Embargos à execução. Cabimento de honorários advocatícios. Matéria não pacificada à época em que foi proferido" o acórdão rescindendo. Precedente. Incidência da Súmula n. 343 do STF. Pela improcedência da ação rescisória.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Reconheço inicialmente que a presente ação rescisória foi aforada dentro do prazo bienal estabelecido pelo art. 495 do CPC. Com efeito, o trânsito em julgado do acórdão rescindendo ocorreu em 22.11.2007 (fl. 319), ao passo que esta demanda foi interposta em 6.11.2009 (fl. 2).

Como se extrai do relato efetuado, a presente demanda rescisória discute a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em embargos à execução que decorre de execução em mandado de segurança.

Para os autores, existe duplo fundamento para que se operem juízos rescindente e rescisório do acórdão proferido pela Primeira Seção desta Corte, a saber:

(a) primeiro, tratando-se de demanda autônoma, embora decorrente do mandado de segurança, a ausência de fixação da verba sucumbencial violou o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, que assegura que devem ser os honorários advocatícios fixados segundo a apreciação equitativa do magistrado, já que vencida a Fazenda Pública (União);

(b) segundo, a prestação do serviço profissional de advocacia assegura ao advogado o direito à percepção da verba honorária sucumbencial, nos termos do art. 22 da Lei n. 8.906/1994.

Contrapondo-se a essas duas teses, a ré sustentou a ilegitimidade *ad causam* ativa e a aplicabilidade da Súmula n. 343-STF, já que existiria interpretação controvertida nesta Corte acerca da fixação de honorários advocatícios em embargos à execução proveniente de mandado de segurança.

Afasto a alegação de ilegitimidade *ad causam* ativa.

Com efeito, os documentos que instruem a petição inicial atestam que os serviços profissionais de advocacia foram prestados exclusivamente pelos advogados Marcelo Lavenère Machado e Rodrigo Brandão Lavenère Machado, em conjunto ou separadamente. A título exemplificativo, cito as peças processuais anexadas conforme as fls. 33-83, 109-110, 120, 132-139, 186-196 e 236-249 do presente processo eletrônico.

Ademais, ainda a reforçar a impertinência da alegação de ilegitimidade *ad causam* ativa, a ré não produziu qualquer prova contrária, pois limitou-se a meras alegações, sem infirmar a prova documental produzida pelos autores.

Quanto ao mérito da controvérsia, assiste razão aos autores.

É fato que a demanda originária é representada por mandado de segurança, que não admite a fixação de honorários advocatícios a favor do patrono que defende a causa do constituinte. Igualmente, é fato que o comando mandamental foi constituído por uma ordem de reintegração dos servidores aos quadros do serviço público federal e outra de pagamento da remuneração não recebida por eles no período em que tramitou o processo.

De logo, vê-se que, para o cumprimento da decisão final desse mandado de segurança, houve a necessidade de instauração de duas execuções: uma corporificada sob o pálio da obrigação de fazer (reintegrar); outra inspirada pela obrigação de pagar. A primeira delas, segundo noticiam os autos, foi realizada segundo o procedimento usual de comunicação da ordem a quem deve cumpri-la sem delongas. Já a segunda, por envolver apuração de valores e apresentação de planilhas com cálculos aritméticos, foi realizada nos termos do art. 730 do CPC (execução contra a Fazenda Pública).

Porque citada nos termos do art. 730 do CPC, não concordando com tais cálculos, a ré deu causa a uma nova demanda, consistente na apresentação de embargos à execução, exigindo dos autores, patronos dos embargados, nova atuação judicial para a defesa do direito à percepção dos valores executados.

Muito embora toda a origem dessa discussão judicial remonte à interposição de um mandado de segurança, perante o qual, repiso, não devem ser fixados honorários advocatícios, parece-me claro que houve participação adicional dos patronos da causa, porque premidos pela necessidade de defender os interesses dos seus constituintes em demanda que possui claramente, segundo a doutrina processualista, a natureza jurídica de ação de cognição incidental.

Os embargos à execução para o caso de que se cuida, constituindo demanda à parte, com feições próprias e específicas, exigiu novo embate judicial, inclusive com abertura de novo contraditório regular, em face da resistência da ré em dar cumprimento espontâneo ao julgado transitado em julgado.

Parece-me atentatório ao postulado da causalidade permitir que a plena satisfação do julgado transitado em julgado seja postergada para dia futuro e incerto, por incidente que ao final é rechaçado pelo Poder Judiciário, e o seu causador não responda pela sucumbência daí advinda. Quem litiga em Juízo sujeita-se a amargar a desventura do insucesso. Trata-se de regra processual com raríssimas exceções.

A exigência para que os patronos da causa atuem em favor dos constituídos sem a paga pela prestação dos serviços profissionais de advocacia avilta sobremaneira o labor profissional. Afinal, todo trabalhador merece o seu salário.

Nesse sentido, trago precedentes desta Corte que chancelam a pretensão deduzida em Juízo pelos autores. Confira-se:

Administrativo. Execução não embargada contra a Fazenda Pública. Honorários advocatícios. Obrigação de pequeno valor. Incidência. Ainda que derivados os embargos de ação mandamental. Afastamento da aplicação da MP n. 2.180-35/2001. Entendimento do STF.

1. O conhecimento de recurso fundado em divergência pretoriana requer a devida observância dos requisitos prescritos nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, o que não ocorreu no caso.

2. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, o que de fato ocorreu.

3. No caso dos autos, não deve ser afastada a fixação da verba honorária, uma vez que não se aplica a Medida Provisória n. 2.180-35/01, com interpretação do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, por se tratar de obrigações de pequeno valor.

4. Esta Corte entende que, quanto à fixação de verba honorária, embora sejam os embargos à execução opostos em ação mandamental, incide regra geral insculpida no art. 20 do Código de Processo Civil. Assim, no caso, é devida a condenação em honorários advocatícios.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.132.690-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 10.3.2010).

Processual Civil. Administrativo. Embargos à execução de sentença proferida em mandado de segurança. Ação autônoma. Honorários advocatícios. Cabimento. Recurso especial conhecido e provido.

1. Os embargos à execução constituem verdadeira ação de conhecimento que objetiva a desconstituição do título executivo. Tratando-se de ação autônoma, ainda que derivada de ação mandamental, submete-se à regra geral insculpida no art. 20 do CPC, pelo que é devida a condenação nos honorários advocatícios. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 697.717-PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 12.9.2006, DJ 9.10.2006, p. 346).

Embargos à execução. Mandado de segurança. Servidores públicos. Homologação de tabelas para inclusão no PCC. Alegado excesso de execução. Vantagem pessoais. Reconhecimento parcial do pedido. Juros de mora. Segurança impetrada antes da MP n. 2.180/2001. Fixação em 12% ao ano. Efeitos patrimoniais pretéritos. Descabimento. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca.

1. Aplica-se o disposto no artigo 269, II, do CPC, se os embargados, em sua impugnação, reconhecem a procedência do pedido de alteração do valor atribuído à vantagem pessoal, com as respectivas deduções apontadas, por excesso de execução.

2. O artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, que fixa em seis por cento ao ano os juros moratórios nas condenações impostas à Fazenda Pública para o pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, é de ser aplicado tão somente às ações ajuizadas depois de sua entrada em vigor. Precedentes.

3. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, bem como do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula n. 269-STF, o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. Assim, deve ser considerada a data da impetração como período inicial da condenação, pois a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito (Súmula n. 271-STF).

4. Os embargos à execução são uma ação autônoma, distinta da ação mandamental, e, portanto, não devem se sujeitar ao disposto nas Súmulas n. 105-STJ e n. 512-STF, mas sim à regra geral de condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 20 do Estatuto Processual Civil. Precedentes.

5. Ocorrência de sucumbência recíproca na espécie, ante a procedência parcial do pedido formulado pela embargante.

6. Pedido procedente em parte. Prosseguimento da execução nos valores propostos pela embargante quanto à vantagem pessoal, com as respectivas deduções, aplicados juros moratórios em 1% ao mês.

(EmbExeMS n. 7.499-DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28.11.2007, DJ 10.12.2007, p. 288).

Não considero aplicáveis a este caso os termos da Súmula n. 343-STF, exatamente porque não identifico que à época da lavratura do acórdão havia razoável e séria controvérsia acerca da necessidade de fixação dos honorários advocatícios em sede de embargos à execução derivada de mandado de segurança.

A ré apontou o acórdão proferido no AgRg nos EMbExeMs n. 7.424-DF como paradigma de demonstração da divergência havida nesta Corte, à época,

fato que seria suficiente a impedir o acolhimento do pleito desta demanda rescisória, por óbice da Súmula n. 343-STF. Entretanto, a leitura de tal julgado não conduz à conclusão a que chegou a ré, notadamente porque o referido acórdão, pelo contrário, apreciou a questão no mesmo sentido da tese defendida pelos autores nesta demanda rescisória.

Para confirmar tal asserto, trago à colação o seguinte trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Nílson Naves (EMbExeMs n. 7.424-DF):

No que diz respeito à condenação imposta à embargante relativa aos honorários, foram eles fixados abaixo do mínimo legal, como faculta o § 4º do art. 20 do Cód. de Pr. Civil, que não impõe ao julgador a observância de limites percentuais mínimos e máximos nem estabelece a base de cálculo. A mim me pareceu bastante razoável fixar a verba em 5% sobre o montante embargado.

Limitou-se a ré, portanto, a apontar suposta divergência jurisprudencial na época em que foi proferido o acórdão rescindendo por intermédio de um único julgado que, contraditoriamente, reflete a necessidade de fixação de honorários advocatícios em demandas deste jaez.

Afasto, portanto, a aplicação da Súmula n. 343-STF.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido para, mediante juízo rescindente, desconstituir o acórdão combatido, relativamente à parte em que se negou a fixar honorários advocatícios a favor dos autores, e, por intermédio de juízo rescisório, fixar tal verba honorária em 2% (dois inteiros por cento) sobre o valor atribuído à execução (R\$ 5.414.275,19), devidamente corrigido, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Condeno a ré a pagar aos autores honorários advocatícios à razão 2% (dois inteiros por cento) sobre o valor atribuído à referida execução (R\$ 5.414.275,19), devidamente corrigido, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Determino ainda a restituição do depósito efetuado pelos autores (fl. 32).

É como penso. É como voto.

VOTO-REVISÃO

Ementa: Processual Civil. Rescisória. Execução de sentença mandamental. Honorários. Condenação.

1. Devida a condenação em honorários advocatícios em Embargos à Execução de sentença proferida em Mandado de Segurança.

2. Ação Rescisória julgada procedente.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Como bem relatado pelo eminente Ministro Humberto Martins, esta Rescisória impugna acórdão da Primeira Seção do STJ na Pet n. 2.604-DF (rel. Min. Eliana Calmon), que afastou a condenação em honorários advocatícios em Embargos à Execução de sentença proferida em Mandado de Segurança.

Essa matéria foi analisada apenas nos acórdãos de ambos os Embargos de Declaração opostos no processo originário, cujas ementas transcrevo a seguir:

Processo Civil. Mandado de segurança. Honorários de advogado. Omissão inexistente.

1. Como no mandado de segurança não há condenação em honorários, não se pode impor tal verba na fase de execução.

2. A ação de segurança é mandamental e, em verdade, não há execução propriamente dita, e sim acerto da ordem judicial concessiva da segurança.

3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl na Pet n. 2.604-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 11.4.2005, p. 170).

Processo Civil. Mandado de segurança. Competência originária do STJ. Execução honorários de advogado.

1. O mandado de segurança, assim como as ações com força executória, não ensejam execução, tendo o título sentencial o condão de fazer prevalecer a ordem judicial de imediato.

2. Há hipóteses em que contém a ordem mandamental obrigação de pagar, nascendo daí a idéia de uma imprópria execução.

3. No âmbito do STJ, por força de uma disfunção e vácuo no Regimento Interno, a execução das ações originárias são da competência dos presidentes das Seções, silenciando a norma regimental sobre o processamento.

4. Não há honorários em mandado de segurança, nem nos incidentes nascidos quando da execução.

5. Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl na Pet n. 2.604-DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 4.6.2007, p. 283).

Verifiquei que há precedentes divergentes, favoráveis aos honorários em execução de sentença mandamental desde pelo menos 1992, anteriores e posteriores ao acórdão rescindendo:

AR(AI) - Processual Civil - Mandado de segurança - Execução - Honorários de advogado - Construção pretoriana consagra não serem devidos honorários de advogado na ação de segurança. Sum n. 512-STF e Sum n. 105-STJ. O processo de conhecimento não se confunde com o processo de execução. Mesmo decorrente de ação mandamental. Incide outro princípio. Segue, outrossim, a regra geral.

(AgRg no Ag n. 156.102-PR, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 1º.12.1997, DJ 18.5.1998, p. 162).

Recurso especial. Pressupostos de admissibilidade. Ausência de prequestionamento. Embargos de declaração. Ausência. Honorários advocatícios. Execução. Mandado de segurança.

1. O Recurso Especial não se presta à apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame na instância ordinária.

2. A execução advinda de sentença em ação mandamental segue regra geral, eis que o processo de execução não se confunde com o processo de conhecimento.

3. Recurso não provido (AgRg no Ag n. 261.487-DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 10.4.2000, p. 126).

Administrativo. Processual Civil. Embargos à execução de sentença proferida em mandado de segurança. Ação autônoma. Honorários advocatícios. Cabimento. Recurso especial conhecido e improvido.

1. Os embargos à execução constituem verdadeira ação de conhecimento que objetiva a desconstituição do título executivo. Tratando-se de ação autônoma, ainda que derivada de ação mandamental, submete-se à regra geral insculpida no art. 20 do CPC, pelo que é devida a condenação nos honorários advocatícios. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido (REsp n. 885.997-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 5.2.2007, p. 376).

Interessante notar que esse último julgado, relatado pelo eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima, de 12.6.2007 (posterior, portanto, ao acórdão rescindendo), faz expressa referência aos dois precedentes antes citados, anteriores ao acórdão que ora se procura modificar. Eis trecho do voto-condutor no AgRg no REsp n. 885.997-DF:

Destarte, não obstante o entendimento consolidado acerca do não-cabimento de honorários advocatícios em ação mandamental – Súmulas n. 512-STF e n. 105-STJ –, é devida, na espécie, a condenação na verba honorária, tendo em vista tratar-se de ação autônoma, sujeita, por conseguinte, à regra geral insculpida no art. 20 do CPC. Nesse sentido:

Recurso especial. Pressupostos de admissibilidade. Ausência de prequestionamento. Embargos de declaração. Ausência. Honorários advocatícios. Execução. Mandado de segurança.

1. O Recurso Especial não se presta à apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame na instância ordinária.

2. A execução advinda de sentença em ação mandamental segue regra geral, eis que o processo de execução não se confunde com o processo de conhecimento.

3. Recurso não provido. (AgRg no AG n. 261.487-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, DJ 10.4.2000, p. 126).

AR(AI) - Processual Civil - Mandado de segurança - Execução - Honorários de advogado - Construção pretoriana consagra não serem devidos honorários de advogado na ação de segurança. Sum n. 512-STF e Sum n. 105-STJ. O processo de conhecimento não se confunde com o processo de execução. Mesmo decorrente de ação mandamental. Incide outro princípio. Segue, outrossim, a regra geral (AgRg no AG n. 156.102-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 18.5.1998, p. 162).

Não há falar, portanto, em aplicação da Súmula n. 343-STF, sendo pertinente o pleito rescisório.

Diante do exposto, julgo procedente a Ação Rescisória.

É como *voto*.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Sr. Presidente, vou pedir vênias ao Sr. Ministro Relator, e vou ficar com o voto proposto na inicial, dando pela improcedência, principalmente na matéria controvertida na época, que se firmou depois pela apresentação da Súmula n. 343.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 16.385-DF (2011/0069808-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Aitler Jucelito Prego

Advogado: Luiz Paulo Ferreira e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado da Agricultura Pecuária e Abastecimento

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Auxílio pré-escolar. Recebimento indevido. Improbidade administrativa. Art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. Não ocorrência. Segurança concedida.

1. O impetrante foi indiciado pela Comissão Processante por supostamente: a) ter recebido o benefício denominado “auxílio pré-escolar” por período superior àquele efetivamente devido, qual seja, de fevereiro de 1997 a abril de 2007; b) não teria comunicado tal irregularidade à autoridade competente, não obstante fosse detentor de conhecimento técnico suficiente para percebê-la, o que caracterizaria o desrespeito ao princípio da lealdade com a Administração.

2. “Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas, por outro lado, compete-lhe a análise acerca da proporcionalidade da penalidade imposta, nos termos de farto entendimento jurisprudencial” (RMS n. 19.774-SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 12.12.2005).

3. Consoante doutrina de Mauro Roberto Gomes de MATTOS (*In* “O Limite da Improbidade Administrativa – Comentários à Lei n. 8.429/1992”, 5ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 365-6), o disposto no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 deve ser interpretado com temperamentos, “pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsume como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições”.

4. “As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido

eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11” (REsp n. 940.629-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4.9.2008).

5. Caso em que, não bastasse o fato de o impetrante não ter atuado como gestor público, também não foi demonstrado que seu silêncio e, por conseguinte, o recebimento indevido do benefício decorreu da existência de dolo ou má-fé, que não podem ser presumidos.

6. Mandado de segurança concedido para determinar a reintegração do impetrante ao cargo público. Agravo regimental da *União* prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança para determinar a reintegração do impetrante ao cargo público, e julgar prejudicado o agravo regimental da União. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 13 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Presidente

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 26.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Aitler Jucelito Prego* contra ato praticado pelo *Ministro de Estado da Agricultura Pecuária e Abastecimento*, consubstanciado na Portaria n. 144/11, por meio da qual lhe foi aplicada a pena de demissão do cargo de Técnico Assistente de Administração (fl. 165e).

Narra o impetrante, em síntese, que:

a) em 31.5.2010 foi notificado pela Comissão de Sindicância constituída pela Portaria n. 66, de 3.5.2010, do Secretário-Executivo do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, para que se defendesse da acusação de que indevidamente recebera valores atinentes ao auxílio pré-escolar no período de janeiro de 1997 a abril de 2007;

b) em 13.7.2010 fora indiciado pela Comissão pela suposta prática de ilícitos previstos no art. 116, I, II, III e VI, da Lei n. 8.112/1990, sendo passível de sofrer a punição do art. 127, II, do mesmo diploma legal; em momento posterior, teria sido renovado seu indiciamento, para enquadrá-lo nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 c.c. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990;

c) nos termos do parecer emitido pelo Ministério Público Federal nos autos do procedimento administrativo, o ato que lhe foi imputado não configura improbidade administrativa, pois não há demonstração no sentido de que tenha se valido do “cargo para manipular o sistema de recursos e, com isso, propiciar o recebimento do benefício auxílio pré-escolar” (fl. 19e);

d) a aplicação da pena de demissão do serviço público não foi motivada, mormente porque não prevista para o caso de infração do art. 116, I, II, III e IX, c.c. 130 da Lei n. 8.112/1990;

e) o ato impugnado fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista que, para a infração que lhe foi imputada, a Lei n. 8.112/1990 prevê a pena de suspensão, mais adequada ao caso concreto, mormente diante de seu histórico funcional.

Requer a concessão de liminar para que seja determinada a sua reintegração ao cargo, com o pagamento das verbas remuneratórias devidas desde a data da impetração do *mandamus*. No mérito, a concessão em definitivo da segurança.

Liminar deferida em 12.4.2011 (fls. 186-187e).

Agravo regimental interposto pela *União* às fls. 198-212e.

Nas informações prestadas às fls. 215-302e, foi afirmado que, tendo em vista a apuração de que o impetrante indevidamente recebera auxílio pré-escolar no período de fevereiro de 1997 a abril de 2007, restaria comprovada a transgressão das normas de improbidade administrativa insculpidas no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.249/1992 c.c. 132, IV, 137 e 171 da Lei n. 8.112/1990, nos termos do Relatório Final da Comissão Processante, acolhido pela Consultoria Jurídica, nos termos do Parecer n. 006/2011/CGAG/CONJUR/MAPA/AGU-RG.

Em face da notícia de que a decisão liminar não havia ainda sido cumprida pela autoridade impetrada, em decisão de fl. 331e determinei-lhe o imediato cumprimento da decisão de fls. 186-187e no prazo de 10 (dez) dias a contar da intimação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Na petição de fl. 344e a *União* informou que a liminar havia sido cumprida.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opinou pela denegação da segurança (fls. 365-369e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Como relatado, trata-se de mandado de segurança impetrado por *Aitler Jucelito Prego* contra ato praticado pelo *Ministro de Estado da Agricultura Pecuária e Abastecimento*, consubstanciado na Portaria n. 144/11, por meio da qual lhe foi aplicada a pena de demissão do cargo de Técnico Assistente de Administração.

Como cediço “Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas, por outro lado, compete-lhe a análise acerca da proporcionalidade da penalidade imposta, nos termos de farto entendimento jurisprudencial” (RMS n. 19.774-SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 12.12.2005).

No caso concreto, limita-se a controvérsia, em última análise, ao exame da eventual subsunção do ato omissivo imputado ao impetrante ao art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

Verifica-se, dos autos, que o impetrante foi indiciado pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar constituída pela Portaria n. 138, de 5.11.2010, tendo em vista que (fls. 126-129e): a) recebera o benefício denominado “auxílio pré-escolar”, inicialmente em virtude do nascimento de seu filho Diogo Pinho Prego, de forma indevida no período de fevereiro de 1997 a abril de 2007; b) não teria comunicado tal irregularidade à autoridade competente, não obstante fosse detentor de conhecimento técnico suficiente para percebê-la.

Após regular processamento do feito administrativo, sobreveio o relatório final da Comissão Processante em que se concluiu pela omissão dolosa do impetrante em não notificar a Administração do pagamento indevido do

benefício “auxílio pré-escolar”, o que caracterizaria afronta aos princípios da Administração Pública, dando ensejo à aplicação da pena de demissão do serviço público, a teor do disposto nos arts. 132, IV, 137 e 171 da Lei n. 8.112/1990 c.c. 11, *caput*, da Lei n. 8.249/1992 (fls. 138-153e).

O parecer da Consultoria Jurídica foi no sentido de se acatar o relatório final da Comissão Processante (fls. 154-163e).

A autoridade impetrada, amparada pelo relatório final da Comissão Processante e pelo Parecer da Consultoria Jurídica, aplicou ao impetrante a pena de demissão sugerida (fls. 164-165e).

Pois bem.

Dispõem as Leis n. 8.249/1992 e n. 8.112/1990 o seguinte:

Lei n. 8.249/1992

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou *omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Lei n. 8.112/1990

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

IV - improbidade administrativa;

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Como se pode observar dos autos, é incontroverso que o impetrante efetivamente recebera, de forma indevida, o benefício “auxílio pré-escolar” no período de fevereiro de 1997 a abril de 2007. Outrossim, também é incontroverso que já foram tomadas as providências cabíveis para o ressarcimento ao erário (fls. 166-169e).

É certo que este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que, para fins de caracterização de aplicação da regra contida no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, faz-se necessário perquirir se o gestor público comportou-se com dolo, ainda que genérico. Nesse sentido:

Administrativo. Improbidade. Lei n. 8.429/1992. Licitação. Necessidade de configuração do dolo do agente público. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ.

1. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei n. 8.429/1992. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.

2. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.

3. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp n. 940.629-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4.9.2008).

Administrativo. Improbidade administrativa. Promoção pessoal em propaganda do governo. Ato ímprobo por violação dos deveres de honestidade e legalidade e atentado aos princípios da administração pública. Dolo ou culpa. Aplicação das sanções cominadas às hipóteses do art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Ressarcimento ao erário do valor gasto com a publicidade. Dosimetria da pena.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.

2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente

a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.

3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp n. 915.322-MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23.9.2008); REsp n. 737.279-PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13.5.2008, DJe 21.5.2008).

4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.

5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”. Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.

8. As penas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ.

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes

concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp n. 765.212-AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.6.2010).

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Alegações genéricas. Incidência da Súmula n. 284 do STF, por analogia. Improbidade administrativa. Caracterização por presença de elemento subjetivo doloso. Aplicação da Súmula n. 283 do STF, por analogia. Violação ao art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992. Falta de prequestionamento.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública por improbidade administrativa movida em face de à época ex-Prefeito e Prefeito em razão da contratação temporária de servidores, sem concurso público e fora dos limites da Constituição da República vigente.

2. O voto vencedor integrante do acórdão recorrido deixou consignado que o destino dado à demanda em face do Prefeito (extinção do feito por desistência) deveria ser aplicado na sua integralidade no que toca ao ex-prefeito, porque os atos imputáveis são os mesmos, com as mesmas conseqüências, de modo que os destinos devem ser idênticos. Além disso, o mesmo voto também afastou, por eventualidade, a caracterização da improbidade administrativa, ao argumento de que não havia sido configurado elemento subjetivo doloso no caso concreto.

3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 535 do CPC - ao argumento de que o acórdão não citou expressamente certos dispositivos legais e constitucionais necessários para o deslinde da controvérsia -, 11 da Lei n. 8.429/1992 - uma vez que a contratação temporária, no caso concreto, revela afronta ao mencionado dispositivo, sendo impossível reconhecer a ilegalidade sem reconhecer igualmente a improbidade administrativa - e 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992 - ao argumento de que o acórdão, ao analisar recurso de decisão exarada em fase de prelibação e decidir pela inexistência de má-fé, frustrou a fase de instrução probatória.

4. Não se pode conhecer da apontada violação ao art. 535 do CPC pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros ou sobre os quais tenha ocorrido erro material. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

5. A leitura do acórdão recorrido revela que dois foram os fundamentos para impedir o curso da ação de improbidade em relação ao réu remanescente, o ex-prefeito, a saber: (i) necessidade de dar o mesmo tratamento dado ao caso pelo Ministério Público em face daquele que à época era o gestor máximo municipal, qual seja, a extinção do feito e, (ii) por eventualidade, a inexistência de elemento subjetivo doloso na espécie.

6. O que se observa é que o recorrente não atentou para o argumento (i) acima exposto, de modo que não se pode conhecer das teses vinculadas ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992, porque a reversão das conclusões da origem pela caracterização do elemento subjetivo doloso não é capaz de desconstituir fundamento autônomo pela extinção do feito, atraindo a incidência da Súmula n. 283 do STF, por analogia.

7. O art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, bem como a tese a ele vinculada, não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que atrai a aplicação da Súmula n. 211 desta Corte Superior, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento.

8. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 1.255.672-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9.12.2011).

Ocorre que, a o contrário do que foi afirmado no Relatório Final da Comissão Processante e no Parecer da Consultoria Jurídica, não há nenhum elemento que efetivamente possa indicar a existência de dolo ou má-fé por parte do impetrante, elementos estes que, como cediço, são essenciais à para caracterização da improbidade prevista no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

Nesse ponto, não se pode perder de vista o caráter excessivamente aberto das palavras utilizadas pelo legislador quando formulou o citado dispositivo legal, como bem demonstrado por José Antônio Lisbôa NEIVA (*In* “A Lei de Improbidade Administrativa Comentada – Legislação Comentada Artigo por Artigo. Doutrina, Legislação e Jurisprudência”, 2ª ed., com.e atual., Niterói: Impetus, 2011, p. 118-119):

O art. 11 exige adequada interpretação, pois não seria razoável, por exemplo, entender que a simples violação ao princípio da legalidade, por si só, ensejaria a caracterização de ato ímprobo. Seria confundir os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade.

Ressalta Marcelo Figueiredo que o legislador infraconstitucional peca pelo excesso e acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como “toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade”.

Nesse mesmo sentido, confira-se a lição de Mauro Roberto Gomes de MATTOS (*In* “O Limite da Improbidade Administrativa – Comentários à Lei n. 8.429/1992”, 5ª ed., rev.e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 365-366):

Preliminarmente, é de se registrar a grande preocupação com o assustador caráter aberto do *caput* do art. 11 da LIA.

Isto porque uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º, da CF), traz em seu contexto que o descumprimento, *por qualquer* ação ou omissão, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como as hipóteses exemplificadas nos incs. I ao VII do art. 11 caracterizam a improbidade.

Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsume como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições.

(...)

Todavia, não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que darão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa.

Apesar de serem objeto de inserção no *caput* do art. 11, dado o caráter bem aberto da norma, como dito alhures, não podem ser enquadrados como ímprobos os atos omissivos ou comissivos que firam a legalidade ou a imparcialidade, caracterizando-se em meras ilegalidades.

A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados venais, suscetíveis de correção administrativa.

Dessa forma, não há como se extrair do comportamento do impetrante, exaustivamente descrito no Relatório Final da Comissão Processante e no Parecer apresentado pela Consultoria Jurídica, qualquer espécie de atitude que pudesse efetivamente caracterizar um ato de improbidade administrativa.

De fato, sequer há nos autos elementos que demonstrem que o impetrante tenha atuado na condição de gestor de recursos públicos, essencial para a caracterização de um eventual ato de improbidade. *Em outros termos, sua participação se deu de forma exclusivamente passiva, na condição de um mero servidor que vinha recebendo, em seus contracheques, o pagamento de uma determinada vantagem/benefício.*

Por oportuno, confira-se a doutrina de Waldo FAZZIO JUNIOR (*In* “Atos de Improbidade Administrativa – Doutrina, Legislação e Jurisprudência”, São Paulo: Atlas, 2007, p. 167-8):

[...] não se confunda a compreensão em relação a pequenos deslizes funcionais com permissividade administrativa. Honestidade, imparcialidade e lealdade são deveres implícitos na ocupação de qualquer posição administrativa, até porque derivam em parte de atributos humanos que o senso comum homenageia. Não são meros ideais, mas autênticas imposições ditadas pela natureza do cargo, mandato, emprego ou funções e pela incidência dos princípios constitucionais da administração, aos quais todos estão subordinados. O percurso funcional do *administrador público*, em condições satisfatórias de trabalho, deve ser compatível com a natureza de suas funções e condizente com a noção corrente daquilo que é ser honesto, leal e imparcial, quer dizer, honrado, confiável e justo.

(...)

Digo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 311) enfatiza o dever de probidade como

“outro dever comum, que assume maior rigor quando se trate de servidor público, que terá bens públicos sob sua guarda e a seu uso, assim como poderá ter interesses de repercussões patrimoniais, ora mais ora menos importantes, sob sua esfera de decisão”. O eminente publicista liga-o com a honestidade funcional, que “se impõe sob todos os aspectos e a cada instante”, na medida em que o agente público não pode aproveitar-se “das prerrogativas funcionais e das atribuições em que está investido para obter vantagens para si próprio ou para terceiros, a que pretenda favorecer”.

Nesse sentido, cabe inserir que a Resolução CEP n. 8/2003 impõe às *autoridades administrativas federais* que se abstenham de exercer atividades paralelas que suscitem conflito de interesses, em especial que possam transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro da autoridade.

Destarte, nos termos da fundamentação acima, conclui-se que os fatos apurados pela Comissão Processante não dão ensejo à aplicação da pena demissão, uma vez que não restou caracterizada a infração prevista no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

Ante o exposto, *concedo a segurança* para anular a Portaria/MAPA n. 144/11 e *determinar a reintegração* do impetrante ao serviço público. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Agravo regimental da *União* prejudicado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.110.906-SP (2009/0016194-9)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo –
CRF-SP

Advogado: Ana Cristina Perlin e outro(s)

Recorrido: Sociedade Civil Hospital Presidente

Advogado: Roberto Baldacci e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos. Presença de farmacêutico. Desnecessidade. Rol taxativo no art. 15 da Lei n. 5.991/1973. Obrigação por regulamento. Desbordo dos limites legais. Ilegalidade. Súmula n. 140 do extinto TFR. Matéria pacificada no STJ.

1. Cuida-se de recurso especial representativo da controvérsia, fundado no art. 543-C do Código de Processo Civil sobre a obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico responsável em dispensário de medicamentos de hospitais e clínicas públicos, ou privados, por força da Lei n. 5.991/1973.

2. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos, conforme o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/1973, pois não é possível criar a postulada obrigação por meio da interpretação sistemática dos arts. 15 e 19 do referido diploma legal.

3. Ademais, se eventual dispositivo regulamentar, tal como o Decreto n. 793, de 5 de abril de 1993 (que alterou o Decreto n. 74.170, de 10 de junho de 1974), fixar tal obrigação ultrapassará os limites da lei, porquanto desbordará o evidente rol taxativo fixado na Lei n. 5.991/1973.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensário de medicamentos de hospital ou de clínica, prestigiando

- inclusive - a aplicação da Súmula n. 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Precedentes.

5. O teor da Súmula n. 140-TFR - e a desobrigação de manter profissional farmacêutico - deve ser entendido a partir da regulamentação existente, pela qual o conceito de dispensário atinge somente “*pequena unidade hospitalar ou equivalente*” (art. 4º, XV, da Lei n. 5.991/1973); atualmente, é considerada como pequena a unidade hospitalar com até 50 (cinquenta) leitos, ao teor da regulamentação específica do Ministério da Saúde; os hospitais e equivalentes, com mais de 50 (cinquenta) leitos, realizam a dispensação de medicamentos por meio de farmácias e drogarias e, portanto, são obrigados a manter farmacêutico credenciado pelo Conselho Profissional, como bem indicado no voto-vista do Min. Teori Zavascki, incorporado aos presentes fundamentos.

6. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, combinado com a Resolução STJ n. 8/2008.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão e Castro Meira (RISTJ, art. 162, § 2º).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 23 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP* -, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em demanda relativa à *necessidade, ou não, nos termos da legislação vigente, da atuação de farmacêutico em dispensário de medicamentos mantido por clínica e/ou unidades hospitalares*, negou provimento ao recurso de apelação do recorrente.

O presente recurso foi afetado como representativo da controvérsia, nos termos da Resolução n. 8/2008 do STJ, e do art. 543-C do Código de Processo Civil.

A decisão de afetação possui a seguinte ementa (fl. 231):

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso Representativo da Controvérsia. Art. 543-C do CPC. Resolução n. 8/2008 do STJ. Dispensário de medicamentos. Atuação de técnico responsável.

O acórdão recorrido possui a seguinte ementa (fl. 175):

Administrativo. Mandado de segurança. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos em pequena unidade hospitalar ou equivalente. Profissional farmacêutico. Lei n. 5.991/1973. Desnecessidade. Súmula n. 140 do extinto TFR. Registro. Lei n. 6.839/1980. Dispensa. 1. A Lei n. 5.991/1973, determinou a obrigatoriedade de profissional técnico responsável, somente nas farmácias e drogarias, portanto, as pequenas unidades hospitalares e equivalentes que possuem dispensário de medicamentos não estão sujeitas à exigência de um profissional farmacêutico responsável. 2. O dispensário de medicamentos é mero setor de fornecimento de medicamentos industrializados, em sua embalagem original, diverso da farmácia, onde pode ocorrer a manipulação de medicamentos e, neste caso, portanto, imprescindível a presença de um técnico responsável, com conhecimentos especializados. 3. Não pode prevalecer, a obrigatoriedade de assistência farmacêutica imposta pelo Decreto n. 793/1993, aos setores de dispensação de medicamentos da unidade hospitalar de pequeno porte ou equivalente, extrapolando os limites previstos no texto legal (STJ, 1ª Turma, REsp n. 205.323-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 11.5.1999, v.u., DJU 21.6.1999, p. 97; TRF3, AMS n. 1999.03.99.096808-4, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 9.10.2002, v.u., DJU 4.11.2002, p. 708). 4. Apelação improvida.

O Tribunal de origem rejeitou os embargos opostos em acórdão, com a seguinte ementa (fl. 190):

Processo Civil. Embargos de declaração. Efeito infringente. 1. O embargante pretende rediscutir matéria já decidida, sendo nítido o caráter infringente dos presentes embargos. 2. Não restou configurada qualquer contradição, obscuridade ou omissão no v. acórdão, nos moldes do artigo 535, I e II do CPC. 3. Mesmo para fins de pré-questionamento, ausentes os vícios apontados, os embargos de declaração não merecem acolhida. 4. Em decisão plenamente fundamentada, não é obrigatório o pronunciamento do magistrado sobre todos os tópicos aduzidos pelas partes. 5. Inadmissível a modificação do julgado, por meio de embargos de declaração. Propósito nitidamente infringente. 6. Embargos de declaração rejeitados.

No presente recurso especial (fls. 193-207), o recorrente aduz, no mérito, que o acórdão regional teria contrariado as disposições contidas nos arts. 4º, 15 e 19 da Lei n. 5.991/1973, bem como o art. 1º do Decreto n. 85.878/1981. Também, postula que não deve ser aplicada a Súmula n. 140 do antigo Tribunal Federal de Recursos ao tema.

Sustenta, outrossim, que, “por tudo o quanto foi exposto, podemos concluir que é indispensável a manutenção de responsável técnico farmacêutico nos dispensários de medicamentos mantidos pela apelada e, por decorrência, legítimas as autuações lavradas” (fl. 204).

Apresentadas contrarrazões que pugnam pela negativa de trânsito, com base na preliminar de insuficiência na demonstração dos dispositivos cuja vigência teria sido negada, bem como pela ausência de hipótese recursal. No mérito, sustenta que não deve ser provido o recurso, porquanto as decisões judiciais anteriores estariam consentâneas com o melhor entendimento jurídico aplicável ao caso (fls. 218-223).

Juízo de admissibilidade positivo que indicou o recurso como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil (fls. 223-224).

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, manifesta-se no sentido do não provimento do recurso.

Transcrevo a ementa do opinativo (fl. 236):

Administrativo e Processual Civil. Embargos à execução. Título executivo. CDA. Multa punitiva empregada pelo Conselho Regional de Farmácia por ausência de farmacêutico responsável em dispensário de unidade hospitalar. Pedido dos embargos procedente. Anulação do título e extinção da execução. Recurso

Especial Representativo da Controvérsia. Contrariedade aos arts. 19 da Lei n. 5.991/1973, 24 da Lei n. 3.820/1960, 1º do Decreto n. 85.878/1981. Não ocorrência. Manutenção do acórdão.

1. A Lei n. 5.991/1973, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos e Insumos Farmacêuticos e Correlatos, traz no artigo 15 que a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável inscrito no CRF, ou seja, qualquer outro sujeito, fora estes, não estará obrigado a dispor de farmacêutico, sendo a sua adoção de forma facultativa, apenas. 2. Não pode o Conselho Regional de Farmácia impor a obrigatoriedade da assistência e responsabilidade de farmacêutico em setores de dispensação de hospitais ou unidades de saúde públicos ou privados, conforme dispôs o § 2º do art. 27 do Decreto n. 793/1993, pois fora as farmácias e drogarias, ou outros sujeitos não estão vinculados à obrigatoriedade de terem a assistência de um profissional farmacêutico inscrito no devido conselho, sendo aos mesmos facultativa a assistência, ou não, do referido profissional, tão somente. Parecer pelo improvimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): De plano, anoto que o presente recurso especial foi afetado como representativo da controvérsia, nos termos do rito da Resolução STJ n. 8/2008 e do art. 543-C do Código de Processo Civil.

A controvérsia, em síntese, trata da obrigatoriedade, ou não, da presença de farmacêutico, no labor em dispensários de medicamentos de hospitais e de clínicas. Na origem, o processo tratava de embargos à execução propostos pela *Sociedade Civil Hospital Presidente* contra ação de fiscalização e correlata execução, tal como movida pelo *Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP*.

O juízo de primeiro grau sentenciou pela procedência dos embargos à execução, consignando que o art. 15 da Lei n. 5.991/1973 não permite uma interpretação extensiva para que se fixe a obrigação de farmacêutico responsável em dispensários de medicamentos. O magistrado entendeu, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada, e arrolou o acórdão do REsp n. 742.230-RO (Rel. Min. Teori Albino Zavascki) como exemplo.

O *Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP* - interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Além da ementa do acórdão, já transcrita quando do relatório, é relevante conferir extratos do voto condutor, de relatoria da Des. Federal Consuelo Yoshida (fls.):

A Lei n. 5.991, de 17.12.1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em seu art. 15, determinou a obrigatoriedade de profissional técnico responsável somente nas farmácias e drogarias, nestes termos:

Art. 15. A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

Tal lei, ainda, em seu artigo 4º, estabeleceu os conceitos de drogaria, farmácia e dispensário de medicamentos, diferenciando-os da seguinte forma:

Art. 4º - Para efeitos desta lei, são dotados os seguintes conceitos:

(...)

X – Farmácia – estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI – Drogaria – estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

(...)

XIV – Dispensário de medicamentos – setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente;

Nota-se do conceito acima transcrito, que o dispensário de medicamentos é mero setor de fornecimento de medicamentos industrializados, em sua embalagem original, diverso da farmácia onde pode ocorrer a manipulação de medicamentos, e neste caso, portanto, imprescindível a presença de um técnico responsável, com conhecimentos especializados.

Ademais, o fornecimento nos dispensários de medicamentos, em hospitais de pequeno porte e clínicas médicas, aos pacientes internados, decorre de estrita prescrição médica, dispensando-se, assim, a presença de um profissional farmacêutico.

Desta forma, o Decreto n. 793, de 5 de abril de 1993, que alterou o Decreto n. 74.170, de 10 de junho de 1974, não pode prevalecer. Dispõe o § 2º, do art. 27, do referido Decreto:

Art. 27 – A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável.

(...)

§ 2º - Contarão também, obrigatoriamente, com a assistência de farmacêutico responsável os setores de dispensação dos hospitais públicos e privados e demais unidades de saúde, distribuidores de medicamentos, casas de saúde, clínicas de repouso e similares que dispensem, distribuam ou manipulem medicamentos sob controle especial ou sujeitos a prescrição médica.

Esta obrigatoriedade de assistência farmacêutica imposta aos setores de dispensação de medicamentos das unidades hospitalares de pequeno porte ou equivalente, extrapola os limites previstos no texto legal.

A técnica de interpretação legislativa determina que não cabe ao intérprete distinguir, onde a lei não distingue. Desta forma, não compete ao Conselho Profissional exigir o que a lei não exige.

Visa o Decreto explicitar a norma legal para a sua correta aplicação, não podendo, em conseqüência, ultrapassar seus limites.

Afirma o mestre Hely Lopes Meirelles: “Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Ed., 22 ed., p. 162).

(...)

Aliás, no tocante à presença do profissional farmacêutico nos dispensários de medicamento de unidades hospitalares, encontramos a Súmula n. 140, do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: “As unidades hospitalares com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamentos, não estão sujeitos à exigência de manter farmacêutico”.

Em suma, o raciocínio jurídico do Tribunal de origem é evidente. Se o art. 15 da Lei n. 5.991/1973 não previu a obrigatoriedade de farmacêutico responsável nos dispensários de medicamentos de clínicas e de hospitais, não poderá o § 2º do art. 27 do Decreto n. 74.170/1974, na redação dada pelo Decreto n. 793/1993, exigir o que a lei não prevê. Ainda, considerou que a Súmula n. 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos já não abarcava a pretensão recursal.

Passo ao julgamento.

Examino as preliminares recursais, trazidas pelo recorrido.

São duas as preliminares que, todavia, podem ser conjugadas. Alega ausência de demonstração do dispositivo da legislação federal, cuja vigência teria sido negada, e também postula que não haveria interesse em recorrer contra acórdão cuja hipótese recursal não estaria prevista no permissivo constitucional. No fundo, interpreto que as preliminares postulam pela aplicação da Súmula n. 284 do STF, por analogia.

No entanto, do que se depreende do acórdão recorrido e da petição de recurso especial, existe suficiência de argumentos para que haja o devido deslinde da controvérsia, que está bem clara.

Logo, afasto as preliminares e passo a julgar.

Estão prequestionados os arts. 4º, 15 e 19, da Lei n. 5.991/1973, que consistem no centro do debate recursal.

As alusões ao Decreto n. 74.170/1974 (na redação dada pelo Decreto n. 739/1993 ao Decreto n. 85.878/1981), bem como o teor da Portaria n. 1.017/2002 não figuram como objeto do recurso. Os dispositivos regulamentares, é sabido, não estão no conceito de lei federal que autorizam a interposição do recurso especial, tal como prescrito na alínea **a** do permissivo constitucional. Porém, os dispositivos são trazidos na peça recursal do *Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP* - como elementos argumentativos de que a correta interpretação dos dispositivos da Lei n. 5.991/1973 demandaria a presença laboral de um farmacêutico responsável nos dispensários de medicamentos.

Contudo, o acórdão recorrido deve ser mantido, por três motivos.

O primeiro. A interpretação sistemática não é cabível no caso vertente; logo, não é possível autorizar a criação da obrigação em contratar e manter farmacêutico responsável para dispensários de medicamentos, quando a Lei n. 5.991/1973 não previu tal hipótese.

A obrigação circunscreve-se somente às farmácias e drogarias, além das distribuidoras - por força do art. 11 da Medida Provisória n. 2.190-34/2001, ao teor do art. 15 do referido diploma legal:

Art. 15. A farmácia, a drogaria e as distribuidoras (Artigo 11 da MP n. 2.190-34, de 23 de agosto de 2001) terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

Não é possível, também, criar tal obrigação pelo fato de o rol taxativo de exclusão da obrigatoriedade de farmacêutico responsável não incluir os dispensários, na forma do art. 19, da Lei n. 5.991/1973:

Art. 19. Não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a *drugstore*.

Por fim, os conceitos de farmácia, drogaria e de dispensário de medicamentos estão evidentes nos incisos X, XI, e XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/1973, tal como transcritos acima. Logo, não é possível identificar a incidência da obrigação por esse prisma.

O segundo. Se eventual dispositivo regulamentar, seja ele Decreto, Portaria ou Resolução, consignou tal obrigação, o fez de forma a extrapolar os termos estritos da legislação vigente e, desta forma, não pode prevalecer, como bem se referiu o *Parquet* federal, ao comentar o § 2º do art. 27 do Decreto n. 793/1993:

Portanto, não pode o Conselho Regional de Farmácia impor a obrigatoriedade da assistência e responsabilidade de farmacêutico em setores de dispensação de hospitais ou unidades de saúde, públicas ou privadas, conforme dispôs o § 2º, do art. 27, do Decreto n. 793/1993.

O terceiro. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há obrigação legal da presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos, de hospitais e de clínicas.

Neste sentido:

Administrativo. Exercício profissional. Dispensário de medicamentos. Presença de farmacêutico. Desnecessidade. Decisão monocrática fundamentada em jurisprudência do STJ. Agravo regimental não provido.

1. Não é obrigatória a presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos, exigência existente apenas com relação às drogarias e farmácias.

2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.221.604SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 10.9.2010).

Administrativo. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Conselho Regional de Farmácia. Hospitais e clínicas. Dispensário de medicamentos. Presença de

profissional legalmente habilitado. Desnecessidade. Precedentes jurisprudenciais do STJ.

1. A exigência de se manter profissional farmacêutico dirige-se, apenas, às drogarias e farmácias, não abrangendo os dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas. Precedentes do STJ: REsp n. 611.921-MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 28.3.2006; AgRg no Ag n. 679.497-SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 24.10.2005; REsp n. 742.340-RO, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 22.8.2005; REsp n. 603.634-PE, Relator Ministro José Delgado, DJ 7.6.2004 e REsp n. 550.589-PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 15.3.2004.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 1.191.365-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.4.2010, DJe 24.5.2010).

Processual Civil. Administrativo. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Dispensário de medicamentos em hospital. Presença de responsável técnico (farmacêutico). Desnecessidade. Súmula n. 140 do Ex-TFR. Ausência de prequestionamento da matéria infraconstitucional. Súmula n. 211 do STJ. Incidência.

1. Caso em que se discute a presença de responsável técnico em dispensário de medicamento em hospitais; distinto, portanto, do discutido no REsp n. 862.923-SP, afeto à Primeira Seção, que trata da possibilidade de técnico em farmácia assumir responsabilidade técnica por drogaria, independentemente de interesse público ou de inexistência de outro profissional no local.

2. Ausente o prequestionamento da matéria dos artigos 165 e 458 do CPC. Incidência da Súmula n. 211 do STJ.

3. Sob esse enfoque, tem-se que “o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a Lei n. 5.991/1973, em seu art. 15, somente exigiu a presença de responsável técnico, bem como sua inscrição no respectivo conselho profissional às farmácias e drogarias. Destarte, os dispensários de medicamentos situados em hospitais e clínicas (art. 4º, XIV) não estão obrigados a cumprir as referidas exigências” (AgRg no Ag n. 999.005-SP). Entendimento consolidado na Súmula n. 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.179.704-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 9.12.2009).

Agravo regimental em agravo de instrumento. Dispensário de medicamentos. Presença de profissional legalmente habilitado. Desnecessidade.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que não é exigida a presença de farmacêutico como responsável técnico nas unidades hospitalares, com até duzentos leitos, que possuam dispensário de medicamentos.

2. Reconhecido no acórdão impugnado, com base nas provas dos autos, tratar-se de dispensário de medicamentos, a alegação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita exame do acervo fático-probatório, vedado na instância excepcional.

3. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (Súmula do STJ, Enunciado n. 7).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.185.715-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 19.11.2009, DJe 3.12.2009).

Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos. Acórdão recorrido em consonância com jurisprudência do STJ. Enunciado n. 83 da Súmula desta Corte. Inexigibilidade da assistência de farmacêutico responsável técnico.

1. Aplicação da Súmula do n. 83-STJ: “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”; o qual também se aplica ao recurso especial interposto pela alínea **a** do art. 105, III, da Constituição Federal.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido que é dispensável a presença de responsável técnico em farmácia, bem como de sua inscrição no respectivo conselho profissional, em dispensários de medicamentos; exigência essa direcionada apenas a farmácias e drogarias.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.196.256-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009).

Processual Civil e Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos. Presença de profissional legalmente habilitado.

1. Os dispensários de medicamentos localizados em hospitais não se subordinam à exigência legal de manter a presença de farmacêutico para funcionar. Súmula n. 140 do extinto TFR.

2. O óbice insculpido na Súmula n. 83-STJ também é aplicável ao recurso fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional.

3. O fato do art. 19 da Lei n. 5.991/1973 ter exonerado o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a “*drugstore*” da assistência de técnico responsável, não importa reconhecer que trouxe para o dispensário de medicamentos tal obrigação, porquanto o art. 15 da mesma lei apenas insere o referido dever para as farmácias e drogarias. A obrigatoriedade de assistência de técnico responsável

inscrito no Conselho Regional de Farmácia apenas poderá ser exigida dos estabelecimentos expressamente referidos na lei.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.149.075-SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 5.11.2009, DJe 17.11.2009).

Processual Civil. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Conselho Regional de Farmácia. Hospital. Dispensário de medicamentos. Presença de profissional habilitado. Desnecessidade.

1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Consoante a jurisprudência do STJ, os dispensários de medicamentos localizados em hospitais ou clínicas não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.126.365-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 21.10.2009).

Processual Civil e Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamento. Registro. Inexigibilidade.

1. A Lei n. 5.991/1973 só exigiu a presença de responsável técnico e sua inscrição no CRF às farmácias e drogarias (art. 15).

2. Os dispensários de medicamentos, conceituados no art. 4º, XIV, da referida lei, não estão obrigados a cumprir a exigência imposta às farmácias e drogarias.

3. "As unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam dispensário de medicamento, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico" (Súmula n. 140-TFR). Precedentes da 1ª e 2ª Turmas.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 969.905-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 15.12.2008).

Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos. Inexigibilidade da presença de farmacêutico. Recurso especial. Violação do artigo 535, CPC, não demonstrada. Aplicação da Súmula n. 284-STF. No mais, incidência da Súmula n. 83-STJ.

I - A jurisprudência deste colendo Tribunal é firme na compreensão de não serem cabíveis os declaratórios somente para fins de prequestionamento, devendo antes haver, de fato, questão relevante para o julgamento da controvérsia, sobre a qual se omitiu o acórdão embargado. *In casu*, sequer demonstrou o recorrente em que consistiria a relevante omissão a justificar o cabimento dos declaratórios, na origem, tendo-se restringido em dizer que alegara a violação do art. 535 porque não houve juízo de valor sobre certos dispositivos legais. Incidência da Súmula n. 284-STF, no particular.

II - Por outro lado, “está pacificado no STJ que os dispensários de medicamentos localizados em hospitais não se sujeitam à exigência legal da presença de farmacêutico para funcionamento. (REsp n. 550.589-PE, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 15.3.2004; REsp n. 603.634-PE, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 7.6.2004)” (AgRg no AgRg no Ag n. 686.527-SP, Primeira Turma, DJ de 7.11.2005). Assim sendo, aplica-se, *in casu*, a Súmula n. 83-STJ.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 966.414-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 4.10.2007, DJ 25.10.2007, p. 146).

No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.120.411-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17.11.2009; AgRg no Ag n. 1.150.781-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11.11.2009; AgRg no Ag n. 1.002.799-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11.12.2008; AgRg no REsp n. 1.069.328-SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15.12.2008; AgRg no Ag n. 986.136-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5.11.2008; AgRg no Ag n. 999.005-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 25.6.2008; REsp n. 943.563-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 2.6.2008; AgRg no Ag n. 981.653-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8.5.2008; AgRg no Ag n. 983.297-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30.4.2008; AgRg no Ag n. 939.747-SP, Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJe 4.4.2008; AgRg no Ag n. 824.486-SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5.3.2008; REsp n. 943.359-SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.8.2007, p. 264; AgRg no Ag n. 831.697-SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 26.4.2007, p. 236; AgRg no Ag n. 831.358-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 25.4.2007, p. 308; AgRg no Ag n. 832.735-SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 19.4.2007, p. 239; AgRg no Ag n. 821.070-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 19.12.2007, p. 1.213; REsp n. 611.921-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda

Turma, DJ 28.3.2006, p. 205; AgRg no AgRg no Ag n. 686.527-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 7.11.2005 p. 109.

Cabe anotar, ainda, no caso concreto, a incidência da Súmula n. 140 do antigo e extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), cujo teor transcrevo: “Unidades hospitalares, com até 200 (duzentos) leitos, que possuam ‘dispensário de medicamentos’, não estão sujeitas à exigência de manter farmacêutico (publicada em 30.8.1983).

Ela é plenamente aplicável ao caso concreto, com atualização em seu conteúdo. O conceito de dispensário de medicamentos, que exclui a presença de profissional farmacêutico atinge somente pequenas unidades hospitalares e clínicas. Porém, o conceito de pequena unidade deve ser firmado pela regulamentação. Como bem indicou o Ministro Teori Albino em seu voto-vista, cujo fundamento acompanho e incorporo:

Se assim é, resta saber o que significa “pequena unidade hospitalar ou equivalente”, para efeito de qualificação de “dispensário” não sujeito à obrigação de manter farmacêutico. A Súmula n. 140, do TFR considerava como tal a unidade hospitalar com até duzentos (200) leitos, e assim o fazia amparada na definição que lhe dava a Portaria Ministerial n. 316 de 26.8.1977, do Ministério da Saúde. É o que se constata do acórdão proferido na AMS n. 93.630, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 29.9.1983), em cujo julgamento a 2ª Seção daquela extinta Corte aprovou a referida Súmula. Ocorre, no entanto, que a Portaria n. 316 teve sua revogação recomendada pela Resolução CNS n. 53 de 6.5.1993, resultando expressamente revogada pela Portaria MS n. 4.283, de 30.12.2010, que aprovou as novas diretrizes e estratégias para organização, fortalecimento e aprimoramento das ações e serviços de farmácia no âmbito dos hospitais. Assim, a classificação dos hospitais segundo sua capacidade está atualmente definida pelo Glossário do Ministério da Saúde (Ministério da Saúde. Glossário do Ministério da Saúde - Projeto de Terminologia em Saúde. Série F. Comunicação e Educação em Saúde. Brasília, 2004 - disponível em http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/04_0644_m.pdf), que considera “de pequeno porte” o “hospital cuja capacidade é de até 50 leitos”. Cumpre, assim, dar interpretação atualizada à Súmula n. 140-TFR, para ficar estabelecido que, a partir da revogação da Portaria Ministerial n. 316/77, ocorrida em 30.12.2010, considera-se unidade hospitalar de pequeno porte o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos.

De tudo se conclui, em suma, que os dispensários dos hospitais de pequeno porte - e apenas esses - é que estão desobrigados de manter a assistência de profissional habilitado. Relativamente aos dispensários dos demais hospitais - de médio ou grande porte e os de “capacidade extra”, na conceituação que lhes conferiu o mencionado Glossário do Ministério da Saúde -, sujeitam-se à obrigação de manter farmacêutico, equiparados que estão, em razão das atividades neles

realizadas, a drogarias ou farmácias, na conceituação estabelecida nos incisos X e XI da Lei n. 5.991/1973.

No caso concreto, a recorrida, Sociedade Civil Hospital Prudente, tem capacidade de cinquenta (50) leitos (fls. 04), qualificando-se, como tal, como unidade hospitalar de pequeno porte, não sujeita, portanto, à obrigação de manter a assistência de profissional habilitado.

Pelos argumentos assim expostos, deve ser mantido o acórdão recorrido, já que é evidente não haver obrigação legalmente fixada para presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos de pequenos hospitais e de clínicas, nos termos da legislação. Adicionalmente, é aplicável a Súmula n. 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos, com o limite o conceito de pequena unidade à existência de, no máximo, 50 (cinquenta) leitos, nos termos do voto-vista proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki e acolhido pela Primeira Seção.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial e determino que sejam extraídas cópias do acórdão, devidamente publicado, para remessa (I) 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; e (II) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II, da Resolução STJ n. 8/2008.

É como penso. É como voto.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, é usual aguardar-se o voto-vista de qualquer dos Julgadores, máxime quando é um pedido de vista do Senhor Ministro Teori Albino Zavascki, que sempre lança luzes definitivas sobre qualquer controvérsia jurídica que aqui se instala, mas vou antecipar o meu voto.

2. Percebo claramente a gravidade, a importância e a extensão desta questão, independentemente de se tratar de matéria submetida ao sistema do recurso repetitivo. Não vejo como se possa escapar dos valores da Constituição quando se faz a exegese de qualquer norma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, independentemente de afirmar que há ou não há impacto à Constituição, impacto direto, transversal, oblíquo, enviesado ou de qualquer outra maneira. De todo modo, os valores constitucionais estão sempre orientando a exegese de qualquer norma que seja.

3. Penso que as normas vigentes devem absoluta reverência à Constituição. Em caso de conflito com suas normas, é urgente a adequação pela via interpretativa aos seus comandos, podendo-se chegar até mesmo - se for o caso, que não é neste, nesta hipótese, a meu ver, não é - à declaração de sua incompatibilidade.

4. Mas no caso não é; seria uma espécie de interpretação dessas normas, de conformidade com o comando constitucional, que manda assegurar e proteger a segurança da saúde das pessoa, independentemente se há uma norma prescrevendo que são 100 (cem), 200 (duzentos), 300 (trezentos) ou 400 (quatrocentos) as vagas ou leitos do hospital.

5. Tenho assistido, repetidamente, inclusive envolvendo pessoas próximas, acidentes hospitalares pela falta de um profissional farmacêutico no dispensário - esse nome é tão antigo. Equívoco de medicamento, medicamento com dosagem excessiva, até em hospitais da maior grife, hospitais padrão, tenho presenciado isso.

6. A meu ver, para se atender ao valor constitucional da segurança da saúde das pessoas - de todas as pessoas, não somente para aquelas que vão para hospitais de ponta, para qualquer hospital, até para um hospital de pequeno porte, dever-se-ia ter o farmacêutico. Entendo que a presença do farmacêutico é o *minimum minimorum* de garantia aos pacientes.

7. Daí porque, pedindo vênias a V. Exa., Senhor Presidente, iria pedir vista neste processo para fazer o voto mais elaborado, mas, como o Senhor Ministro Teori Albino Zavascki pediu vista antecipadamente, peço vênias ao Senhor Ministro Relator para dar provimento nos termos desse voto sumaríssimo que proferi.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, antecipo o meu voto, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator. O forte da sustentação feita pelo eminente advogado foi com base na incompatibilidade desse entendimento com a Constituição. Isso é matéria constitucional, não pode ser apreciada em recurso especial. Poderia até, eventualmente, fixar o meu entendimento no que foi posto pelo eminente advogado quanto à desarmonia dessa orientação com o que pontifica a Constituição de 1988. Mas esse tema não pode ser apreciado aqui, neste momento.

Colocações trazidas pelo Relator, que foram mais na condição de *obiter dictum*, poderiam até levar a alguma confusão entre o que foi decidido com o que foi evidenciado pelo Sr. Ministro Humberto Martins. Mas o âmago da questão é esse mesmo que tem sido reiteradamente julgado pelo STJ. Talvez até esse entendimento tenha sido fixado — digo talvez — por não ter sido feita uma abordagem tão percuciente como foi agora feita pelo eminente advogado.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Sr. Presidente, pedindo vênia ao Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, acompanhado o voto do Sr. Ministro Relator, com os ajustes e as chegadas então trazidos pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki.

VOTO-VISTA

Ementa: Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos em hospital de pequeno porte. Presença de profissional legalmente habilitado. Desnecessidade. Precedentes do STJ.

1. A teor do art. 15 da Lei n. 5.991/1973, “a farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia”. Todavia, esse mesmo diploma normativo confere definição própria - distinta da de farmácia e drogaria - a “dispensário de medicamentos”, considerando como tal o “setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente” (art. 4º, XIV). Fundada nessa distinção, a jurisprudência do Tribunal considera não ser obrigatória a assistência de farmacêutico nos referidos dispensários hospitalares.

2. A Súmula n. 140 do TFR considerava hospital de pequeno porte a unidade hospitalar com até duzentos (200) leitos, e assim o fazia amparada na definição que lhe dava a Portaria Ministerial n. 316 de 26.8.1977, do Ministério da Saúde. Com a revogação desse normativo, pela Portaria MS n. 4.283, de 30.12.2010, considera-se

de pequeno porte, atualmente, segundo as normas do Ministério da Saúde, o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos.

3. De tudo se conclui, em suma, que os dispensários de medicamentos dos hospitais de pequeno porte (= de até cinquenta leitos) - e apenas esses - estão desobrigados de manter a assistência de profissional habilitado. Relativamente aos dispensários dos demais hospitais - de médio ou grande porte e os de "capacidade extra", na conceituação que lhes conferem os normativos do Ministério da Saúde -, sujeitam-se à obrigação de manter farmacêutico, equiparados que estão, em razão das atividades neles realizadas, a drogarias ou farmácias, na conceituação estabelecida nos incisos X e XI do art. 4º da Lei n. 5.991/1973.

4. No caso concreto, o hospital recorrido se enquadra na classificação de pequeno porte, já que sua capacidade é de apenas cinquenta leitos, não estando sujeito, portanto, à obrigação de manter a assistência de profissional habilitado.

5. Com esses fundamentos, acompanho, na conclusão, o voto do relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, em embargos à execução fiscal objetivando a declaração de nulidade da multa imposta em virtude de suposta infringência ao art. 24 da Lei n. 3.820/1960, assentou não haver exigência legal para a manutenção de profissional farmacêutico no dispensário de medicamentos da Sociedade Civil Hospital Presidente. O aresto foi assim ementado:

Administrativo. Mandado de segurança. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos em pequena unidade hospitalar ou equivalente. Profissional farmacêutico. Lei n. 5.991/1973. Desnecessidade. Súmula n. 140 do extinto TFR. Registro. Lei n. 6.839/1980. Dispensa.

1. A Lei n. 5.991/1973 determinou a obrigatoriedade de profissional técnico responsável, somente nas farmácias e drogarias, portanto, as pequenas unidades hospitalares e equivalentes que possuem dispensário de medicamentos não estão sujeitas à exigência de um profissional farmacêutico responsável.

2. O dispensário de medicamentos é mero setor de fornecimento de medicamentos industrializados, em sua embalagem original, diverso da farmácia, onde pode ocorrer a manipulação de medicamentos e, neste caso, portanto,

imprescindível a presença de um técnico responsável, com conhecimentos especializados.

3. Não pode prevalecer a obrigatoriedade de assistência farmacêutica imposta pelo Decreto n. 793/1993 aos setores de dispensação de medicamentos da unidade hospitalar de pequeno porte ou equivalente, extrapolando os limites previstos no texto legal (STJ, 1ª Turma, REsp n. 205.323-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 11.5.1999, v.u., DJU 21.6.1999, p. 97; TRF3, AMS n. 1999.03.99.096808-4, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 9.10.2002, v.u., DJU 4.11.2002, p. 708).

4. Apelação improvida. (fl. 175).

Nas razões do recurso especial (fls. 193-207), o recorrente aponta violação aos arts. 19 da Lei n. 5.991/1973, 24 da Lei n. 3.820/1960 e 1º do Decreto n. 85.878/1981, asseverando que (I) “embora o art. 15 da Lei n. 5.991/1973 disponha que a obrigatoriedade de responsável técnico diz respeito às farmácias e drogarias, é de primordial importância interpretá-lo conjuntamente com o disposto no artigo 19 do mesmo diploma legal, o qual arrola quais os estabelecimentos farmacêuticos estarão liberados da manutenção de responsável técnico farmacêutico” (fl. 195), não relacionando, dentre eles, o dispensário de medicamentos; (II) ao se analisar o conceito de farmácia, nos termos do art. 4º, X, da Lei n. 5.991/1973, “conclui-se que o conceito de dispensário está incluído, não havendo qualquer condição ou dependência de serem tais medicamentos industrializados ou não” (fl. 196); (III) ao estabelecer normas sobre o exercício da profissão de farmacêutico, o Decreto n. 85.878/1981, em seu art. 1º, determina que, dentre as atribuições privativas dos profissionais, está o desempenho da função de dispensação de fórmulas magistrais e farmacopéicas; (IV) a presença do farmacêutico no dispensário de medicamentos tem por objetivo principal proteger a saúde de seus usuários; e (V) é legal a exigência de manutenção de responsável técnico farmacêutico no dispensário de medicamentos mantido pela recorrida, de forma que são legítimas as autuações lavradas por falta de técnico, consoante o art. 24 da Lei n. 3.820/1960. Por fim, aduz ser inaplicável a Súmula n. 140 do extinto Tribunal Federal de Recursos, pois (a) o enunciado “teve como base a Portaria Ministerial n. 316/77, a qual foi expressamente revogada pela Resolução n. 53 de 5.6.1993” (fl. 205), bem como (b) o número de leitos de uma unidade hospitalar não pode ser estabelecido como critério para a análise da necessidade de responsável técnico farmacêutico, por ser a vida o bem jurídico protegido.

Nas contra-razões (fls. 218-222), a recorrida requer a inadmissão do recurso especial por entender que (a) não foram preenchidos os requisitos de

admissibilidade recursal, notadamente por tratar de negatória genérica, e (b) falta interesse recursal. No mérito, postula a integral manutenção do julgado.

Por decisão de fls. 224-225, conferiu-se ao recurso o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008. Em parecer (fls. 236-240), o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso. O relator, Min. Humberto Martins, negou provimento ao recurso especial. Foi acompanhado do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho deu provimento ao recurso especial por entender indispensável a presença de farmacêutico em dispensários de medicamentos de hospitais.

Pedi vista.

2. A Lei 5.991/73, no art. 15, dispôs o seguinte:

Art. 15 - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

Em seu art. 4º, entretanto, conceitua drogaria e farmácia, distinguindo-as de dispensário de medicamentos, a saber:

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

(...)

X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e do de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

(...)

XIV - Dispensário de medicamentos - setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente.

XV - Dispensação - ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não.

3. Em face dessa discriminação, a jurisprudência do STJ afirma que, em relação aos dispensários de medicamentos, na estrita qualificação que lhes deu o inciso XIV do art. 4º da Lei n. 5.991/1973, não há obrigação de assistência por profissional habilitado. Nesse sentido, *v.g.*: AgRg no Ag n. 1.191.365-SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 24.5.2010; AgRg no REsp n. 1.069.328-SP, 2ª T., Min.

Castro Meira, DJe de 15.12.2008; AgRg no Ag n. 1.196.256-SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 25.11.2009; AgRg no REsp n. 1.126.365-SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 21.10.2009; AgRg no Ag n. 999.005-SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 25.6.2008; AgRg no Ag n. 983.297, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.4.2008; REsp n. 611.921-MG, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 28.3.2006; e REsp n. 742.340-RO, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.8.2005.

Repele-se o argumento segundo o qual o art. 19 da Lei n. 5.991/736, ao estabelecer que “não dependerão de assistência técnica e responsabilidade profissional o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a *drugstore*”, não estendeu essa exclusão ao dispensário de medicamento, do que decorreria a obrigação de manter a assistência dos referidos profissionais. Com efeito, tratando-se de imposição sujeita ao princípio da legalidade estrita (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, diz o art. 5º, II da CF), a obrigação de manter farmacêutico em dispensário não pode ser deduzida por argumento a *contrario sensu*. Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Dispensário de medicamentos. Presença de profissional legalmente habilitado.

1. Os dispensários de medicamentos localizados em hospitais não se subordinam à exigência legal de manter a presença de farmacêutico para funcionar. Súmula n. 140 do extinto TFR.

2. O óbice insculpido na Súmula n. 83-STJ também é aplicável ao recurso fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional.

3. O fato do art. 19 da Lei n. 5.991/1973 ter exonerado o posto de medicamentos, a unidade volante e o supermercado, o armazém e o empório, a loja de conveniência e a “*drugstore*” da assistência de técnico responsável, não importa reconhecer que trouxe para o dispensário de medicamentos tal obrigação, porquanto o art. 15 da mesma lei apenas insere o referido dever para as farmácias e drogarias. A obrigatoriedade de assistência de técnico responsável inscrito no Conselho Regional de Farmácia apenas poderá ser exigida dos estabelecimentos expressamente referidos na lei.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.149.075-SP, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe de 17.11.2009).

4. Se assim é, resta saber o que significa “pequena unidade hospitalar ou equivalente”, para efeito de qualificação de “dispensário” não sujeito à obrigação de manter farmacêutico. A Súmula n. 140, do TFR considerava como tal a unidade hospitalar com até duzentos (200) leitos, e assim o fazia amparada na

definição que lhe dava a Portaria Ministerial n. 316 de 26.8.1977, do Ministério da Saúde. É o que se constata do acórdão proferido na AMS n. 93.630, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 29.9.1983), em cujo julgamento a 2ª Seção daquela extinta Corte aprovou a referida Súmula. Ocorre, no entanto, que a Portaria n. 316 teve sua revogação recomendada pela Resolução CNS n. 53 de 6.5.1993, resultando expressamente revogada pela Portaria MS n. 4.283, de 30.12.2010, que aprovou as novas diretrizes e estratégias para organização, fortalecimento e aprimoramento das ações e serviços de farmácia no âmbito dos hospitais. Assim, a classificação dos hospitais segundo sua capacidade está atualmente definida pelo Glossário do Ministério da Saúde (Ministério da Saúde. *Glossário do Ministério da Saúde - Projeto de Terminologia em Saúde*. Série F. Comunicação e Educação em Saúde. Brasília, 2004 - disponível em http://dtr2001.saude.gov.br/editora/produtos/livros/pdf/04_0644_m.pdf), que considera “de pequeno porte” o “hospital cuja capacidade é de até 50 leitos”. Cumpre, assim, dar interpretação atualizada à Súmula n. 140-TFR, para ficar estabelecido que, a partir da revogação da Portaria Ministerial n. 316/77, ocorrida em 30.12.2010, considera-se unidade hospitalar de pequeno porte o hospital cuja capacidade é de até 50 leitos.

5. De tudo se conclui, em suma, que os dispensários dos hospitais de pequeno porte - e apenas esses - é que estão desobrigados de manter a assistência de profissional habilitado. Relativamente aos dispensários dos demais hospitais - de médio ou grande porte e os de “capacidade extra”, na conceituação que lhes conferiu o mencionado *Glossário do Ministério da Saúde* -, sujeitam-se à obrigação de manter farmacêutico, equiparados que estão, em razão das atividades neles realizadas, a drogarias ou farmácias, na conceituação estabelecida nos incisos X e XI da Lei n. 5.991/1973.

6. No caso concreto, a recorrida, Sociedade Civil Hospital Prudente, tem capacidade de cinquenta (50) leitos (fls. 04), qualificando-se, como tal, como unidade hospitalar de pequeno porte, não sujeita, portanto, à obrigação de manter a assistência de profissional habilitado.

7. Com esses fundamentos, acompanhamento, na conclusão, o voto do relator.

RETIFICAÇÃO DE VOTO (Em parte)

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, já votei anteriormente, mas vou adotar os fundamentos que foram aqui postos pelo Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

RECURSO ESPECIAL N. 1.278.688-RS (2011/0155190-9)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Clóvis Sá Brito Pingret e outro(s)
Recorrido: Bicaplast Indústria de Plásticos Ltda.
Advogado: Eduardo Ferrari e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Energia elétrica. Demanda contratada. Legitimidade ativa processual do consumidor. ICMS. Incidência apenas sobre energia efetivamente consumida.

1. Cuida-se de examinar legitimidade ativa processual de consumidor de energia elétrica para discutir judicialmente exigência de ICMS que entende indevida, além do exame de mérito (cobrança sobre a demanda contratada).

2. As duas Turmas da Primeira Seção têm aplicado a jurisprudência fixada no REsp n. 903.394-AL (repetitivo), afastando a pretensão dos consumidores. Ocorre que a hipótese é distinta.

3. Em se tratando de concessionária de serviço público, a legislação especial prevê expressamente o repasse do ônus tributário (art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995). Ademais, no serviço essencial prestado em regime de monopólio (há possibilidade de concorrência apenas em favor de grandes consumidores de energia elétrica), qualquer exação fiscal tende a ser automaticamente repassada ao consumidor.

4. Diferentemente das fábricas de bebidas (objeto do repetitivo), as concessionárias de energia elétrica são protegidas contra o ônus tributário por disposição de lei, que permite a revisão tarifária em caso de instituição ou aumento de imposto (exceto o incidente sobre a renda).

5. A lei federal impõe inquestionavelmente ao consumidor o ônus tributário, tornando-se nebulosa a aplicação da alcinha de “contribuinte de fato”. Isso porque a assunção do ônus do imposto

não se dá pelo simples repasse de custos, típico de qualquer relação empresarial, mas decorre de manifesta determinação legal. O consumidor é atado à exigência tributária por força de lei (art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995).

6. A rigor, a situação de consumidor aproxima-se muito, se é que não coincide, com a de substituído tributário. De fato, a concessionária, tendo reconhecido legalmente o direito de repassar o ônus de impostos ao consumidor em relação a produto essencial, e não sendo inibida por pressão concorrencial, age como substituto tributário, sem qualquer interesse em resistir à exigência ilegítima do Fisco.

7. Inadmitir a legitimidade ativa processual em favor do único interessado em impugnar a inválida cobrança de um tributo é o mesmo que denegar acesso ao Judiciário em face de violação ao direito.

8. No mérito, o acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento do STJ de que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, ainda que seja pago preço por demanda superior.

9. A pretensão da contribuinte sempre foi excluir o ICMS apenas da parcela não utilizada de energia elétrica, conforme pedido formulado na inicial. A sentença foi exatamente nesse sentido, acolhendo totalmente o pleito para “declarar a inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de potência não utilizada”, o que foi mantido pelo TRF. O acórdão recorrido, portanto, reconheceu a incidência do imposto estadual apenas “sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada” (Súmula n. 391-STJ), razão pela qual deve ser integralmente mantido.

10. Recurso Especial não provido.

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, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho,

Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Compareceu à sessão, o Dr. Guilherme Valle Brum, pelo Recorrente.

Brasília (DF), 8 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 22.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

Apelação. Ação ordinária. Direito Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda reservada ou contratada. Incidência do ICMS. Impossibilidade. Preliminar de ilegitimidade ativa.

I - O consumidor final de energia elétrica, contribuinte de fato - porque suporta por inteiro o impacto financeiro da incidência - e de direito- por integrar o pólo passivo da obrigação tributária -, tem legitimidade para propor ação com vistas a livrar da base de cálculo a “demanda reservada”, também denominada “demanda contratada”, bem como o encargo de capacidade emergencial.

II - A base de cálculo do ICMS/Energia Elétrica é de ser o valor do consumo efetivamente medido, exata dimensão do fato gerador. Diante disso, não há cogitar a imposição sobre a “demanda reservada ou contratada”, que não corresponde à energia efetivamente consumida pela unidade, se não que a disponibilizada pela concessionária no ponto de entrega, sem transpô-lo.

III - Segundo o teor da Súmula n. 213 do STJ, “o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”. No entanto, a declaração do direito de compensação tributária pressupõe lei autorizativa emanada pelo ente tributante. Ora, como é de todos sabido, no Estado do Rio Grande do Sul foi revogado pelo art. 1º, XV da Lei n. 12.209/1994 o Capítulo IV do Título IV da Lei n. 6.537/1972, que previa a compensação como modalidade de extinção do crédito tributário. Como se isso não bastasse, a pretensão mandamental tal como concedida pela d. sentença abrange período

anterior à impetração da segurança, no que encontra óbice na Súmula n. 271 do Supremo Tribunal Federal.

Preliminar rejeitada, por maioria. Apelo parcialmente provido. Sentença confirmada no mais, em reexame necessário. Unânime. (fl. 170, e-STJ).

Os Embargos de Declaração opostos não foram acolhidos (fl. 212, e-STJ).

O recorrente afirma que houve ofensa ao art. 267, VI, do CPC; aos arts. 121, parágrafo único, II, e 166 do CTN; e aos arts. 2º, § 2º, e 13, I, IV e § 1º, II, a, da Lei Complementar n. 87/1996. Sustenta, em suma:

O autor é usuário do serviço de energia elétrica concedido à empresa indicada nas faturas de pagamento e, relativamente ao Estado do Rio Grande do Sul, é consumidora final da energia elétrica. Paga (ou deveria pagar) a conta de energia elétrica como todos os demais consumidores finais/usuários de serviços públicos de energia elétrica no Estado do Rio Grande do Sul. Não recolhe tributo: paga a tarifa.

(...)

Assim, o Estado não tem relação jurídica com a empresa em relação ao ICMS decorrente de fornecimento de energia elétrica, por se tratar de empresa consumidora final de energia.

Em julgamento noticiado no Informativo do STJ n. 0434 (de 10 a 14 de maio de 2010), foi reconhecida a ilegitimidade ativa *ad causam* da empresa adquirente de energia, que não é contribuinte de direito do ICMS, mas mera contribuinte de fato, que suporta o ônus econômico do tributo. Legitimado - contribuinte de direito - é quem fornece a energia elétrica de acordo com o art. 4º, *caput*, da LC n. 87/1996 e CF/1988.

(...)

A alegação de que a demandante se constitui em "contribuinte de fato", porque suporta, ainda que indiretamente, os ônus do ICMS, não a legitima, *data venia*, a propor ação para questionar a exigência tributária, antes o contrário, pois ainda que indiretamente suporte o peso da exação, aquilo que desembolsa, integrado ao preço de energia colocada à sua disposição, não é tributo, na expressão de sua essência jurídica. (fls. 271-273, e-STJ).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 297, e-STJ).

A Segunda Turma decidiu remeter o feito à Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ, tornando sem efeito os votos já proferidos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Cuida-se de examinar legitimidade ativa processual de consumidor de energia elétrica para discutir judicialmente exigência de ICMS que entende indevida, além do exame de mérito (cobrança sobre a demanda contratada).

As duas Turmas da Primeira Seção têm aplicado a jurisprudência fixada no REsp n. 903.394-AL (repetitivo), afastando a pretensão dos consumidores.

Ocorre que o Ministro Cesar Asfor Rocha demonstrou no voto-vista proferido no presente Recurso Especial que a hipótese em discussão é distinta daquela objeto do repetitivo (distribuidora de bebida que pleiteia restituição do IPI recolhido pela fábrica).

Em se tratando de concessionária de serviço público, a legislação especial prevê expressamente o repasse do ônus tributário (art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995).

Ademais, no caso de serviço essencial prestado em regime de monopólio (há possibilidade de concorrência apenas em favor de grandes consumidores de energia elétrica), qualquer exação fiscal tende a ser automaticamente repassada ao consumidor.

Eis o dispositivo legal a que fiz referência (art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995):

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Qualquer exigência de imposto que não seja sobre a renda reflete diretamente na tarifa cobrada. A propósito, cito as palavras do Min. Cesar Asfor Rocha, no voto-vista que proferiu na Segunda Turma, antes de a questão ser exposta à Primeira Seção:

Veja-se que, quando se trata de “criação ou alteração” de tributos, devendo-se incluir aí as modificações na forma de calcular e na base de cálculo,

a concessionária encontra-se sempre protegida, impondo a lei nesses casos, para preservar o “equilíbrio econômico-financeiro”, a majoração da tarifa. Sob esse enfoque é que o Estado-concedente e a concessionária do serviço público encontram-se lado a lado, no mesmo polo, em situação absolutamente cômoda e sem desavenças, inviabilizando qualquer litígio em casos como o presente. O consumidor da energia elétrica, por sua vez, observada a mencionada relação paradisíaca concedente/concessionária, fica relegado e totalmente prejudicado e desprotegido. Esse quadro revela que a concessionária assume o papel de contribuinte de direito apenas “formalmente”, assim como o consumidor também assume a posição de contribuinte de fato em caráter meramente “formal”.

A impugnação possível a esse raciocínio seria a regra econômica da elasticidade da demanda: a concessionária poderia abrir mão do repasse do ônus do imposto, temendo perder negócios e ver diminuído seu lucro (retração da demanda por conta do preço cobrado).

Ocorre que a concessionária presta serviço essencial (fornecimento de energia elétrica) e em regime de monopólio, exceto no caso de grandes consumidores. O usuário não tem escolha senão pagar a tarifa que lhe é cobrada, pois não há como adquirir energia de outro fornecedor.

Mais uma vez, volto à prévia manifestação do Ministro Cesar Asfor Rocha na Segunda Turma:

Reforço, aqui, a ideia de que, no campo do fornecimento de energia elétrica, inexistente ou praticamente inexistente concorrência capaz de impor à concessionária atitudes no sentido de defender o interesse do consumidor. Veja-se que a Lei n. 9.074/1995 viabiliza a concorrência apenas em relação ao “Produtor Independente de Energia Elétrica”, definido como “pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco” (art. 11). E, ainda, a opção do consumidor depende, conforme o caso concreto, da respectiva carga, sempre muito alta. Confira-se, exemplificativamente, o que dispõem os artigos 15 (em alguns parágrafos) e 16 da mencionada lei:

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas em exclusividade de fornecimento de energia elétrica a *consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV*, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

[...]

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.

[...]

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica (grifos meus).

Assim, a reduzidíssima possibilidade de concorrência se circunscreve a consumidores com carga superior a 3.000 ou a 10.000 kW, conforme o caso. Com isso, na minha compreensão, a “mínima possibilidade de concorrência” é sinônimo de “ausência”, já que a maior parte dos consumidores nem mesmo poderá escolher o fornecedor da energia elétrica que irá consumir.

Saliento que a hipótese dos autos se refere a consumidor que contrata demanda de 170 Kw (fl. 3), muito inferior ao mínimo que lhe permitiria adquirir a energia de outro fornecedor.

Percebe-se que, diferentemente das fábricas de bebidas (objeto do repetitivo), as concessionárias de energia elétrica são protegidas contra o ônus tributário por disposição de lei, que permite a revisão tarifária em caso de instituição ou aumento de imposto e leva à distorção apontada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha.

A lei federal impõe inquestionavelmente ao consumidor o ônus tributário, tornando-se nebulosa a aplicação da alcinha de “contribuinte de fato”. Isso porque a assunção do ônus do imposto não se dá pelo simples repasse de custos, típico de qualquer relação empresarial, mas decorre de expressa determinação legal. O consumidor é atado à exigência tributária por força de lei (art. 9º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995).

A rigor, a situação de consumidor aproxima-se muito, se é que não coincide, com a de substituído tributário.

De fato, a concessionária, tendo reconhecido legalmente o direito de repassar o ônus de impostos ao consumidor em relação a produto essencial, e não sendo inibida por pressão concorrencial, age como substituto tributário, sem qualquer interesse em resistir à exigência ilegítima do Fisco.

Inadmitir a legitimidade ativa processual em favor do único interessado em impugnar a cobrança ilegítima de um tributo é o mesmo que denegar acesso ao Judiciário em face de violação ao direito.

Entendo, portanto, que a hipótese de fornecimento de energia elétrica por concessionária ao pequeno consumidor é peculiar, distinta daquela analisada no julgamento do REsp n. 903.394-AL (repetitivo), e merece tratamento diferente.

Reconheço, portanto, a legitimidade ativa processual do consumidor.

No mérito, o acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento do STJ, no sentido de que o ICMS deve incidir apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, ainda que seja pago preço por demanda superior:

Súmula n. 391-STJ. O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Demanda de potência. Não incidência sobre tarifa calculada com base em demanda contratada e não utilizada. Incidência sobre tarifa calculada com base na demanda de potência elétrica efetivamente utilizada.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp n. 222.810-MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.5.2000), é no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, “a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa”.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que “não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência”. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a *contrario sensu*, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução Aneel n. 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008 (REsp n. 960.476-SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13.5.2009).

No caso dos autos, a pretensão da contribuinte sempre foi excluir o ICMS apenas da parcela não utilizada da energia elétrica, conforme o pedido formulado na inicial (fl. 17 – grifei):

Seja, ao fim, concedida a segurança pleiteada para: (i) ordenar à autoridade coatora que cesse definitivamente a ilegalidade tributária, a fim de que não mais incida o ICMS sobre a “demanda contratada” de potência elétrica *não efetivamente utilizada*;

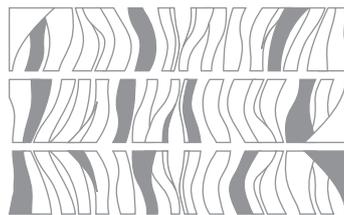
A sentença foi exatamente nesse sentido, acolhendo totalmente o pleito para “declarar a inexigibilidade da cobrança do ICMS sobre a demanda contratada de potência não utilizada” (fl. 100), o que foi mantido pelo TRF (fl. 170).

O acórdão recorrido deve, portanto, ser integralmente mantido, pois reflete exatamente a jurisprudência do STJ fixada na Súmula n. 391:

O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Diante do exposto, *nego provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.



Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
76.087-BA (2011/0265910-9)**

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Estado da Bahia

Procuradores: Cinthya Viana Fingergut e outro(s)

Luiz Paulo Romano

Agravado: Diacel Distribuidora de Alimentos e Cereais Ltda.

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Agravo regimental em agravo em recurso especial interposto contra decisão do Presidente do STJ que determinou a devolução dos autos à origem para ser convertido em agravo regimental, nos termos da Questão de Ordem no Ag n. 1.154.599-SP, DJe 12.5.2011. Agravo regimental do Estado da Bahia desprovido.

1. Não cabe Agravo de Instrumento contra decisão que nega seguimento ao Recurso Especial com fundamento no art. 543-C, § 7º, I do CPC. Contudo, a fim de não se perpetuar eventual equívoco ocasionado por indevida negativa de seguimento ao Apelo Nobre, cabe Agravo Regimental no Tribunal *a quo*. Precedente da Corte Especial (Questão de Ordem no Ag n. 1.154.599-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12.5.2011).

2. É perante a Corte Estadual que devem ser deduzidas as teses cuja apreciação a parte entender indispensável à solução da controvérsia.

3. Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo

Regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 19.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. O *Estado da Bahia* interpõe Agravo Regimental contra a decisão proferida pelo eminente Ministro Presidente, do seguinte teor:

À vista do que foi decidido nos Recursos Especiais n. 1.100.156, RJ, e n. 1.102.431, RJ, sob o regime do art. 543-C do CPC, determino a devolução dos autos à origem, para que o presente Agravo em Recurso Especial seja convertido em Agravo Regimental a ser julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 154.599, SP (DJe de 12.5.2011).

Intimem-se.

2. Alega o agravante ser a controvérsia em apreço relativa ao quanto já decidido por esta Corte no Recurso Especial n. 1.120.295-SP (cujas conclusões também foram submetidas à sistemática do art. 543 do CPC) e não nos REsp's n. 1.100.156-RJ e n. 1.1002.431-RJ, evidenciando-se a necessidade de apreciação do presente Agravo Regimental, eis que não houve, na decisão agravada, qualquer menção ao acórdão paradigma no qual se baseou o Estado da Bahia para manejar sua irresignação especial a esta Corte.

3. Requer, ao final, o acolhimento do presente pedido pela Colenda Turma julgadora, a fim de que seja incluída na determinação de devolução dos autos à Corte Estadual de Justiça, menção expressa à necessidade de avaliação e decorrente julgamento do feito à vista do que foi decido pelo STJ no REsp n. 1.120.295-SP, e não somente nos outros Recursos Especiais antes mencionados.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Ao julgar a Questão de Ordem no AG n. 1.154.599-SP, da relatoria do ilustre Ministro *Cesar Asfor Rocha* (DJe 12.5.2011), a Corte Especial decidiu que não cabe Agravo contra decisão que nega seguimento ao Apelo Nobre com fulcro no artigo 543, § 7º, I do CPC. Entretanto, para corrigir eventual equívoco perpetrado pelo órgão julgador originário quanto à submissão do caso ao julgado repetitivo, o recurso apropriado é o Agravo Regimental junto ao próprio Tribunal *a quo*.

2. Assim, não se olvidou de apontar oportunidade à parte irresignada, em caso de situação que, embora não se enquadre na regra do art. 544 do CPC, possa resultar na perpetuação de um possível equívoco pelo julgador de origem.

3. Dessa forma, é perante a Corte Estadual que devem ser deduzidas as teses cuja apreciação a parte entender indispensável à solução da controvérsia.

4. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo. É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.197.799-SP (2010/0106725-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Agravante: Employer Organização de Recursos Humanos Ltda. e outro

Advogados: Almerindo Pereira e outro(s)

Letícia Aymoré Azeredo e outro(s)

Agravado: Município de São Paulo

Procurador: Ricardo Luiz Hideki Nishizaki e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Base de cálculo do ISS formada pela taxa de agenciamento mais os valores referentes aos salários e encargos sociais dos trabalhadores contratados pelas empresas prestadoras de serviço, nos termos da Lei n. 6.019/1974.

Questão decidida no REsp n. 1.138.205-PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. Agravo regimental das empresas desprovido.

1. Esta Corte, no julgamento do REsp n. 1.138.205-PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que as empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: (i) como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; (ii) como prestadora do próprio serviço, utilizando-se de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho.

2. Na primeira hipótese, o ISS incide apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Na segunda, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS.

3. No caso, o Tribunal de origem deu provimento à Apelação das agravantes sob o fundamento de que elas atuam no setor de agenciamento de mão-de-obra e, como tal, prestam serviços para terceiros, atuando como intermediárias entre as tomadoras de serviço e o trabalhador, razão pela qual o ISS deveria incidir apenas sobre o valor do serviço de agenciamento.

4. No entanto, nos Contratos Sociais das agravantes (fls. 30 e 37), bem como nas contrarrazões ao Recurso Especial (fls. 241), verifica-se que elas prestam serviços na forma da Lei n. 6.019/1974. Sendo assim, utilizam empregados a elas vinculados mediante contrato de trabalho, não podendo ser consideradas como simples intermediárias.

5. O presente caso se amolda perfeitamente ao julgado proferido no REsp n. 1.138.205-PR (representativo de controvérsia), segundo o qual o Tribunal incorreu em inegável equívoco hermenêutico, porquanto atribuiu, à empresa agenciadora de mão-de-obra temporária regida pela Lei n. 6.019/1974 a condição de intermediadora de mão-de-obra (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.2.2010).

6. Agravo Regimental de *Employer Organização de Recursos Humanos Ltda.* e *Staff Recursos Humanos Ltda.* desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 22.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto por *Employer Organização de Recursos Humanos Ltda.* e *Staff Recursos Humanos Ltda.*, em face da decisão que deu provimento ao Recurso Especial do *Município de São Paulo*, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Requisitos do mandado de segurança. Questão não decidida pelo Tribunal *a quo*. Incidência das Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Base de cálculo do ISS formada pela taxa de agenciamento mais os valores referentes aos salários e encargos sociais dos trabalhadores contratados pelas empresas prestadoras de serviço, nos termos da Lei n. 6.019/1974. Questão decidida no REsp n. 1.138.205-PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. Recurso especial do município de São Paulo provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que denegou a segurança (fls. 609).

2. As agravantes sustentam que *a base de cálculo do ISS, na atividade de agenciamento (intermediação) de trabalho temporário, nos termos da Lei n. 6.019/1974 (subitem 17.05 da lista de serviços anexa à LC n. 116/2003) é o*

valor bruto do serviço (preço do serviço = valor da prestação do serviço), qual seja, a taxa de administração (comissão), que corresponde a receita da empresa de trabalho temporário (fls. 700).

3. Requerem a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja levado a julgamento pela Turma competente.

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A despeito da alegação das agravantes, razão não lhes assiste, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. Conforme afirmado no *decisum*, de início, é imprescindível que se defina a natureza dos serviços prestados pelas agravantes. Isso porque esta Corte, no julgamento do REsp n. 1.138.205-PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que *as empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: (i) como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; (ii) como prestadora do próprio serviço, utilizando de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho.*

3. Na primeira hipótese, o ISS incide *apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores.* Na segunda, se a *atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS.*

4. Eis, a ementa do referido julgado:

Tributário. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Agenciamento de mão-de-obra temporária. Atividade-fim da empresa prestadora de serviços. Base de cálculo. Preço do serviço. Valor referente aos salários e aos encargos sociais.

1. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, consoante disposto no artigo 9º, *caput*, do Decreto-Lei n. 406/1968.

2. As empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: (i) como intermediária

entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; (ii) como prestadora do próprio serviço, utilizando de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho.

3. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas intermediações.

4. O ISS incide, nessa hipótese, apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas com a prestação. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários.

5. A exclusão da despesa consistente na remuneração de empregados e respectivos encargos da base de cálculo do ISS, impõe perquirir a natureza das atividades desenvolvidas pela empresa prestadora de serviços. Isto porque as empresas agenciadoras de mão-de-obra, em que o agenciador atua para o encontro das partes, quais sejam, o contratante da mão-de-obra e o trabalhador, que é recrutado pela prestadora na estrita medida das necessidades dos clientes, dos serviços que a eles prestam, e ainda, segundo as especificações deles recebidas, caracterizam-se pelo exercício de intermediação, sendo essa a sua atividade-fim.

6. Consectariamente, nos termos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS.

Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

(...).

Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

(...).

Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho

temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador, bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

(...).

Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.

7. Nesse diapasão, o enquadramento legal tributário faz mister o exame das circunstâncias fáticas do trabalho prestado, delineadas pela instância ordinária, para que se possa concluir pela forma de tributação.

8. *In casu*, na própria petição inicial, a empresa recorrida procede ao seu enquadramento legal, *in verbis*:

Como demonstra seu contrato social (documento anexo), a Impetrante tem como objetivo societário a locação de mão-de-obra temporária, na forma da Lei n. 6.019/1974. Em contraprestação a essa terceirização, conforme cópia exemplificativa de contrato em anexo (documento anexo), as empresas contratantes ou tomadoras de seus serviços realizam o pagamento da remuneração do trabalhador terceirizado e o pagamento do *spread* da Impetrante, qual seja, a chamada taxa de administração, conforme cópia exemplificativa de nota fiscal em anexo (documento anexo).

Entretanto, por inconveniência contábil e exigência ilegal do Fisco, está autorizada a somente emitir uma nota fiscal para receber os seus serviços, onde a taxa de administração, despesas e remuneração do terceirizado são pagas de forma conjunta.

9. O Tribunal *a quo*, a seu turno, assentou que:

Para melhor esclarecer a questão faz-se necessário definir a relação jurídica e as partes envolvidas.

11. Verifica-se, pois, que existe a empresa tomadora do serviço de mão-de-obra, a empresa prestadora/agenciadora do serviço de mão-de-obra e o trabalhador que irá prestar o serviço.

12. Em decorrência disso, existe também um contrato entre a empresa tomadora do serviço e a empresa/agenciadora, bem como entre a empresa

agenciadora e trabalhador. Nesse sentido, a empresa agenciadora, no caso a apelada, irá determinar ao trabalhador que execute um determinado trabalho, sendo que ele será remunerado pela execução da tarefa. Dessa forma, a empresa agenciadora de mão-de-obra recebe a taxa de administração e o reembolso do valor concernente à remuneração do trabalhador, da empresa tomadora do serviço.

13. Assim, o único serviço que a empresa agenciadora de mão-de-obra presta é o de indicar uma pessoa (trabalhador) para a execução do trabalho e a remuneração bruta é o pagamento que recebe (taxa de administração).

10. Com efeito, verifica-se que o Tribunal incorreu em inegável equívoco hermenêutico, porquanto atribuiu, à empresa agenciadora de mão-de-obra temporária regida pela Lei n. 6.019/1974, a condição de intermediadora de mão-de-obra, quando a referida lei estabelece, *in verbis*:

Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

(...).

Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

(...).

Art. 15 - A Fiscalização do Trabalho poderá exigir da empresa tomadora ou cliente a apresentação do contrato firmado com a empresa de trabalho temporário, e, desta última o contrato firmado com o trabalhador, bem como a comprovações do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias.

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

(...).

Art. 19 - Competirá à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre as empresas de serviço temporário e seus trabalhadores.

11. Destarte, a empresa recorrida encarta prestações de serviços tendentes ao pagamento de salários, previdência social e demais encargos trabalhistas, sendo, portanto, devida a incidência do ISS sobre a prestação de serviços, e não apenas sobre a taxa de agenciamento.

12. Recurso especial do Município provido, reconhecendo-se a incidência do ISS sobre a taxa de agenciamento e as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores contratados pelas prestadoras de serviços de fornecimento de mão-de-obra temporária (Lei n. 6.019/1974). Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008 (REsp n. 1.138.205-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.2.2010).

5. No caso concreto, o Tribunal de origem deu provimento à Apelação das agravantes sob o fundamento de que elas atuam no *setor de agenciamento de mão-de-obra e, como tal prestam serviços para terceiros, atuando como intermediárias entre as tomadoras de serviço e o trabalhador, razão pela qual o ISS deve incidir apenas sobre o valor do serviço de agenciamento. Confira-se:*

As impetrantes são empresas que se ativam no setor de agenciamento de mão-de-obra e, como tal prestam serviços para terceiros, atuando como intermediárias entre as tomadoras do serviço e o trabalhador, não exercendo sobre eles ingerência e percebendo, além da remuneração pelo serviço de agenciamento, também o repasse de encargos devidos ao Estado, tais como FGTS, Previdência Social, entre outros.

De sorte que, vislumbra-se, nesta hipótese, o recebimento de importâncias com destinações diversas, sendo que parte refere-se ao valor pago pelo serviço de agenciamento e outra parte ao reembolso sobre o salário e encargos sociais pagos pela contratante.

Resta decidir então, se a base de cálculo do ISS é composta pela totalidade do valor constante na nota fiscal ou apenas pelo valor recebido a título de pagamento pela prestação do serviço de agenciamento de mão-de-obra.

A questão é de meridiana clareza, pois, sobre os valores pagos pela tomadora do serviço, mas destinados aos encargos sociais e salários, não pode incidir o ISS, posto que não integram sua base de cálculo, constituindo mero repasse que não se confunde com o preço do serviço.

Situação diversa se observa em relação à remuneração paga pelo serviço de agenciamento, pois esta, sem dúvida, configura autêntica base de cálculo do ISS. De sorte que, devem ser excluídas da base de cálculo do imposto, tanto receitas financeiras quanto ressarcimento de valores pagos, por não constituírem receita da prestadora do serviço, haja vista que tais valores não permanecerão com a empresa contribuinte.

Com efeito, não se pode admitir o pagamento do ISS calculado sobre uma base de cálculo fictícia, ou seja, advinda de valores que não têm qualquer relação com o preço do serviço prestado, tornando-se, com isto, evidente que os valores recebidos para serem repassados ao Estado não podem integrar a base de cálculo do imposto, principalmente considerando o que dispõe o art. 7º, da LC n. 116/2003, que indica expressamente como base de cálculo do ISS o preço do serviço.

De forma que, em sintonia com entendimento do STJ, tem-se que a empresa que agencia mão-de-obra temporária age como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho. A intermediação implica o preço do serviço que é a comissão, base de cálculo do fato gerador consistente nessas intermediações. O implemento do tributo em face da remuneração efetivamente percebida conspira em prol dos princípios da legalidade, justiça tributária e capacidade contributiva.

A Turma julgadora entendeu ainda que o ISS incide, apenas, sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Distinção de valores pertencentes a terceiros (os empregados) e despesas, que pressupõem o reembolso. Distinção necessária entre receita e entrada para fins financeiro-tributários. (fls. 205-207).

6. No entanto, nos Contratos Sociais das agravantes (fls. 30 e 37), bem como nas contrarrazões ao Recurso Especial (fls. 241), verifica-se que elas prestam serviços na forma da Lei n. 6.019/1974. Sendo assim, utilizam empregados a elas vinculados mediante contrato de trabalho, não podendo ser consideradas como simples intermediárias. Confira-se, aliás, o seguinte trecho do Contrato Social da empresa *Employer*:

A sociedade tem por objetivo social as seguintes atividades: a) Locação de mão de obra temporária, nos termos da Lei n. 6.019/1974; b) Recrutamento e seleção de pessoal; c) Locação de mão de obra efetiva, nos termos da *Consolidação das Leis do Trabalho* e art. 31 da Lei n. 8.212/1991; d) Atividades de Consultoria generalizada em recursos humanos; e) Prestação de serviços técnicos contratados; f) Locação de mão de obra rural; g) Prestação de serviços de operação, manutenção, limpeza, implantação e apoio em telefonia, bem como coleta de fichas telefônicas; h) Serviços de limpeza, copa, conservação e manutenção de prédios e edifícios residenciais e comerciais; i) Terceirização de serviços em geral (...) (fls. 30).

7. O presente caso se amolda perfeitamente ao julgado proferido no REsp n. 1.138.205-PR (representativo de controvérsia), segundo o qual *o Tribunal incorreu em inegável equívoco hermenêutico, porquanto atribuiu, à empresa*

agenciadora de mão-de-obra temporária regida pela Lei n. 6.019/1974, a condição de intermediadora de mão-de-obra (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.2.2010).

8. No mesmo sentido, o acórdão proferido no Ag n. 1.407.916-RJ, relatado pelo ilustre Min. *Mauro Campbell Marques*, no qual consta como partes *Staff Recursos Humanos Ltda.* (ora recorrida) e o *Município de Niterói-RJ*, in verbis: *Se os serviços são prestados na forma da Lei n. 6.019/1974 (trabalhadores contratados e remunerados pela empresa de mão de obra), não é possível qualificar a empresa como mera intermediadora, porquanto se trata de prestadora de trabalho temporário.* Eis a ementa desse julgado:

Tributário. Processo Civil. Mandado de segurança. ISS. Empresa prestadora de trabalho temporário. Base de cálculo que abrange, além da taxa de agenciamento, os valores relativos ao pagamento dos salários e encargos sociais referentes aos trabalhadores contratados pela empresa de trabalho temporário.

1. A orientação da Primeira Seção-STJ firmou-se no sentido de que as empresas de mão-de-obra temporária podem encartar-se em duas situações, em razão da natureza dos serviços prestados: (i) como intermediária entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho; (ii) como prestadora do próprio serviço, utilizando de empregados a ela vinculados mediante contrato de trabalho. Na primeira hipótese, o ISS incide apenas sobre a taxa de agenciamento, que é o preço do serviço pago ao agenciador, sua comissão e sua receita, excluídas as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores. Na segunda situação, se a atividade de prestação de serviço de mão-de-obra temporária é prestada através de pessoal contratado pelas empresas de recrutamento, resta afastada a figura da intermediação, considerando-se a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço, despesa não dedutível da base de cálculo do ISS, como ocorre em relação aos serviços prestados na forma da Lei n. 6.019/74 (REsp n. 1.138.205-PR, 1a. Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º.2.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução n. 8/2008 - Presidência-STJ).

2. No caso dos autos, é incontroverso que a empresa recorrida é prestadora de trabalho temporário, que utiliza para tanto empregados por ela própria contratados pelo regime trabalhista. Desse modo, a base de cálculo do ISS abrange, além da taxa de agenciamento, os valores relativos ao pagamento dos salários e encargos sociais referentes aos trabalhadores contratados pela empresa de trabalho temporário (art. 4º da Lei n. 6.019/1974).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.407.916-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 15.8.2011).

9. Cumpre anotar, ainda, que no julgamento monocrático do Ag n. 1.359.785-RJ e do AREsp n. 60.839-MS, nos quais constam como partes as ora agravantes, foi decidido que elas não são empresas de mera intermediação:

Assim, não atuando como mera intermediadora entre o tomador dos serviços e o trabalhador, e sim, como verdadeira prestadora de serviço de locação de mão-de-obra temporária, por meio de trabalhadores por ela contratados, caracteriza-se a simples terceirização de serviços, o que atrai a incidência do imposto sobre o preço total do serviço (Ag n. 1.359.785-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.2.2011).

No caso em apreço, é incontroverso que quem paga os empregados é a ora recorrente e não o tomador dos serviços. Nesse contexto, é fato que ela não intermedeia contratação de mão-de-obra para o Município (item 17.04), e nem poderia fazê-lo, visto que ente público, em regra, apenas pode contratar pessoal por meio de concurso. Na verdade, a prestadora executa os serviços com empregados próprios, não havendo vínculo empregatício temporário entre o tomador e o empregado. Nesta situação, deve-se considerar a mão-de-obra empregada na prestação do serviço contratado como custo do serviço (item 17.05), despesa não dedutível da base de cálculo do ISSQN (AREsp n. 60.839-MS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 13.2.2012).

10. Por último, transcrevo o parecer do Ministério Público Federal:

No caso dos autos as impetrantes/recorridas se classificaram como empresas prestadoras de serviços de intermediação - recrutamento, seleção e fornecimento - de mão-de-obra a terceiros (empresas tomadoras) inclusive sob o regime de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974) como se extrai da própria petição inicial do *mandamus* (e-fls. 03-21) e das contrarrazões (e-fls. 239-254).

No contrato social acostado às e-fls. 27-42 estão descritas as atividades de locação de mão de obra temporária nos termos da Lei n. 6.019/1974; recrutamento e seleção de pessoal; locação de mão-de-obra efetiva nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho e art. 31 da Lei n. 8.1112/1991; atividades de consultoria generalizada em recursos humanos; prestação de serviços técnicos contratados; locação de mão de obra rural; terceirização de serviços em geral; dentre muitas outras.

Dessa forma não restam dúvidas de que a recorrida enquadra-se no conceito de empresa de mão-de-obra temporária prestadora do próprio serviço devendo incidir ISS sobre a taxa de agenciamento e as importâncias voltadas para o pagamento dos salários e encargos sociais dos trabalhadores contratados.

Assim sendo a decisão recorrida deve ser reformada no ponto em que diverge da orientação desse Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 382).

11. Diante de tais considerações, nega-se provimento ao Agravo Regimental de *Employer Organização de Recursos Humanos Ltda.* e *Staff Recursos Humanos Ltda.*, mantendo-se a decisão agravada pelos próprios fundamentos.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.247.453-MS
(2011/0070753-0) (f)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Agravante: Estado de Mato Grosso do Sul
Procurador: Ulisses Schwarz Viana e outro(s)
Agravado: Teresinha Lorenz
Advogado: Adriana de Souza Annes e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Omissão e contradição. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico em rodovia estadual. Trânsito de animais. Dever de fiscalização. Inércia administrativa. Morte de menor. Danos morais. *Quantum* indenizatório não exorbitante. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Agravo não provido.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 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, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar de sua nulidade.

2. Quando a inércia administrativa concorrer para a ocorrência do evento danoso, a sua omissão específica gera a responsabilidade civil do Estado.

3. Comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal – requisitos cumulativos geradores da responsabilidade civil do Estado –, rever tal entendimento, firmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ.

4. No caso em exame, as instâncias ordinárias fixaram a título de danos morais o valor de R\$ 40.000,00, a fim de mitigar o sofrimento causado e os efeitos psicológicos adversos gerados pelo evento danoso, valor que não se mostra exorbitante ao ponto de merecer a intervenção deste Superior Tribunal para sua redução.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 22 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Presidente e Relator

DJe 29.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Estado de Mato Grosso do Sul* contra decisão proferida às fls. 236-240, que deu parcial provimento ao recurso especial “apenas para fixar como termo inicial da correção monetária a data da sentença”.

Sustenta o agravante que “não se trata de reexame do conjunto fático-probatório, mas sim afronta ao artigo 535 do CPC, pois não foi sanada omissão

no acórdão recorrido”, no sentido de que “a responsabilidade pelos danos causados por animais soltos na pista é do respectivo proprietário”, e não do Estado.

Aduz, ainda, a existência de contradição no acórdão recorrido, uma vez que entendeu ser objetiva a sua responsabilidade, entretanto, colacionou jurisprudência “comprovando que a responsabilidade na hipótese seria subjetiva, e não objetiva”, razão pela qual incumbiria à parte autora a prova de efetiva culpa, o que não existe nos autos”.

Requer, assim, a reconsideração da decisão ou a sua submissão ao colegiado, a fim de que seja provido o seu recurso especial para ver declarada a nulidade do acórdão recorrido ou, subsidiariamente, “a inexistência de responsabilidade estatal” (fls. 243-247).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Estado de Mato Grosso do Sul*, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal do Estado de Mato Grosso do Sul assim ementado (fl. 132):

EMENTA. Apelação cível e reexame necessário. Responsabilidade civil do Estado. Animal em rodovia. Acidente automobilístico. Ação de indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. Recurso não provido.

Há responsabilidade do Estado que, por omissão, deixa de fiscalizar rodovia estadual com trânsito de animais, contribuindo para a ocorrência do acidente.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 147-150).

Nas razões do recurso especial, sustentou o ora agravante violação aos arts. 535, I e II, do CPC, 43, 936, 944, 945 e 953, todos do Código Civil, 1º, § 1º, da Lei n. 6.899/1981 e 5º da Lei n. 11.960/2009.

Alegou, em essência, que: *a*) apesar da oposição dos declaratórios, manteve-se o Tribunal de origem omisso e contraditório em relação à responsabilidade subjetiva do Estado e à existência de prova da culpa; *b*) não há falar em responsabilidade objetiva do Estado por ato omissivo, uma vez que deve ser comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o evento danoso, o que

não ocorreu na espécie; *c)* o *quantum* fixado a título de danos morais mostra-se exorbitante, devendo ser reduzido; e *d)* a correção monetária incide a partir do arbitramento, nos termos da Súmula n. 362-STJ (fls. 165-176).

Por decisão de fls. 236-240, dei parcial provimento ao recurso especial “apenas para fixar como termo inicial da correção monetária a data da sentença”.

Daí o presente agravo regimental.

Todavia, a decisão agravada não merece reparo, devendo ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *litteris* (fls. 236-240):

Decido.

Quanto aonexo de causalidade e ao valor indenizatório, não vejo como acolher a pretensão recursal, já que esbarra no óbice contido na Súmula n. 7-STJ.

De fato, a controvérsia foi assim dirimida pelo Tribunal de origem, *in verbis* (fls. 135-139):

Na demanda em apreço, em nenhum momento se atribui a responsabilidade pelo evento danoso como decorrência de uma conduta positiva do Estado de Mato Grosso do Sul. Não poderia ser diferente, já que, nos termos da narrativa feita pela parte petionária da indenização, a causa imediata do acidente foi a colisão do veículo com um animal que trafegava pela rodovia. Ao contrário, a responsabilidade pelo evento danoso é atribuída ao Estado, pela autora, como decorrência da omissão do ente de direito público em fiscalizar o acesso de animais de grande porte às vias locais de trânsito de veículos.

A omissão como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada, nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Confrontando-se o entendimento expresso acima com a presente demanda, pode-se concluir que há, sim, omissão juridicamente relevante por parte do Estado réu, decorrente de sua inércia diante de um dever de agir, de praticar atos hábeis a impedir o resultado danoso.

Tornou-se incontroverso no processo que o acidente que ocasionou a morte do filho da autora foi provocado pelo choque do veículo em que se encontrava, com um cavalo que transitava livremente pela BR 141, sentido Angélica-Ivinhema.

Ora, o Estado, no exercício de seu poder de polícia, deve agir no sentido de fiscalizar as rodovias estaduais, sendo de sua responsabilidade, dentre outras, impedir o livre trânsito de animais de grande porte por essas rodovias. Eventual acidente decorrente da colisão de veículos com animais é resultado de sua omissão já que, ao construir uma via pública o ente estatal assume o dever de zelar por sua conservação e pela segurança no tráfego dos usuários, sendo que estes, em contrapartida, devem obediência às determinações que são expedidas pelo Poder Público.

(...)

A existência do dano não se discute, vez que a certidão de óbito e o boletim de ocorrência de fl. 23 e 31 demonstram o falecimento do filho da autora.

O nexo de causalidade entre a conduta do Estado requerido e o dano também restou evidenciada, porquanto a presença do animal na pista decorreu da omissão em se fiscalizar a entrada e o tráfego de animais pelas vias de trânsito.

Portanto, configurada a presença dos três elementos ensejadores da responsabilidade objetiva, correta a responsabilização do réu pelo evento danoso.

Verificada a existência do dano e a conseqüente responsabilização do ente federado para sua ocorrência, passa-se, agora, à análise da existência de eventuais danos reflexos sofridos pela autora em decorrência do acidente - sejam eles a título moral ou material -, bem como ao *quantum* da indenização, caso positiva a conclusão.

(...) com relação ao pedido relativo a danos morais, ao contrário dos danos materiais, verifico que a autora possui o direito a ser reparada pelo Estado réu.

A autora perdeu seu filho, de forma trágica, na noite de 31 de dezembro, passagem de ano, sendo impossível se mensurar a dor sofrida por tamanha perda.

Verifica-se que o bem jurídico atingido foi o direito à vida, pertencente ao rol de direitos de personalidade, os quais dão origem ao dano moral. Sendo assim, considerando o falecimento da vítima, o direito de pleitear indenização a título de dano moral passa a ser de seus herdeiros, no caso, à autora.

(...)

Em se tratando de morte de ente familiar, o dano moral é indiscutível, decorrente do próprio fato, independentemente de qualquer prova.

Com efeito, os danos sofridos pela autora são inequívocos, eis que do acidente adveio a morte de seu filho, em plena noite de fim de ano, data festiva para as famílias.

Em outras palavras, o dano moral, no caso de morte de filho, é presumido, e nem sequer guarda relação com eventual dependência econômico-financeira entre a autora e o falecido.

Assim, como o sofrimento da autora perpetuará por toda a vida, não há parâmetro capaz de definir, com justiça e precisão, a extensão do dano, cabendo ao magistrado arbitrar a indenização de forma ponderada.

Configurada que está a responsabilidade do Estado réu de indenizar, passo agora a analisar o *quantum* pedido pela autora.

(...)

No caso em pauta, há que se almejar que a parte ré sofra uma punição, para que passe a administrar com mais cuidado suas atividades, não expondo a população a risco, pois é inconcebível que o requerido deixe animais vagando livremente pelas estradas sob sua responsabilidade, pondo em perigo a vida dos usuários. Além disso, deve servir como um alerta para que o Estado passe a primar por uma maior segurança dos usuários e da população em geral, na prestação dos seus serviços.

Assim, considerando os transtornos sofridos pela dor da perda de um filho, principalmente em condições tão trágicas, valendo-me da experiência forense, sem olvidar, contudo, do caráter dúplice da indenização (compensação pelos danos sofridos pela vítima e como medida educativa do infrator), levando também em consideração a condição econômica das partes, de modo a estipular um valor que pode satisfazer a pretensão da demandante e também coibir novo erro por parte do requerido, arbitro, a título de indenização por danos morais, a importância de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Por último, necessário ressaltar que esse valor dos danos morais deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM-FGV, e acrescido dos juros moratórios, a partir da data do evento danoso, com base no art. 398 do Código Civil e Súmulas n. 43 e n. 54 do STJ, *in verbis*: (...)

Assim, as questões relativas ao nexo de causalidade e ao *quantum* fixado a título de danos morais em decorrência do acidente automobilístico que causou a morte do filho da autora, a toda evidência, ensejaria revisão de todo o conjunto fático-probatório dos autos, providência que não encontra espaço no recurso especial, a teor do óbice contido no Verbete Sumular n. 7-STJ.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, evidenciando-se flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se configurou na hipótese dos autos.

De fato, a perda de ente querido (filho) traz ao seio familiar dor e sofrimento inimagináveis, principalmente aos pais, uma vez que a perda precoce de uma vida humana traz perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa.

Na hipótese em exame, as instâncias ordinárias fixaram a título de danos morais o valor de R\$ 40.000,00, a fim de mitigar o sofrimento causado e os efeitos psicológicos adversos gerados pelo evento danoso. Ao contrário do alegado pelo Estado recorrente, esse valor não se mostra exorbitante ao ponto de merecer a intervenção desta Corte Superior para sua redução. Aliás, tenho que o valor se mostra modesto para se amenizar a dor da perda de um filho.

Por fim, no tocante ao termo inicial para a incidência da correção monetária do valor da indenização do dano moral, não deve prevalecer a aplicação do Enunciado Sumular n. 43-STJ, determinada nas instâncias ordinárias. No caso de dano moral, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a incidência da correção monetária deve ocorrer a partir da data do arbitramento da indenização. A saber:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Dano moral. Contrariedade a dispositivos constitucionais. Competência do STF. Prescrição não-configurada (Decreto n. 20.910/1932, art. 1º). Suposta violação dos arts. 263 e 535, II, do CPC. Não-ocorrência. Mérito. Reapreciação de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Indenização. Redução não-autorizada. Valor razoável. Juros moratórios. Súmula n. 54-STJ. Correção monetária. Termo inicial e índice. Precedentes.

1. Não cabe ao STJ, em recurso especial, apreciar a violação de dispositivos constitucionais, pois trata-se de competência constitucionalmente outorgada ao STF (CF/1988, art. 102, III).

2. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

3. O termo inicial do prazo prescricional quinquenal, à luz do princípio da *actio nata* positivado no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, é a data do ato ou fato gerador da pretensão de direito material, no caso, 25 de outubro de 1997. O termo final ocorreu em 25 de outubro de 2002 (CC/2002, art. 132, § 2º). Considerando-se, portanto, que a ação foi ajuizada/protocolada no cartório judicial exatamente em 25 de outubro de 2002, não há falar em prescrição do fundo de direito.

4. O TRF da 4ª Região, com base no exame de fatos e provas, concluiu que: (I) foram comprovados o ato lesivo, o dano, o nexo de causalidade e a omissão culposa do agente público federal no exercício de suas atribuições;

(II) o valor fixado a título de indenização por danos morais (R\$ 48.000,00) é razoável e proporcional à lesão.

5. O julgamento da pretensão recursal, para fins de se afastar/reduzir a condenação, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide – notadamente para descaracterizar o ato ofensivo, o dano, o nexo causal e a omissão culposa –, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula n. 7-STJ).

6. O STJ admite a revisão dos valores fixados a título de reparação por danos morais, mas tão-somente quando se tratar de valores ínfimos ou exagerados. Excepcionalidade não-configurada.

7. “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (Súmula n. 54-STJ).

8. A correção monetária incide a partir da data em que foi fixado o seu valor (sentença), pois o juiz, nesse momento, leva em consideração a atual expressão econômica da moeda. Inaplicabilidade da Súmula n. 43-STJ.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, apenas para se determinar a incidência da correção monetária a partir da prolação da sentença, segundo a variação do INPC divulgado pelo IBGE (Lei n. 8.177/1991, art. 4º). (REsp n. 771.926-SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 23.4.2007).

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Filho menor. Pensão mensal. Termo final. *Reformatio in pejus*. Ocorrência. Danos morais. Correção monetária. Termo inicial. Súmula n. 362-STJ.

1. Há *reformatio in pejus* quando o Tribunal *a quo* altera o termo final da pensão a ser paga ao filho da vítima, não tendo havido apelação da parte contrária no ponto.

2. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento, a teor do que prescreve a Súmula n. 362 desta Corte. Assim, inaplicável, nesses casos, o Enunciado da Súmula n. 43-STJ.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial. (REsp n. 1.006.099-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4.2.2009).

Nesse sentido, foi editado o Verbete Sumular n. 362-STJ, com a seguinte redação: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.”

No caso, tendo sido fixada a indenização por danos morais na sentença (fls. 91-103), prolatada em 9.11.2009, essa data é que deve ser considerada como termo inicial para a incidência da correção monetária.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, *dou parcial provimento* ao recurso especial apenas para fixar como termo inicial da correção monetária a data da sentença (9.11.2009).

Intimem-se.

Com efeito, o Estado tem o dever constitucional de agir e, no presente caso, de fiscalizar as rodovias estaduais. Assim, quando a inércia administrativa concorrer para a ocorrência do evento danoso, a sua omissão específica gera a responsabilidade civil do Estado.

Como se verifica na decisão agravada, independentemente da natureza da responsabilidade estatal, foi comprovada nos autos a consumação do dano, a existência de omissão estatal em fiscalizar a rodovia estadual com trânsito de animais e o vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal – requisitos cumulativos geradores da responsabilidade estatal. Destarte, rever tal entendimento, firmado no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ.

Outrossim, observa-se que o Tribunal de origem apreciou adequadamente todos os pontos necessários ao desate da lide, não havendo omissão ou contradição que justifiquem a sua anulação por esta Corte.

Ora, o magistrado não está obrigado a debater todos os argumentos trazidos pelas partes, bastando que enfrente a questão principal dos autos, o que ocorreu no presente caso.

Ademais, não se deve confundir fundamentação sucinta ou contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional.

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

É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 35.938-PR (2011/0236021-6)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Évora Comercial de Gêneros Alimentícios Ltda.

Advogado: Guilherme Henn e outro(s)

Agravado: Estado do Paraná

Procurador: Jozelia Nogueira e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Compensação de débitos tributários estaduais com precatórios. Fato superveniente. Emenda Constitucional n. 62/2009. Decreto Estadual n. 418/2007. Mandado de segurança prejudicado.

I - A jurisprudência consolidada das Turmas de Direito Público é no sentido de que o art. 97 do ADCT, incluído pela EC n. 62/2009, ao regular por inteiro a matéria antes disciplinada no art. 78, § 2º, do ADCT, revogou tacitamente este último dispositivo constitucional. Caso o ente público devedor tenha optado pelo regime de pagamento previsto no inciso I do § 1º do mencionado art. 97, como é o caso do Estado do Paraná, pelo Decreto n. 418/2007, o mandado de segurança que objetiva a compensação de débitos tributários, conforme as regras do anterior regime jurídico previsto no ADCT, encontra-se prejudicado pela superveniente alteração normativa. Precedentes: AgRg no RMS n. 34.177-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5.8.2011; AgRg nos EDcl no RMS n. 35.949-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2.3.2012; AgRg no RMS n. 28.519-PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 5.3.2012; AgRg no RMS n. 35.730-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 6.3.2012; AgRg no RMS n. 21.658-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 30.4.2008.

II - Ademais, a reiterada jurisprudência das Turmas que integram a Primeira Seção-STJ é pacífica no sentido de que é constitucional o Decreto Estadual n. 418/2007, que, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional e do art. 35 da Lei Paranaense n. 11.580/1996, veda a compensação entre precatórios e valores devidos a título de ICMS. Precedentes, dentre outros: RMS n. 33.409-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.5.2011; RMS n. 31.816-PR,

Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 30.9.2010; e AgRg no RMS n. 30.928-PR, Rel. Min. Castro meira, DJe de 23.4.2010.

III - Agravo regimental 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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 3 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 25.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental contra a decisão de fls. 436-440, pela qual neguei seguimento ao recurso ordinário em mandado de segurança impetrado por *Évora Comercial de Gêneros Alimentícios Ltda.* contra ato do Governador do Estado do Paraná que indeferiu o pedido administrativo de compensação de débitos tributários de ICMS com precatórios, com base no Decreto Estadual n. 418/2007.

A segurança foi denegada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com base nos seguintes fundamentos:

Mandado de segurança. Compensação de precatórios com débitos tributários do Estado do Paraná. Pretensão da impetrante de extinguir seus débitos fiscais mediante a compensação com créditos de precatórios requisitórios, na forma do art. 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 30/2000. Promulgação da Emenda Constitucional n. 62/2009, que alterou o art. 100 da Constituição Federal e adicionou o art. 97 do ADCT, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e municípios.

Consoante o resolvido pelo Órgão Especial no precedente tomado no Mandado de Segurança n. 588.970-3, a promulgação da Emenda Constitucional n.

62/2009 e a edição do Decreto Estadual n. 6.335/2010 constituem fatos novos que conduzem à extinção do processo por superveniente falta de interesse processual, uma vez que não é mais admitida a compensação de débitos tributários com créditos de precatórios, na forma anteriormente prevista pelo art. 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 30/2000 (e-STJ fls. 266-267).

Opostos embargos de declaração, foram esses rejeitados.

A recorrente alega que possui direito líquido e certo amparado pelo art. 78, § 2º do ADCT, porquanto seu pedido foi formulado quando ainda vigente o regramento anterior, sem as alterações implementadas pela EC n. 62/2009, em respeito ao ato jurídico perfeito e à segurança jurídica.

O Estado do Paraná apresentou contrarrazões (e-STJ fls. 413-421).

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (e-STJ fls. 431-434), em parecer assim ementado:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Débito de ICMS. Compensação com precatórios. Ausência do *fumus boni iuris*. Alegação de possível inconstitucionalidade. Inexistência. Jurisprudência pacificada em torno dessa questão. Reconhecimento da submissão à opção legislativa do ente federado. Improvimento que se recomenda.

A decisão agravada reitera a jurisprudência do STJ no sentido de considerar prejudicado o pedido formulado em ação mandamental quando a causa da impetração cessar por motivo de superveniente alteração legislativa.

A agravante insiste nos argumentos do recurso ordinário, enfatizando a tese de que deve ser respeitado o direito adquirido relativo à compensação dos débitos tributários com créditos em precatórios, conforme lhe autorizava o art. 78, § 2º, do ADCT, antes da EC n. 62/2009. Noutro giro, afirma que o Decreto Estadual n. 418/2007 é inconstitucional.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O agravo não infirma as conclusões da decisão agravada.

O mandado de segurança foi ajuizado em 8.10.2008, antes, portanto, do advento da Emenda Constitucional n. 62/2009.

A jurisprudência consolidada das Turmas de Direito Público é no sentido de que o art. 97 do ADCT, incluído pela EC n. 62/2009, ao regular por inteiro a matéria antes disciplinada no art. 78, § 2º, do ADCT, revogou tacitamente este último dispositivo constitucional.

Caso o ente público devedor tenha optado pelo regime de pagamento previsto no inciso I do § 1º do mencionado art. 97, como é o caso do Estado do Paraná, pelo Decreto n. 6.335/2010, o mandado de segurança que objetiva a compensação de débitos tributários, conforme as regras do anterior regime jurídico previsto no ADCT, encontra-se prejudicado pela superveniente alteração normativa.

Nesse sentido:

Por força do § 15º do novel art. 97 do ADCT, os precatórios parcelados na forma do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório. E, uma vez no regime especial, o ente federado deverá saldar a dívida representada no precatório por meio de depósitos mensais de “1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento”, conforme dispõe o § 2º do art. 97 do ADCT.

Se o próprio texto constitucional é que determina o ingresso do precatório vencido e não pago no regime especial de pagamento, não há falar em direito adquirido ou em violação ao princípio da segurança jurídica, pois, não obstante a Emenda Constitucional n. 62/2009 ter sido promulgada posteriormente à inadimplência do Estado e ao pedido realizado no âmbito administrativo, ela traz normas materiais e processuais, que se aplicam imediatamente aos processos em curso, sendo certo, ainda, que não há falar em direito adquirido à manutenção de regime jurídico.

Deve-se anotar que as Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais estão obrigadas a observarem as novas regras constitucionais trazidas pela EC n. 62/2009, razão pela qual, diante da revogação do art. 78, § 2º, do ADCT, estão impossibilitadas de pagarem os precatórios de forma contrária à previsão constitucional, caso optem pelo regime especial, como no caso; daí porque prejudicado o mandado de segurança pela superveniência da referida emenda constitucional (AgRg no RMS n. 34.177-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 5.8.2011).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso ordinário em mandado de segurança. Compensação de débitos tributários com crédito de precatório vencido e não pago. Superveniência da Emenda Constitucional n. 62/2009. Revogação do art. 78, § 2º, do ADCT.

Suspensão pelo STF da eficácia do art. 2º da EC n. 30/2000, que introduziu o dispositivo constitucional invocado pela impetrante. (ADI'S n. 2.356-MC e n. 2.362-MC)

1. Recurso ordinário no qual se discute se há interesse processual, após a Emenda Constitucional n. 62/2009, em mandado de segurança que objetiva a compensação de débitos tributários com crédito de precatório vencido e não pago, nos termos do art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

2. O entendimento jurisprudencial das Turmas de Direito Público é no sentido de que o art. 97 do ADCT, ao regular, por inteiro, a matéria antes disciplinada no art. 78, § 2º, do ADCT, revogou, tacitamente, esse último dispositivo constitucional; e que, caso o ente federado devedor opte pelo regime de pagamento previsto no inciso I do § 1º do mencionado art. 97, o mandado de segurança que objetiva a compensação de débitos tributários, conforme as regras do anterior regime jurídico previsto no ADCT, encontra-se prejudicado pela superveniente alteração normativa. Precedentes: RMS n. 31.912-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25.11.2010; RMS n. 28.783-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.8.2011.

3. As Fazendas Públicas Estaduais, Distrital e Municipais estão obrigadas a observarem as novas regras constitucionais trazidas pela EC n. 62/2009, razão pela qual, diante da revogação do art. 78, § 2º, do ADCT, estão impossibilitadas de pagarem os precatórios de forma contrária à previsão constitucional, caso optem pelo regime especial, como no caso; daí porque prejudicado o mandado de segurança pela superveniência da referida emenda constitucional. Na mesma linha: RMS n. 30.039-RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 20.10.2010.

4. Ademais, "o STF suspendeu, em liminar, a execução do art. 2º da EC n. 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da Constituição Federal, razão pela qual os seus dispositivos (que asseguram aos precatórios ali previstos o poder liberatório do pagamento de tributos), já não mais podem ser invocados perante o Judiciário" (AgRg no RMS n. 36.179-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 7.12.2011).

5. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no RMS n. 35.949-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2.3.2012).

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. ICMS. Compensação entre débito tributário estadual e precatório de autarquia. Inviabilidade. Diferença de titularidade das obrigações. Superveniência da EC n. 62/2009. Revogação tácita do art. 78, § 2º do ADCT. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.196.680-RS, rel. Min. Humberto Martins, DJe 6.10.2010; RMS n. 31.912-PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 26.5.2010; RMS n. 28.783-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.8.2011. Agravo regimental do contribuinte desprovido.

1. A Primeira Seção desta Corte possui entendimento pacífico de ser inadmissível a compensação entre créditos tributários oriundos de ICMS com precatórios emitidos por Autarquia Estadual em razão da diferença de titularidade das obrigações.

2. Precedentes: AgRg no RMS n. 34.021-PR, Rel. Min. Castro Meira, DJe 22.11.2011; AgRg no Ag n. 1.351.117-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 30.9.2011, e AgRg no REsp n. 1.1096.680-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 6.10.2010.

3. Ademais, com a superveniência da EC n. 62/2009, a Primeira Seção desta Corte assentou de forma uníssona que o art. 97 do ADCT, ao regular, por inteiro, a matéria antes disciplinada no art. 78, § 2º, do ADCT, revogou, tacitamente, esse último dispositivo constitucional; assim, caso Estado devedor opte pelo regime de pagamento previsto no inciso I do § 1º do mencionado art. 97, o mandado de segurança que objetiva a compensação de débitos tributários conforme as regras do anterior regime jurídico previsto no ADCT encontra-se prejudicado pela superveniente alteração normativa. Precedentes: RMS n. 31.912-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 26.5.2010; RMS n. 28.783-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.8.2011.

4. Agravo Regimental do contribuinte desprovido (AgRg no RMS n. 28.519-PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 5.3.2012).

Processual Civil e Tributário. Compensação de débitos tributários estaduais com precatórios. Fato superveniente. Emenda Constitucional n. 62/2009. Decreto Estadual n. 6.335/2010. Mandado de segurança prejudicado. Decreto n. 418/2007. Legalidade.

1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com apoio no arts. 267, VI, e 462 do CPC, extinguiu o processo sem resolução do mérito, por considerar que a promulgação da Emenda Constitucional n. 62/2009 alterou o regime jurídico da compensação tributária com precatórios, afastando o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

2. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento firmado no âmbito do STJ, no sentido de que se encontra a ação mandamental prejudicada pelo advento da EC n. 62/2009 - que instituiu regime especial para precatórios pendentes de pagamento.

3. É irrelevante que o pedido de compensação tenha sido administrativamente formulado antes da entrada em vigor da referida emenda constitucional. Precedentes do STJ.

4. O STJ entende competir à legislação de cada ente federativo estabelecer o regramento da compensação de tributos de sua responsabilidade, ainda que para fins do art. 78, § 2º, do ADCT, de forma que são legítimas as restrições do Decreto n. 418/2007 do Estado do Paraná.

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no RMS n. 35.730-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 6.3.2012).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Lei superveniente. Revogação do ato atacado. Perda do objeto da impetração. Prejudicialidade configurada. Precedentes do STJ. Desprovemento do agravo regimental.

1. O ora recorrente impetrou mandado de segurança contra o Decreto n. 7.103, de 15 de abril de 2005, do Município de Nova Iguaçu-RJ, que “estabelece diretrizes para o processo de regulamentação do serviço de transporte em veículos de pequena capacidade na Cidade de Nova Iguaçu e dá outras providências” (fls. 48-52). Entretanto, foi editada a Lei Municipal n. 3.723, de 14 de dezembro de 2005, a qual “dispõe sobre a delegação da prestação dos serviços de transporte coletivo de âmbito municipal” (fls. 264-268), que revogou as disposições em contrário (art. 28). Tal fato também afastou o principal fundamento do ora agravante no sentido de inexistência de lei formal para regular o tema. Assim, com a superveniente revogação do preceito legal que constitui objeto do presente *mandamus*, fica prejudicada a análise das razões recursais, o que impõe o reconhecimento da perda de objeto do presente recurso ordinário em mandado de segurança.

2. Nesse sentido, os seguintes precedentes: RMS n. 17.488-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 14.5.2007; RMS n. 18.086-SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 24.10.2005; RMS n. 18.306-DF, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 3.10.2005; RMS n. 17.360-ES, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 14.6.2004.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS n. 21.658-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 30.4.2008).

Ademais, a reiterada jurisprudência das Turmas que integram a Primeira Seção-STJ é pacífica no sentido de que é constitucional o Decreto Estadual n. 418/2007, que, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional e do art. 35 da Lei Paranaense n. 11.580/1996, veda a compensação entre precatórios e valores devidos a título de ICMS.

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. ICMS. Pretensão de se compensar crédito decorrente de precatório de natureza alimentar com tributo devido ao Estado-Membro, na forma do art. 78, § 2º, do ADCT. Inviabilidade. Limitação imposta pela legislação estadual. Legitimidade.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, enquadrando-se o crédito em alguma das hipóteses previstas no *caput* do art. 78 do ADCT — precatórios pendentes na data de promulgação da EC n. 30/2000 e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 —, e

estabelecido o parcelamento, o inadimplemento de alguma das parcelas atribuí ao respectivo crédito poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora (§ 2º). No entanto, em se tratando de precatório de natureza alimentar — circunstância que impede o parcelamento —, não há falar em aplicação do disposto no art. 78, § 2º, do ADCT. Ressalte-se que o precatório não pago não ganha, por si só, poder liberatório para pagamento de tributo, pois o “poder liberatório” está condicionado ao enquadramento na sistemática prevista no art. 78 do ADCT.

2. A reiterada jurisprudência das Turmas que integram a Primeira Seção-STJ é pacífica no sentido de que é plenamente legítimo o Decreto Estadual n. 418/2007, que, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional e do art. 35 da Lei Paranaense n. 11.580/1996, veda o pagamento do ICMS e do IPVA mediante compensação com precatórios.

3. Recurso ordinário não provido (RMS n. 33.409-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.5.2011).

Tributário. Mandado de segurança. Compensação de ICMS com precatórios cedidos. Decreto Estadual n. 418/2007. Vedação expressa à compensação.

1. A compensação, modalidade extintiva do crédito tributário, elencada no artigo 156, do CTN, reclama autorização legal expressa para que o contribuinte possa engendrá-la, *ex vi* do disposto no artigo 170, do *Codex* Tributário.

2. Consectariamente, a declaração do direito à compensação tributária pressupõe a existência de lei autorizativa oriunda da Pessoa Jurídica de Direito Público competente para a instituição do tributo, ainda que para os fins do art. 78, § 2º, do ADCT. (Precedentes: AgRg no Ag n. 1.228.671-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 3.5.2010; EDcl no AgRg no REsp n. 1.157.869-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 16.8.2010; AgRg no Ag n. 1.207.543-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 17.6.2010; AgRg no Ag n. 1.272.393-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 6.4.2010, DJe 14.4.2010; AgRg no RMS n. 30.489-PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 25.5.2010, DJe 15.6.2010).

3. *In casu*, o Decreto Estadual Paranaense n. 418/2007, em seu art. 1º, veda expressamente qualquer tipo de utilização de precatórios na compensação de tributos, *in verbis*: “Art. 1º Fica vedado o pagamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS e do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, mediante compensação com precatórios.”

4. Precedentes do STJ no mesmo sentido: AgRg no RMS n. 30.928-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.4.2010, DJe 23.4.2010; RMS n. 29.176-PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 16.6.2009, DJe 25.6.2009; RMS n. 28.406-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira

Turma, julgado em 19.3.2009, DJe 16.4.2009; RMS n. 27.492-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 29.4.2009; RMS n. 28.500-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 23.9.2009.

5. O *Parquet* consignou, no Parecer às fls. 273-274, referindo-se ao Decreto Estadual, que “Consta dos autos que tal dispositivo legal foi declarado constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal local.”

6. Recurso ordinário desprovido (RMS n. 31.816-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 30.9.2010).

Tributário. Compensação de ICMS com precatórios cedidos do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná – DER-PR. Ausência de homologação. Decreto Estadual n. 418/2007. Precedentes.

1. As Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte consideram o Decreto Estadual Paranaense n. 418/2007 compatível com as normas dispostas na Constituição da República, reconhecendo que, entre outros requisitos, se faz necessário que a cessão de crédito de precatório tenha sido homologada judicialmente para efeito de compensação. Precedentes.

2. “É inviável a extinção de crédito de ICMS por meio de compensação com precatório devido por pessoas jurídicas distintas (autarquia estadual - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem). Nesse contexto, é desnecessária a análise de suposto poder liberatório, pois o art. 78, § 2º, do ADCT é expresso ao referir-se a ‘tributos da entidade devedora’. A inexistência de identidade entre os devedores dos precatórios e o credor do tributo (Estado) afasta a aplicabilidade do dispositivo constitucional” (EDRMS n. 29.806-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 28.10.2009).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no RMS n. 30.928-PR, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 23.4.2010).

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

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.196.882-MG (2010/0100814-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG

Procurador: Christiano de Senna Micheletti Dias e outro(s)
Recorrido: Josefina Calegario G Morais e outro
Advogado: Eduardo Gomes Aramayo e outro(s)

EMENTA

Previdenciário. Diferença de pensão. Juros de mora e correção monetária. Princípio *tempus regit actum*.

1. No período anterior à vigência da Lei n. 11.960/2009, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 tinha a seguinte redação: “Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano”. Tal disposição normativa, portanto, não se aplicava, à época, a pagamento de verbas previdenciárias, que se submetia, no particular, ao regime geral do direito civil (art. 1º da Lei n. 4.414/1964, art. 1.062 do CC/1916 e art. 406 do CC/2002), observado o princípio *tempus regit actum*. Somente após a vigência da Lei n. 11.960/2009, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 passou a regular os encargos incidentes “nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, estabelecendo que, “para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

2. A jurisprudência do STJ tem entendimento pacificado no sentido de que a correção monetária tem como termo inicial a data do vencimento da prestação a ser corrigida.

3. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 15.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos demanda proposta por pensionistas vinculadas ao demandado IPSEMG buscando o pagamento de diferenças do valor da pensão que lhes é devida. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a sentença de procedência do pedido, na consideração de que “a pretensão de receber os proventos atualizados encontra guarida na norma inserta no § 8º do art. 40, da Constituição Federal” (fls. 272-273); e, no que interessa ao presente caso, decidiu que os juros moratórios são devidos no percentual de 1% ao mês, pelos seguintes fundamentos:

(...) relativamente aos juros moratórios, são eles devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação válida, conforme determinado pelo nobre Juíza Sentenciante.

Importante registrar a inaplicabilidade do disposto na Lei n. 9.494/1997, que, como se vê em seu artigo 1º-F, não abrangeu os pensionistas, limitando-se aos casos envolvendo “pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos”.

Com efeito. Determina o artigo 1º da Lei n. 4.414, de 1964: “A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por estes responderão na forma da lei civil”, estabelecendo, por sua vez, o Código Civil, em seu artigo 1.062, que “a taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% (seis por cento) ao ano”.

Contudo, entendimento mais recente é no sentido de que, diante do caráter alimentar do benefício previdenciário, há que se afastar a incidência da regra geral. É o que se depreende do seguinte aresto firmado pela 6ª Turma do colendo *Superior Tribunal de Justiça*, verbis:

Ementa: Recurso especial. Previdenciário e Processual Civil. (...). Pensão. Juros moratórios - 1% ao mês. Verba de natureza alimentar. Precedentes. (...).

(...).

- Tratando-se de ação de natureza alimentar, os juros moratórios devem ser fixados no patamar de 1% ao mês.

(...)

- Recurso parcialmente provido, no tocante à questão dos juros moratórios. (REsp n. 618.947-RS. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Publicado no DJ dia 12.4.2004).

Ementa: Recurso especial Processual Civil. Pensão. Juros de mora. Natureza alimentar.

- Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que, nas prestações atrasadas, de caráter eminentemente alimentar, os juros moratórios deverão ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Recurso provido. (REsp n. 541.846-RS. Rel. Min. Felix Fischer. Publicado no DJ dia 6.10.2003).

- Os juros moratórios dos benefícios previdenciários pagos em atraso devem incidir no percentual de 1% ao mês, não só em razão do caráter tributário do benefício, mas também em face do seu caráter eminentemente alimentar, afastando-se a incidência do artigo 1º da Lei n. 4.414/1964 combinado com o artigo 1.062 do Código Civil. (REsp n. 239.936-CE) (fls. 274-275).

No recurso especial, o IPSEMG aponta violação aos seguintes dispositivos: (a) quanto aos juros, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, incluído pela MP n. 2.180-35/2001, sustentando que essa norma é aplicável ao caso, “haja vista que a demanda em análise teve seu ajuizamento efetivado em 2005, logo, quando já vigente a (...) medida provisória que alterou a Lei n. 9.494, de 1997” (fl. 284); e (b) quanto à correção monetária, o art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899/1981, postulando a incidência a partir da data do ajuizamento da ação (fl. 285).

Em contra-razões, as recorridas defendem o não-conhecimento do recurso especial pela falta de prequestionamento e, no mérito, pedem o seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Sem razão as recorrentes no tocante à preliminar de não-conhecimento do recurso especial, eis que presentes os requisitos constitucionais e legais exigidos para a sua admissão, inclusive o referente ao prequestionamento do tema atinente aos juros de mora.

2. O art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 tinha, até o advento da Lei n. 11.960/2009, a seguinte redação:

Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano (Incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001).

A redação do dispositivo foi alterada pela Lei n. 11.960/2009, quando passou a ter a seguinte redação:

Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

A pretensão do recurso é de que os juros de mora sejam de seis por cento ao ano, mesmo no regime anterior a essa Lei n. 11.960/2009, invocando o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, na redação então vigente. No entender do acórdão recorrido, a postulação não tem fundamento, eis que a referida norma, com a redação que então detinha, “*não abrangeu os pensionistas, limitando-se aos casos envolvendo pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*”. Realmente, por “verbas remuneratórias”, que é a expressão utilizada pelo legislador, deve-se entender aquelas que compõem a remuneração de servidor público ou aos salários de empregados públicos.

É esse, a propósito, o entendimento da doutrina especializada:

Os autores têm distinguido, nessa matéria, vencimento, vencimentos, remuneração e subsídio. Vencimento e vencimentos são expressões próprias do regime estatutário e sempre estão referidas a cargo. Vencimento tem acepção estrita e corresponde à retribuição pecuniária a que faz jus o servidor pelo efetivo exercício do cargo. É igual ao padrão ou valor-de-referência do cargo fixado em lei. Nesse sentido, a retribuição é sempre indicada por essa palavra (vencimento), grafada no singular. Vencimentos tem sentido lato e corresponde à retribuição pecuniária a que tem direito o servidor pelo efetivo exercício do cargo, acrescido pelas vantagens pecuniárias (adicionais e gratificações) que lhes são incidentes. Compreende o padrão e as vantagens pecuniárias: as do cargo e as pessoais. Nesse sentido, a retribuição é sempre indicada pelo vocábulo em apreço, escrito no plural (vencimentos), muito embora essas regras não sejam absolutas. A Constituição Federal em nenhum momento utilizou a expressão “vencimento”, como aqui entendida. As vezes que a usou, o fez para indicar o transcurso de um prazo, como ocorre no art. 46 do ADCT. Na segunda acepção aparece no texto da Lei Maior em vários de seus dispositivos, a exemplo do art. 37, XVII. A locução “remuneração” já não tem o seu antigo significado, ou seja, de retribuição

composta por uma parte fixa, quase sempre igual a dois terços do padrão, e uma parte variável (quotas ou percentagens da sucumbência ou multas arrecadadas) paga em razão da produtividade. Atualmente significa o somatório de todos os valores percebidos pelo servidor, quer sejam pecuniários, que não. Assim, abrange o vencimento, as vantagens e as quotas de produtividade. Nesses termos, a palavra “remuneração” é comumente usada em lugar da locução “vencimentos”. É empregada, com esse significado, em inúmeros dispositivos da Constituição Federal, a exemplo dos arts. 37, XI, e 38, II. A remuneração é a denominação dada à retribuição percebida pela maioria dos servidores públicos. (GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007).

Por mais abrangência que se possa conferir ao significado de “verbas remuneratórias”, ele certamente não comporta o pagamento de benefícios de natureza previdenciária, tais como aposentadorias e pensões, que não representam contraprestação estatal devida ao servidor pelo exercício do cargo ou emprego público.

Sendo assim, à falta de disposição normativa específica, os benefícios de natureza previdenciária estavam sujeitos, na época anterior à Lei n. 11.960/2009 (que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997) à regra geral contida no art. 1º da Lei n. 4.414/1964, que assim dispunha:

Art. 1º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por estes responderão na forma do Direito Civil.

Ora, no Direito Civil, os juros de mora foram disciplinados pelo art. 1.062 do Código Civil de 1916 e pelo art. 406 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A aplicação de cada um desses critérios deve observar o princípio *tempus regit actum*, a significar que, relativamente aos juros de mora incidentes sobre o período anterior à vigência do Código Civil de 2002, tais juros incidem à razão de seis por cento ao ano, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916; e,

relativamente, ao período posterior, o cálculo dos juros de mora se sujeito ao critério do art. 406 do novo Código, convindo registrar, a propósito, a seguinte orientação da Corte Especial:

Civil. Juros moratórios. Taxa legal. Código Civil, art. 406. Aplicação da Taxa Selic.

1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei n. 9.065/1995, 84 da Lei n. 8.981/1995, 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, 61, § 3º, da Lei n. 9.430/1996 e 30 da Lei n. 10.522/2002).

3. Embargos de divergência a que se dá provimento. (REsp n. 727.842, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 20.11.2008).

No caso, foram consideradas “*devidas as diferenças entre o valor efetivamente pago e o valor integral do benefício, ressalvada a prescrição quinquenal*” (fl. 185). Considerando que a demanda foi ajuizada em 1º.12.2005 (fl. 49), as aludidas diferenças são devidas desde 1º.12.2000, do que resulta o seguinte: a) no período anterior à vigência do Código Civil de 2002, será observada a taxa de 6% ao ano, nos termos dos arts. 1º da Lei n. 4.414/1964 e 1.062 do CC/1916; b) da vigência do Código Civil de 2002 até o advento da Lei n. 11.960/2009 (que alterou o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997), incidirá a Taxa Selic; c) após a vigência da Lei n. 11.960/2009, aplica-se o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 (“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”).

Esse é o entendimento a ser aplicado na hipótese dos autos, merecendo reparos o acórdão recorrido. Sinale-se que, por força do princípio da *non reformatio in pejus*, a aplicação da Taxa Selic deverá, no caso específico, respeitar o limite máximo de 1% ao mês (que é a taxa estipulada pelo Tribunal de origem).

3. Por outro lado, sem razão o recorrente quando defende como termo inicial da correção monetária a data da propositura da demanda. A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que ela incide a partir da data do vencimento de cada parcela devida. Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

(...) 13. A correção monetária relativa às parcelas remuneratórias devidas aos servidores públicos deve incidir desde o momento em que as verbas deveriam ter sido pagas; enquanto a relativa à indenização por danos morais deve incidir a partir da data do provimento judicial que fixou o *quantum* devido a esse título. (...)

(REsp n. 1.069.794-PR, 5ª T., Min. Laurita Vaz, DJe de 3.4.2012).

Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo e Processo Civil. (...) Reajuste de 28,86%. Leis n. 8.622/1993 e n. 8.627/1993. Extensão aos militares. (...) Correção monetária. Termo inicial. (...).

4. A correção monetária deve incidir a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela. Incidência da Súmula n. 43-STJ. (...)

(AgRg no REsp n. 947.368-RS, 6ª T., Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27.9.2010).

Previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Auxílio-acidente. (...) Termo inicial do benefício. Correção monetária. Agravo regimental parcialmente provido. (...) 4. A correção monetária é devida a partir do vencimento de cada parcela, aplicando-se os índices legais de correção, e não somente o IGP-DI. (...)

(AgRg no REsp n. 927.074-SP, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.6.2009).

Administrativo. Recurso especial. Reajuste de 28,86%. Extensão aos militares beneficiados com índices menores. Possibilidade. (...). Termo *a quo* da correção monetária. (...)

4. O termo *a quo* da incidência da correção monetária é o vencimento de cada parcela devida. Precedentes. (...)

(REsp n. 967.421-RS, 5ª T., Min. Napoleão Nunes Maia, DJ de 24.9.2007).

4. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.274.601-AM (2011/0204669-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Superintendência da Zona Franca de Manaus
Procurador: André Gustavo Bezerra e Mota e outro(s)
Recorrido: Itautec Philco S/A - Grupo Itautec Philco

Advogados: Mário Junqueira Franco Júnior e outro(s)
Wagner Serpa Júnior e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Taxa de Serviços Administrativos - TSA. Superintendência da Zona Franca de Manaus. Ação declaratória que reconhece sua inexigibilidade. Prescrição da pretensão repetitória. Interrupção pela citação na ação declaratória. Possibilidade.

1. Rejeita-se a alegação de violação do artigo 535, do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido empregou fundamentação clara e suficiente para embasar suas conclusões.

2. Não se conhece do recurso especial no tocante ao debate referente à natureza da exação exigida pela *Suframa*, por se tratar de questão eminentemente constitucional, a qual já foi, inclusive, decidida pelo Pleno do STF, por ocasião do julgamento do RE n. 556.854, no qual se reconheceu sua natureza de taxa.

3. Tendo a Corte de origem afirmado expressamente que houve o recolhimento da totalidade das custas ao distribuir a petição inicial, não pode esta Corte apreciar a alegação de ausência de preparo, por força da Súmula n. 7-STJ.

4. Não demonstrado ser a verba honorária fixada pela Corte de origem irrisória ou exorbitante, aplica-se a Súmula n. 7-STJ no tocante à alegada contrariedade ao artigo 20, § 4º, do CPC.

5. Tratando os artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional do lapso temporal do prazo para repetição do indébito tributário, bem como do seu termo *a quo*, não se vislumbra que sua análise tenha alguma influência direta no debate em questão, uma vez que tais dispositivos legais não tratam de causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional para a repetição do indébito tributário, as quais devem ser analisadas à luz do Código de Processo Civil, na qualidade de norma de aplicação subsidiária. Aplica-se, assim, quanto ao ponto, a Súmula n. 284-STF.

6. Não se aplica o artigo 166 do Código Tributário Nacional no caso concreto, uma vez que os tributos em discussão (TSA) são

diretos e não comportam, por sua natureza, a transferência do encargo financeiro.

7. Dissídio jurisprudencial reconhecido no tocante à do artigo 219, *caput*, do CPC, no que se refere à possibilidade de interrupção do prazo prescricional para a propositura de ação de repetição de indébito pela citação realizada em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária referente à mesma exação.

8. Nos termos do art. 219 do CPC, a prescrição da pretensão de repetição de indébito interrompe-se com a citação válida em ação declaratória na qual se discute a existência da relação jurídico-tributária. Precedentes: EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.102.402-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.6.2010; AgRg no AgRg no REsp n. 684.789-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.10.2009; REsp n. 810.145-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 29.3.2007, p. 224.

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

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 prosseguindo o julgamento, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator (voto-vista).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 15 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 28.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Superintendência da Zona Franca de Manaus, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, assim ementado (fl. 3.442):

Tributário. Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa. Taxa de Serviços Administrativos – TSA. Art. 24 Del n. 288/1967. Ilegalidade. Direito reconhecido em ação declaratória de inexigibilidade tributária. Repetição do indébito. Termo *a quo* da prescrição.

1. A Taxa de Serviços Administrativos – TSA tinha como fato gerador a utilização das instalações e emolumentos por serviços prestados a particular pela Suframa (art. 24 do Del n. 288/1967), e hoje o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa (art. 1º, Lei n. 9.964/2000), portanto, resta incontestável sua natureza tributária.

2. O ajuizamento de ação declaratória, buscando ver reconhecido a ilegalidade de determinada exigência tributária, interrompe o prazo para a conseqüente repetição de eventual indébito.

3. Ajuizada a ação declaratória de inexigibilidade de tributo em maio de 1996, e reconhecida a ilegalidade da exação, em sentença transitada em julgado em 4.11.2002, ressalvada a prescrição quinquenal por se tratar de tributo não sujeito a lançamento por homologação (art. 168 do CTN), o direito dos autores ou substituídos na ação declaratória à repetição de todos os valores indevidamente recolhidos, deve observar o quinquênio que antecedeu a propositura da ação declaratória.

4. Afasta-se a aplicação do art. 166 do CTN, porquanto o contribuinte de direito e de fato da Taxa de Serviços Administrativos – TSA se confunde na mesma pessoa jurídica.

5. Apelação da Fazenda e remessa a que se nega provimento, com provimento da apelação da Autora para majorar os honorários.

Os embargos de declaração foram rejeitados, nos termos da ementa de fl. 3.477.

Em suas razões, a recorrente alega, primeiramente, violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, por ter o acórdão recorrido sido omissis a respeito da aplicação, ao caso, dos artigos 165, I e 168, I, do CTN. Aponta, ainda, omissão a respeito do artigo 511 do CPC, pelo fato de que não se examinou a alegação

de ausência de preparo da apelação, bem como a respeito do artigo 20, § 4º do CPC, por não ter sido apreciado o pedido de redução da verba honorária fixada.

Quanto ao juízo de reforma, aponta desrespeito aos artigos 10 e 24 do Decreto-Lei n. 288/1997; 3º, 9º, inciso I e 77, parágrafo único, todos do CTN, ao argumento de que a cobrança procedida pela *Suframa* para *anuência ao pedido de emissão de guia de importação e para o posterior desembaraço aduaneiro* tinha natureza de preço público (tarifa) e não de taxa, na medida em que se referiam aos serviços por ela prestados “em condições especiais, àqueles que pretendem os benefícios fiscais da Zona Franca de Manaus, sendo certo que tais valores não era cobrados pelas guias de importação dos não incentivados” (fl. 3.515). Nesse sentido, defende que a exação não pode ficar sujeita ao regramento dos tributos. Afirma que o fato de a natureza da exação já ter sido discutida em prévia demanda declaratória não impede nova discussão a esse respeito na presente demanda, posto que a sentença proferida em ação declaratória não irradia efeitos para a demanda de repetição de indébito.

Acrescenta que o acórdão recorrido teria violado o artigo 166 do CTN, pois, para efeito de repetição de indébito tributário, a relação jurídica que tem relevância é aquela estabelecida entre o sujeito passivo original e o primeiro adquirente da mercadoria, ao qual se repassam os custos da tributação, de forma que somente este (contribuinte de fato) seria legitimado para requerer sua restituição. Sob esse enfoque, defende que, para que a recorrida tenha legitimidade para requerer a restituição, é necessária a comprovação de que não houve repasse do encargo para terceiros, ou a apresentação da autorização do contribuinte de fato.

Alega negativa de vigência ao artigo 511 do CPC, em razão da ausência de preparo na apelação da ora recorrida, a qual não deveria ter sido conhecida, em razão da deserção, de modo a restabelecer a sentença no tocante ao *quantum* fixado a título de honorários advocatícios. Ainda no tocante aos honorários fixados, assevera a ocorrência de contrariedade ao artigo 20, § 4º, do CPC.

Por fim, aponta ofensa aos artigos 156, I, 168, I e 165, I, todos do CTN, por entender que “extinto o crédito tributário pelo pagamento nos termos do artigo 156, I, também do CTN, tem 5 anos a parte para pleitear a restituição do indébito” (fl. 3.525), de sorte que, tendo a demanda sido proposta em 15.9.2003, estão prescritos todos os débitos referentes ao período anterior a 15.9.1998. Conclui que não é possível prever a interrupção da prescrição da demanda de restituição por força da citação realizada na ação declaratória, uma vez que esta,

diferentemente daquela, não está sujeita à prescrição. ***Sobre este ponto, alega a ocorrência de dissídio jurisprudencial.***

Contrarrazões às fls. 3.560-3.584, nas quais a recorrida pugna pelo não conhecimento do recurso, aos argumentos de que: (i) não houve prequestionamento dos artigos de lei federal apontados como violados (artigos 10 e 24 do Decreto-Lei n. 288/1967), 3º, 9º, I, 77, *caput* e parágrafo único, 156, I, 165, I, 166 e 168 do Código Tributário Nacional - CTN e 20, § 4º do CPC); (ii) incide a Súmula n. 7-STJ no tocante à comprovação da assunção do encargo financeiro do tributo ou da autorização de terceiros para o pedido de reembolso (art. 166 do CTN).

Quanto ao mérito, defende a impossibilidade de rediscussão da legalidade da taxa exigida pela *Suframa* sobre internação e importação de mercadorias na Zona Franca de Manaus em face da coisa julgada produzida na ação declaratória coletiva ajuizada pelo CIEAM, a qual reconheceu a inexistência de relação jurídica que obrigasse a ora recorrida a efetuar o pagamento da “taxa” em questão.

Acrescenta que não houve, na hipótese, a prescrição, uma vez que o ajuizamento de demanda declaratória buscando o reconhecimento de determinada exigência tributária interrompe o prazo para a propositura da respectiva repetição de indébito. Por fim, sustenta a inaplicabilidade, à espécie, do artigo 166 do CTN, uma vez que o tributo em discussão não comporta transferência de seu encargo financeiros a terceiros, em razão de sua própria natureza jurídica.

Decisão positiva de admissibilidade às fls. 3.591-3.593.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Emerge dos autos que a ora recorrente propôs ação ordinária na qual requer a restituição de valores que entende terem sido pagos indevidamente, referentes a pedidos de guia de importação de mercadorias incentivadas, durante o período de 1992 a 1999.

Afirma recorrida que, anteriormente à propositura da presente, o CIEAM - Centro da Indústria do Estado do Amazonas, entidade da qual é filiada, propôs ação declaratória na qual se discutia a existência de relação jurídico-tributária

que obrigasse suas filiadas a recolher a exação em comento, ao argumento de que não se tratava de taxa, mas sim de preço público. Tal demanda foi julgada procedente e transitada em julgado no dia 4.11.2002.

Na presente demanda, pugnou pelo afastamento da prescrição arguida pela ora recorrente, em razão de sua interrupção pela demanda declaratória mencionada, o que foi acolhido pela sentença e confirmado pelo Tribunal de origem, que reconheceu a possibilidade de restituição da integralidade das parcelas pleiteadas.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de violação do artigo 535, do CPC, tendo em vista que o acórdão recorrido empregou fundamentação clara e suficiente para embasar suas conclusões.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o julgador não está obrigado a se manifestar a respeito de todos os argumentos apresentados pelas partes, bastando, para a adequada prestação jurisdicional, que a decisão seja clara e devidamente fundamentada com os argumentos indispensáveis ao deslinde da demanda. Precedentes: AgRg no AgRg no Ag n. 1.406.695-PI, Rel. Ministro Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe 27.2.2012; AgRg no Ag n. 1.244.552-MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Sexta Turma, DJe 27.2.2012; AgRg no AREsp n. 82.451-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 28.2.2012 e AgRg no Ag n. 1.407.452-RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 19.9.2011.

Nesse sentido, destaco que, todas as supostas omissões ora apontadas foram devidamente respondidas pelo acórdão proferido nos embargos de declaração, que assim dispôs (fls. 3.474-3.475):

Data venia, não se há de falar em omissão do acórdão quanto aos arts. 165, I, e 168, I, do CTN, pois, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito, referidos dispositivos foram enfrentados:

Em primeiro lugar, tratando-se de tributo que não se sujeita a lançamento por homologação, o prazo para sua repetição, nos termos do art. 168 do CTN, é quinquenal.

Relativamente ao seu termo *a quo*, importa considerar que; se os fundamentos do pedido de repetição fulcram-se exatamente no comando normativo da coisa julgada formada nos autos de ação declaratória, na qual restou reconhecida a inexistência de relação jurídica que legitimasse a *Suframa* a exigir o recolhimento da Taxa de Serviços Administrativos,

instituída com base no art. 24 do Del n. 288/1967; sua contagem deve levar em consideração aquela ação.

É que o ajuizamento de ação declaratória buscando ver reconhecido a ilegalidade de determinada exigência tributária, interrompe o prazo para a conseqüente repetição de eventual indébito.

Logo, se a ação declaratória de inexigibilidade tributária foi ajuizada em maio de 1996 (AO n. 96.0002634-3, fls. 3.163-3.184) e reconhecida a ilegalidade dessa exigência, em sentença transitada em julgado em 4.11.2002 (AC n. 1998.01.00.060035-8, fls. 3.114-3.125 e 3.152), ressalvada a prescrição quinquenal (art. 168 do CTN), tem direito os então substituídos à repetição de todos os valores indevidamente recolhidos a partir de maio de 1991. Como o pedido se restringe ao tributos recolhidos entre março de 1992 a fevereiro de 1999, não há de se falar em prescrição.

No mais, também não se pode dizer que a referida Taxa de Serviços Administrativos – TSA seja tributo indireto (art. 166 do CTN), ou seja, que comporta transferência do respectivo ônus financeiro, uma vez que se confunde, na mesma pessoa, o contribuinte de direito e de fato. Dessa forma, impossível se confundir os conceitos de repercussão econômica e repercussão jurídica, visto que somente quanto a essa última tem aplicabilidade a regra inserta no artigo 166 do CTN (fl. 3.310).

Quanto à deserção, processado o recurso por legislação própria (Lei n. 9.289/1996) não há de se falar em aplicação do art. 511 do CPC.

Assim, observo que, nos termos do art. 14, II, da Lei n. 9.289/1996 (RCJF), a parte recolherá a metade das custas com a petição inicial e a outra metade dentro do prazo de 5 (cinco) dias, a contar da interposição do recurso, sob pena de deserção.

Se o autor recolheu a totalidade das custas ao distribuir a petição inicial, não se há de exigir novo recolhimento quando do recurso.

Quanto aos honorários, fixados em R\$ 50.000,00, mesmo que sem referência ao § 4º do art. 20 do CPC, também não se pode dizer que foi omissão o acórdão.

Ante o exposto, conheço, mas rejeito os embargos de declaração.

No tocante à legalidade/constitucionalidade do tributo em discussão, o Tribunal Regional se valeu de dois fundamentos, a saber: (i) “a natureza jurídica dos valores em discussão já foi resolvida na ação declaratória [...]” (fl. 3.349) e (ii) a natureza tributária das exações é incontestável, tanto que a legislação atual prevê como seu fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição pela *Suframa*.

A ora recorrente, em sua insurgência, veicula, quanto ao ponto, desrespeito aos artigos 10 e 24 do Decreto-Lei n. 288/1997; 3º, 9º, inciso I e 77, parágrafo único, todos do CTN, os quais se relacionam exclusivamente à alegada legalidade das exações exigidas, além de afirmar que é possível a rediscussão da questão na ação de repetição de indébito posto que os efeitos da demanda declaratória não a alcançam. Sob esse enfoque, não aponta nenhum dispositivo infraconstitucional que respalde sua tese.

A respeito da natureza da exação em questão, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Pleno, ocorrido em 30.6.2011, reconheceu a natureza de taxa e, por conseguinte, a ilegalidade da sua instituição por meio de portaria. Eis a ementa do precedente em questão:

Recurso extraordinário. Exações pagas à Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa. Natureza jurídica de taxa. Instituição por meio de portaria. Ofensa ao princípio da legalidade. Parágrafo único do art. 24 do Decreto-Lei n. 288/1967 não recepcionado.

1. Taxa e preço público diferem quanto à compulsoriedade de seu pagamento. A taxa é cobrada em razão de uma obrigação legal enquanto o preço público é de pagamento facultativo por quem pretende se beneficiar de um serviço prestado.

2. A Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa exerce atividade afeta ao Estado em razão do disposto no art. 10 do Decreto-Lei n. 288/1967, e as exações por ela cobradas são de pagamento compulsório por quem pretende se beneficiar dos incentivos oferecidos pelo Decreto-Lei n. 288/1967, tendo, assim, natureza de taxa.

3. O parágrafo único do art. 24 do Decreto-Lei n. 288/1967, que autoriza a Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa a instituir taxas por meio de portaria contraria o princípio da legalidade e, portanto, não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. (RE n. 556.854, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Pleno, DJ 11.10.2011).

Verifica-se que a questão em tem natureza eminentemente constitucional, o que denota a inviabilidade de seu exame no âmbito desta Corte, uma vez que sua competência excepcional, nos termos do art. 105, III, da CF/1988, destina-se à uniformização do direito federal infraconstitucional. Não se presta, portanto, à análise de possível violação de matéria constitucional, cuja competência está reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Também no campo do juízo de admissibilidade, é de se afastar o conhecimento do recurso quanto à suposta negativa de vigência ao artigo 511 do CPC, em razão da ausência de preparo na apelação da ora recorrida,

pois verifica-se que o Tribunal Regional afirmou expressamente que houve o recolhimento da totalidade das custas ao distribuir a petição inicial e, por tal motivo, não lhe foi exigido novo recolhimento no ato da interposição do recurso.

O recorrente, por seu turno, insiste na alegação de ausência de preparo, de sorte que o acolhimento de sua tese demandaria a desconstituição da premissa fática firmada pela Corte regional, o que é vedado a esta Corte, por força da Súmula n. 7-STJ.

Ademais, ainda que não houvesse a constatação, pelo Tribunal de origem, do pagamento total do preparo na ocasião da distribuição da inicial, não seria caso de reconhecimento da deserção, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte:

A pena de deserção no preparo da apelação, a teor do disposto na legislação que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau (art. 14, inciso II, da Lei n. 9.289/1996), não será aplicada, se o recorrente não for intimado para o pagamento da custas, após decorrido o prazo de 05 (cinco) dias da intimação. (REsp n. 391.309-RJ, Relator Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 30.9.2002).

E, no caso concreto, não há notícia de que a ora recorrida tenha sido intimada para tanto, por ocasião do julgamento de seu recurso de apelação.

Não é possível, da mesma forma, conhecer da alegada contrariedade ao artigo 20, § 4º, do CPC, uma vez que não se demonstrou ser a verba honorária fixada pela Corte de origem irrisória ou exorbitante, a ponto de justificar o afastamento do óbice da Súmula n. 7-STJ. A esse respeito, colaciono o seguinte precedente:

Tributário. Confissão de dívida. Parcelamento. Controle jurisdicional. Inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo. Possibilidade. IPTU progressivo, TIP, TCLLP. Repetição do indébito. Prescrição quinquenal. Art. 168, I, do CTN. Extinção do crédito tributário. Honorários advocatícios. Fazenda Pública vencida. Fixação. Observação aos limites do § 3º do art. 20 do CPC. Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Súmula n. 7-STJ.

[...]

7. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do parágrafo anterior.”

8. Conseqüentemente, a conjugação com o § 3º, do art. 20, do CPC, é servil para a aferição eqüitativa do juiz, consoante às alíneas **a**, **b** e **c** do dispositivo legal.

9. Pretendesse a lei que se aplicasse à Fazenda Pública a norma do § 3º do art. 20 do CPC, não haveria razão para a *lex specialis* consubstanciada no § 4º do mesmo dispositivo.

10. Destarte, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG n. 623.659-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 6.6.2005; AgRg no REsp n. 592.430-MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 29.11.2004; e AgRg no REsp n. 587.499-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 10.5.2004).

11. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por eqüidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: “Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário.” (Súmula n. 389-STF). Precedentes da Corte: REsp n. 779.524-DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 6.4.2006; REsp n. 726.442-RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 6.3.2006; AgRg nos EDcl no REsp n. 724.092-PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 1º.2.2006.

[...]

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (REsp n. 947.233-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23.6.2009, DJe 10.8.2009).

Destaco, ainda, que com relação às alegações de violação dos artigos 165 e 168 do CTN, melhor sorte não assiste ao recorrente.

Digo isso porque, nos termos já relatados, o *cerne do debate* travado na apelação e, nesse momento, perante esta Corte, está na discussão a respeito da possibilidade de *interrupção do prazo prescricional da ação de repetição de indébito, pelo ajuizamento de ação declaratória na qual se discute a legalidade da exação*.

Os artigos de lei mencionados, por seu turno, referem-se ao lapso temporal do prazo em questão, que é de cinco anos, bem como ao seu termo *a quo*, que, nos casos de pagamento indevido, é a data da extinção do crédito tributário. Dessa forma, não se vislumbra que sua análise tenha alguma influência direta no debate em questão, uma vez que tais dispositivos legais não tratam de causas interruptivas ou suspensivas do prazo prescricional para a repetição do indébito tributário, as quais devem ser analisadas à luz do Código de Processo Civil, na

qualidade de norma de aplicação subsidiária. Aplica-se, assim, quanto ao ponto, a Súmula n. 284-STF.

No tocante à alegada contrariedade ao artigo 166 do CTN, não merece provimento o apelo, uma vez que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o mencionado artigo é inaplicável aos tributos diretos, que não comportam, por sua natureza, a transferência do encargo financeiro, como é o caso da exação em questão, a qual é suportada pelo próprio sujeito passivo, que está, ao mesmo tempo, obrigado a pagar e o faz em seu próprio nome.

Confira-se, a esse respeito (grifos nossos):

Processual Civil. Agravo regimental. IPTU e taxas. Repetição de indébito. Art. 166 do CTN. Desnecessidade de comprovação da inexistência de repasse do imposto. Locatário. Parte ilegítima.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada.

2. “O artigo 166 do CTN é inaplicável aos tributos diretos – como, de regra, são o IPTU, a TIP e a TCLLP –, que não comportam a transferência do encargo financeiro. Precedentes” (REsp n. 916.877-RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 8.5.2007)

3. Ademais, sendo o locatário parte ilegítima para litigar acerca de questões que envolvam pagamento de IPTU, não se pode exigir que o proprietário do imóvel comprove que não transferiu do encargo financeiro.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 791.261-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.6.2009).

Por fim, *no tocante ao dissídio jurisprudencial, entendo que o apelo merece conhecimento*, uma vez que a recorrente demonstrou a similitude fática e a diversidade de soluções jurídicas apresentadas entre pelos acórdãos confrontados, mediante a realização de cotejo analítico e comprovação da divergência, nos termos dos artigos 541, do Código de Processo Civil e 255, do RISTJ.

Com efeito, *reside o dissenso na interpretação do artigo 219, caput, do CPC, no que se refere à possibilidade de interrupção do prazo prescricional para a propositura de ação de repetição de indébito pela citação realizada em ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária referente à mesma exação.*

Nesse sentido, alega a recorrente que, enquanto o acórdão impugnado reconheceu a possibilidade de interrupção da prescrição da ação de repetição

de indébito pelo ajuizamento de ação declaratória em que se discute se é devida ou não a exação, o acórdão paradigma, proferido no REsp n. 846.049-SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, entendeu não ser possível tal interrupção, assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Efeitos da citação. Interrupção da prescrição. Ações declaratória e de repetição de indébito. Coisa julgada. Limitação dos efeitos. Natureza da lide. Prescrição tributária. Tese dos cinco mais cinco anos. Fundamentação recursal deficiente. Súmula n. 284-STF.

1. A interrupção da prescrição pela citação válida somente produz efeitos no processo no qual se produziu o ato processual (CPC, art. 219).

2. O reconhecimento da prescrição nos autos de ação de repetição de indébito tributário, via compensação, não implica em ofensa à coisa julgada oriunda de ação de natureza diversa, como a declaratória, na qual apenas se declarou a inconstitucionalidade das majorações de alíquota da contribuição ao Finsocial.

3. A indicação de artigo de lei federal tido por violado que não guarda pertinência temática com a matéria discutida nos autos obsta o conhecimento do recurso especial, a teor da Súmula n. 284-STF.

4. As razões do recurso especial devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais a recorrente visa reformar o *decisum*. Na espécie, deixou de apontar ela qual dispositivo legal daria sustentação à sua tese em torno da prescrição tributária.

incidência da Súmula n. 284-STF.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido (REsp n. 846.049-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.8.2008, DJe 8.9.2008).

Entendo que o acórdão recorrido não merece reparos.

Com efeito, *há precedentes desta Corte que, em demandas que envolvem discussões afetas ao Direito Administrativo, preconizam a orientação de que a citação válida realizada na demanda declaratória interrompe o prazo prescricional para a demanda condenatória a ela relacionada.*

A título de exemplo, colaciono os acórdãos sintetizados pelas seguintes ementas:

Processual Civil. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Ação condenatória. Prescrição. Citação válida em ação declaratória. Interrupção. Prazo que volta a fluir a partir da cessação da causa

interruptiva. Trânsito em julgado da sentença proferida na ação declaratória. Prescrição reconhecida

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. “A citação válida em ação declaratória interrompe a prescrição na respectiva ação condenatória, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil” (AgRg no REsp n. 606.138-RS, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ de 2.8.2004). Precedentes: REsp n. 508.396-SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 15.5.2006; REsp n. 238.222-SP, 2ª T., Min. Castro Filho, DJ de 13.8.2001; REsp n. 38.520-PR, 1ª T., Rel. p/ acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, de DJ 10.4.1995.

3. Violado o direito em 3.1.1988, o autor ajuizou ação declaratória de inexistência de infração fiscal em 17.6.1988 (fl. 12), dentro, portanto, do prazo prescricional previsto no Decreto n. 20.910/1932. Com a citação, o curso do prazo prescricional ficou interrompido até o termo final da ação declaratória, que se deu com o trânsito em julgado do acórdão do TRF da 4ª Região, em 8.3.1996 (REsp n. 553.517-PE, 5ª T., DJ de 7.11.2005; REsp n. 450.333-RJ, 6ª T., DJ de 19.4.2004; AgRg no REsp n. 860.212-MG, 5ª T., DJ de 30.10.2006). Ajuizada a ação apenas em 17.4.2001, mais de cinco anos após a cessação da causa interruptiva, está prescrita a pretensão.

4. Recurso especial a que se dá provimento (REsp n. 810.145-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 29.3.2007, p. 224).

Agravo regimental nos embargos de declaração. Citação válida em ação declaratória. Prescrição na ação condenatória. Interrupção. Precedentes.

1. “Consoante entendimento consolidado desta Corte, a citação válida em ação declaratória interrompe a prescrição na respectiva ação condenatória, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil. Precedentes.” (AgRg no REsp n. 606.138-RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.6.2004, DJ 2.8.2004).

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.074.907-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 7.6.2011, DJe 22.6.2011).

Especificamente *no que se refere à interrupção da prescrição da ação de repetição de indébito tributário por força da citação válida realizada em demanda que busca a inexistência da respectiva relação jurídico-tributária*, cito as seguintes decisões colegiadas (grifos nossos):

Tributário. Processual Civil. Repetição de indébito. IPTU. Prescrição quinquenal. Termo inicial. Trânsito em julgado da ação declaratória. Art. 168, II do CPC.

1. Nos termos do art. 219 do CPC, a prescrição da ação de repetição de indébito interrompe-se com a citação válida em ação declaratória ajuizada com a finalidade de ser reconhecida a inconstitucionalidade de IPTU.

2. O prazo prescricional permanece interrompido até o trânsito em julgado da ação declaratória. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp n. 684.789-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22.9.2009, DJe 2.10.2009; REsp n. 810.145-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6.3.2007, DJ 29.3.2007 p. 224.

Embargos de declaração acolhido, com efeitos modificativos.

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.102.402-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Fundamentação diversa da tese defendida pela parte. Retratação. Possibilidade. Repetição de indébito. IPTU, TCELLP, TIP. Prescrição quinquenal. Termo inicial. Trânsito em julgado da ação declaratória. Art. 168, II, do CTN.

1. O fato de ter sido empregada pelo julgador tese diversa daquela defendida pelo agravante não inquina de nulidade a decisão agravada, impedindo a sua retratação, mormente quando o for para adequar o julgado à jurisprudência consolidada sobre o tema e assegurar à parte o direito que, de fato, lhe é reconhecido.

2. A prescrição da ação condenatória é interrompida pela citação válida em eventual ação declaratória proposta com o objetivo de anular os mesmos lançamentos fiscais, julgada procedente, na forma do art. 219 do CPC. O lapso prescricional permanece, então, interrompido até o trânsito em julgado da ação declaratória, momento em que inicia-se o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 168, II, do CTN.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AgRg no REsp n. 684.789-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22.9.2009, DJe 2.10.2009).

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Violação ao artigo 535 do CPC. Inocorrência. Repetição de indébito. Contribuição previdenciária de empregado mediante desconto em folha de salário. Aposentadoria. Concessão judicial. Prescrição quinquenal. Aplicação do art. 168, I, do CTN. Princípio da *actio nata*. Interrupção da prescrição. Inexistência de parcelas alcançadas pela prescrição.

1. O artigo 535 do CPC estabelece que são cabíveis embargos declaratórios nas hipóteses de omissão, contradição ou obscuridade.

2. A omissão não se configura quando todas as questões suscitadas pelas partes foram tratadas pelo acórdão de origem. É cediço que o Tribunal não

precisa se pronunciar sobre as teses suscitadas pontualmente, sendo suficiente que sejam analisadas as matérias sobre as quais as questões se levantam.

3. Cinge-se a controvérsia em estabelecer o termo inicial para contagem de prescrição de pretensão de repetição de indébito de parcelas referentes à contribuição previdenciária de aposentadoria de empregado urbano, esta requerida administrativamente em 3.2.1998, cujo pedido foi negado, e somente concedida em definitivo, judicialmente, em novembro de 2004.

4. A norma que regerá a prescrição será a do art. 168, I, do CTN, iniciando a contagem do prazo do pagamento indevido.

5. O pagamento da contribuição tornou-se indevido quando foi reconhecido o direito de aposentadoria, pois não há que se falar em repetição de indébito de contribuição previdenciária de empregado urbano, sem que haja direito à aposentadoria. Assim, aplicável o Princípio da *Actio Nata*. **Como o reconhecimento foi feito judicialmente com data retroativa ao pedido administrativo (3.2.1998) desde então o pagamento foi considerado indevido. A ação repetitória foi proposta em setembro de 2005, apenas 10 meses após a concessão definitiva da aposentadoria, logo não há que se falar em prescrição de parcelas.**

6. *Ad argumentando tantum*, sustenta a Fazenda que a pretensão da repetição não poderia alcançar as parcelas de 1998, quando foi requerida administrativamente a aposentadoria. Todavia, ainda que se desconsidere o Princípio da *Actio Nata*, as parcelas de 1998 não seriam alcançadas pela prescrição, considerando-se a interrupção da contagem do prazo pela propositura de ação em que se buscava a concessão do benefício.

7. **É a norma geral que regerá a interrupção da prescrição nos casos de repetição de indébito. Assim, aplica-se o disposto no art. 219 do CPC, o qual preconiza que a citação válida interrompe a prescrição e que esta retroagirá à data da propositura da ação.** Precedentes: REsp n. 693.178-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.12.2005, DJ 19.12.2005, p. 347;

8. A prescrição da ação de restituição de indébito de contribuição previdenciária de empregado urbano teria, então, sido interrompida pela propositura da ação em que se buscou o direito de aposentação, ou seja, em maio de 1998. Nesse sentido: EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.102.402-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.6.2010, DJe 29.6.2010.

9. **O prazo prescricional interrompido pela citação válida somente reinicia o seu curso após o trânsito em julgado do processo, conforme estabelecido no art. 202, parágrafo único do Código Civil.** Precedentes: EDcl no REsp n. 511.121-MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2005, DJ 30.5.2005; REsp n. 47.790-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 31.5.1994, DJ 27.6.1994.

10. Desta feita, por esta via, conclui-se que a prescrição não alcançou qualquer parcela paga indevidamente, pois o benefício foi requerido administrativamente

em 3.2.1998, sendo negado. Em maio de 1998, foi proposta ação para que fosse concedida a aposentadoria, fato que interrompeu a prescrição. Esta não correu até o trânsito em julgado da demanda em novembro de 2004.

11. Recurso especial não provido (REsp n. 1.249.981-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 3.8.2011).

Processual Civil. Prazo prescricional da ação ordinária de cobrança. Impetração anterior de mandado de segurança. Interrupção. Administrativo. Juros de mora contra a Fazenda Pública. Art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997. Matéria submetida ao regime dos recursos repetitivos (REsp n. 1.086.944-SP). Lei n. 11.960/2009. Aplicabilidade nas demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor. Recurso especial parcialmente provido.

1. A impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional em relação à ação de cobrança, de modo que somente a partir do trânsito em julgado do mandamus inicia a contagem do prazo em relação à ação ordinária para a cobrança dos créditos recolhidos indevidamente. Precedentes.

2. Esta Corte Superior, sob o rito do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), reiterou o seu posicionamento no sentido de que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, que fixa os juros moratórios nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública no patamar de 6%, é de ser aplicado às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor:

Recurso Especial Representativo da Controvérsia. Administrativo. Juros moratórios. Fazenda Pública. Débito em relação à remuneração dos servidores públicos. Ação ajuizada após à edição da MP n. 2.180/2001. Fixação no patamar de 6% ao ano.

1. O art. 1º-F, da Lei n. 9.494/1997, que fixa os juros moratórios nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública no patamar de 6%, é de ser aplicado tão somente às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor. Inaplicabilidade do art. 406 do Código Civil de 2002. Precedentes.

2. Constitucionalidade do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/1997 declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalva do ponto de vista da relatora.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 1.086.944-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 4.5.2009).

3. *In casu*, tanto o mandado de segurança quanto a ação ordinária foram propostos já na vigência da Medida Provisória n. 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei n. 9.494/1997, razão porque os juros moratórios devem ser fixados no patamar de 6% ao ano.

4. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 1.222.417-SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, DJe 15.3.2011).

Dessa forma, entendo ser esta a orientação que deve prevalecer a respeito da interpretação do artigo 219 do CPC, no caso concreto, tendo em vista que, aberta a discussão a respeito da exigibilidade ou não da exação, na ação declaratória, o direito à restituição surgiu para a ora recorrida a partir do reconhecimento de que as quantias foram indevidamente recolhidas.

Destaco, ainda, que entendo não prosperar a argumentação de que a admissão da interrupção do prazo prescricional para a repetição de indébito pela citação válida na ação declaratória implicaria na extensão da imprescritibilidade desta àquela.

Digo isso porque, mesmo em se interrompendo o prazo, por ocasião da propositura da ação declaratória; na ação de repetição de indébito *deverá sempre ser respeitado o quinquênio anterior à data em que a prescrição foi interrompida*, o que denota que não se está tornando a repetição de indébito imprescritível, mas tão somente *admitindo-se o deslocamento do termo inicial do prazo prescricional para o seu exercício, por força de uma demanda cujo resultado pode influenciar no direito ou não à repetição*.

Por outro lado, é de se destacar que a mais recente jurisprudência desta Corte admite a eficácia executiva das sentenças declaratórias referentes à existência ou não de relações jurídico-tributárias, de sorte que seria incoerente impedir a parte que pode ajuizar uma ação executiva de ajuizar uma ação de repetição referente ao mesmo débito.

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Relator.

2. No caso, S. Exa. está afirmando que a citação na ação declaratória interrompe a prescrição. Há um precedente, como sempre, sintético e completo, do Senhor Ministro *Teori Albino Zavascki*, afirmando-o nestas palavras de inuidosa clareza: “A citação válida em ação declaratória interrompe a prescrição na respectiva ação condenatória, nos termos do art. 219 do CPC.”

3. Não há mais o que dizer.

4. Acompanho o voto do eminente Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.304.923-RS (2012/0016345-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Arnel Comercial Eletrônica Ltda.

Advogado: Nelson Lacerda da Silva e outro(s)

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Guilherme de Escobar Guaspari e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Análise de dispositivos constitucionais. Impossibilidade. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Execução fiscal. Oferecimento de precatório à penhora. Manifestação do credor pela alienação do direito de crédito antes de efetivada a constrição. Art. 673, § 1º, do CPC. Possibilidade.

1. Recurso especial pelo qual se discute se a Fazenda Pública exequente pode, nos termos do art. 673, § 1º, do CPC, manifestar sua preferência pela alienação judicial de precatório oferecido à penhora antes de efetivada a constrição. No caso concreto, a Fazenda credora, ao ser intimada da decisão que deferiu a caução em penhora de precatório, registrou, desde logo, que não tinha interesse pela sub-rogação desse direito de crédito.

2. Constatado que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a suscitada violação do art. 535 do CPC.

3. Não é possível conhecer da alegação de que a venda judicial de precatório atentaria contra os princípios constitucionais da moralidade, da coisa julgada e do direito de propriedade, haja vista que o recurso especial não se presta para analisar fundamentação de índole constitucional.

4. A disciplina processual contida no art. 673, *caput* e parágrafo único, do CPC privilegia a satisfação do exequente, porquanto faculte-lhe a forma de liquidação de direito de crédito que mais aprouver no caso concreto.

5. Não há razão para tolher o exequente de manifestar sua preferência pela alienação judicial do precatório oferecido à penhora antes de realizada a constrição, uma vez que efetivação da garantia não configura condição de eficácia dessa declaração de vontade do credor.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, 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, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 22 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 28.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Arnel Comercial Eletrônica Ltda., com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 306):

Tributário. Precatório. Art. 673, § 1º, CPC. Direito potestativo. Precedentes.

A possibilidade de o credor optar pela não sub-rogação nos direitos oferecidos à penhora é verdadeiro direito potestativo, e não apenas faculdade, que decorre do art. 673, § 1º, CPC, consoante reiteradas decisões do Superior Tribunal de

Justiça. Nada impede que o credor, ao ser definida a penhora sobre precatório, exercite a referida opção.

Rejeitados os aclaratórios (fl. 323).

Nas razões do recurso especial (fls. 352-359), a empresa recorrente aponta violação dos arts. 158, 535 e 673, § 1º, do CPC.

Alega, preliminarmente, que o acórdão recorrido é nulo, porquanto não se manifestou sobre a aplicação do art. 158 do CPC na espécie.

Quanto ao juízo de reforma, sustenta, em resumo, que a manifestação do credor, pela alienação judicial do precatório, antes de efetivada a penhora, é prematura e, por conseguinte, intempestiva, razão pela qual deve ser reconhecida a sub-rogação dos créditos oferecidos.

Aduz, ainda, que a alienação do precatório expedido contra a própria Fazenda exequente atenta contra o princípios constitucionais da moralidade, da coisa julgada e do direito de propriedade.

Contrarrazões às fls. 367-374, pelas quais o Estado do Rio Grande do Sul defende que: a) o recorrente não demonstrou de que forma o acórdão recorrido violou o artigo de lei apontado, devendo incidir o óbice da Súmula n. 284-STF; b) o exame da pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ; c) os dispositivos legais invocados não foram prequestionados; d) não houve infringência ao art. 535 do CPC; e) é possível a venda judicial de precatórios penhorados; e f) “antes de lavrado o termo de penhora foi feito requerimento do Estado pelo prosseguimento da execução na forma prevista no § 1º do art. 673 do CPC. Assim, não há óbice temporal vislumbrado pelo recorrente na venda judicial do direito penhorado” (373).

Provido o agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial (fl. 437).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Inicialmente, extrai-se dos autos que a Corte *a quo* empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido.

Nessa esteira, depreende-se que o acórdão recorrido considerou válida a opção do credor pela alienação judicial do precatório oferecido à penhora, nos termos do art. 673, § 1º, do CPC, ainda que ela tenha sido manifestada antes de efetivada a constrição. Veja-se (fl. 311):

Por derradeiro, o prazo do § 1º do art. 673, CPC, é preclusivo. Ou seja, impede manifestação depois dele. Mas, nada há a obstaculizar a prévia comunicação de vontade, notadamente quando definido que a penhora vai recair sobre o precatório, como no caso dos autos.

Está-se diante de hipótese inteiramente distinta do prazo recursal, de manifesta preempriedade, não fosse depender o interesse recursal da decisão que vier a ser proferida e sua materialização, que se dá com a publicação.”

Afasto, pois, a suscitada infringência ao art. 535 do CPC.

Quanto ao juízo de reforma, registro, desde logo, que o recurso especial não se presta para interpretar matéria de índole constitucional, motivo porque deixo de conhecer da alegação de que a venda judicial de precatório atentaria contra os princípios constitucionais da moralidade, da coisa julgada e do direito de propriedade.

No pertinente à legislação infraconstitucional invocada, conforme relatado, a presente controvérsia cinge-se em saber se a Fazenda Pública exequente pode, nos termos do art. 673, § 1º, do CPC, manifestar sua preferência pela alienação judicial de precatório oferecido à penhora antes de efetivada a constrição.

No caso concreto, a Fazenda credora, ao ser intimada da decisão que deferiu a caução em penhora de precatório, registrou, desde logo, que não tinha interesse pela sub-rogação desse direito de crédito.

Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que o prazo estipulado para exercer a faculdade de que trata o art. 673, § 1º, do CPC é preclusivo, ou seja, o credor não pode manifestar sua preferência pela alienação judicial do direito de crédito depois de transcorrido o prazo de dez dias contados da realização da penhora. Nesse sentido: REsp n. 1.293.506-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9.3.2012; AgRg no REsp n. 1.229.550-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1º.7.2011; AgRg no Ag n. 1.245.632-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16.3.2011.

No presente recurso, todavia, questiona-se a validade dessa opção da credora antes mesmo de efetivada a penhora do precatório oferecido pelo devedor.

Pois bem, o art. 673 do CPC concede ao exequente o direito processual subjetivo de, desde logo, adjudicar, mediante sub-rogação, o direito de crédito penhorado, dispensando, dessa forma, a sistemática ordinária de excussão, que exige prévia avaliação para fins de adjudicação (art. 685-A do CPC) ou alienação judicial de bens (art. 686 do CPC).

E com o mesmo intuito de preservar os interesses do credor, o parágrafo único desse mesmo artigo de lei, possibilitou ao exequente a faculdade de, em face das nuances de cada caso, optar, em até 10 dias da efetivação da penhora, pela alienação judicial do direito de crédito.

Conclui-se, portanto, que a disciplina processual contida no art. 673, *caput* e parágrafo único, do CPC privilegia a satisfação do exequente, porquanto facultava-lhe a forma de liquidação de direito de crédito que mais aprouver no caso concreto.

Postos esses elementos, não vislumbro razão para tolher o exequente de manifestar sua preferência pela alienação judicial do precatório oferecido à penhora antes de realizada a constrição, uma vez que efetivação da garantia não configura condição de eficácia dessa declaração de vontade do credor, o que dispensa, inclusive, sua reiteração no prazo decenal previsto no aludido parágrafo único.

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.313.680-RJ (2011/0306550-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Barra Mansa SAAE
BM

Advogado: Rodrigo Barcelos de Castro e outro(s)

Recorrido: José Afonso e outros

Advogado: Priscilla Duarte Oliveira

EMENTA

Serviço de esgotamento sanitário. Prestação parcial. Inexistência de tratamento de esgoto. Tarifa. Legalidade da cobrança.

I - Cinge-se a controvérsia na legalidade da cobrança pela prestação de esgotamento sanitário, na hipótese da prestação parcial do serviço.

II - Compulsando os autos, verifica-se que restou delineado pelas instâncias ordinárias que a rede de esgoto foi efetivamente instalada, realizando a Recorrente a coleta e o transporte dos dejetos, não prestando, todavia, o tratamento do esgoto.

III - Com a instalação da rede de esgoto e a efetiva realização de umas das atividades elencadas no art. 9º do Decreto n. 7.217/2010, quais sejam, a coleta, o transporte, o tratamento dos dejetos ou a disposição final dos esgotos e dos lodos originários da operação de tratamento, é forçoso reconhecer que há a efetiva prestação do serviço de esgotamento sanitário, apta a ensejar a cobrança ora em discussão.

IV - A interpretação equivocada da Lei n. 11.445/2007, sem a conjugação do Decreto n. 7.217/2010, importaria em graves e desnecessários prejuízos para o poder público e para a população em geral, haja vista que a coleta e escoamento dos esgotos representa serviço de suma importância e a ausência de verba destacada para este fim importaria em tolher a ampliação e manutenção da rede.

V - Recurso especial 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: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo

Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 5 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 29.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por *Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Barra Mansa - SAAE BM*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que restou assim ementado:

Agravo inominado. Cobrança de tarifa de esgoto sanitário em conta de água do consumidor. Concessionária que não presta serviço de tratamento de esgoto, mas somente coleta e transporta. Não cumprida a integralidade do serviço, não se justifica o pagamento do preço público. Devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados. Prazo prescricional aplicável definido pelo Código Civil, conforme Súmula n. 412 do STJ. Agravo inominado a que se nega provimento.

O julgado encimado decorre de ação de repetição de indébito que objetiva a devolução dos valores pagos a título de tarifa de esgoto.

No julgamento da apelação, concluiu o Tribunal de origem não ser devida a cobrança da tarifa, por entender que a recorrida não prestava integralmente o serviço, deixando de oferecer o serviço de tratamento de esgoto, condenando a ora recorrida na devolução em dobro dos valores pagos.

Nas razões do especial, sustenta violação ao disposto nos arts. 3º, I, **b**, 29, I, II e III, e 45, § 1º, da Lei n. 11.445/2007; e 3º, *caput* e III, 9º e 47, do Decreto n. 7.217/2010, bem como dissídio jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, ser lícita a cobrança da tarifa de esgoto em contrapartida ao oferecimento do serviço de esgotamento sanitário efetivamente prestado, uma vez que a tarifa em comento não se destinaria ao tratamento do esgoto, mas sim pela coleta, conexão e escoamento dos dejetos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Cinge-se a controvérsia na legalidade da cobrança pela prestação de esgotamento sanitário, na hipótese da prestação parcial do serviço.

Primeiramente, afastado possível alegação de incidência da Súmula n. 7-STJ, porquanto bem delimitada a questão factual no acórdão recorrido. Nesse sentido destaco excerto do acórdão recorrido: *Primeiro, a existência de rede de esgoto constatada no laudo vem também acompanhada pela constatação de que tal esgoto não recebe qualquer tratamento (fl. 322), o que revela que o tratamento satisfatório de esgoto não vem sendo efetivamente prestado.*

In casu, o Tribunal de origem manteve sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos dos Autores, para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes no que tange ao serviço de esgotamento sanitário, e consequente ilegalidade das cobranças, determinando a sua imediata suspensão e desonerando os Autores do respectivo pagamento, enquanto não for instalada rede de tratamento de esgotos.

Naquele julgamento, a Corte Estadual entendeu que não fora cumprida, na integralidade, a prestação do serviço de esgotamento sanitário, porquanto o esgoto não estaria recebendo qualquer tratamento, não se justificando o pagamento da correspondente taxa.

Alega a Recorrente que o efetivo serviço de esgotamento sanitário não pressupõe a sua prestação integral, sendo lícita a cobrança dos valores em discussão com a prestação do respectivo serviço de esgotamento sanitário, uma vez que já estariam sendo prestados os serviços de coleta, conexão e escoamento dos dejetos, não importando se haveria o efetivo tratamento do esgoto.

Tenho que assiste razão à recorrente.

Com efeito, assim se encontra disposto o art. 3º, I, **b**, da Lei n. 11.445/2007, lei esta que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, *verbis*:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

(...)

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição

final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

(...)

Por sua vez, o artigo 9º do Decreto n. 7.217/2010, que regulamenta a Lei encimada, assim está plasmado:

Art. 9º Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades:

I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários;

II - transporte dos esgotos sanitários;

III - tratamento dos esgotos sanitários; e

IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.

§ 1º Para os fins deste artigo, a legislação e as normas de regulação poderão considerar como esgotos sanitários também os efluentes industriais cujas características sejam semelhantes às do esgoto doméstico.

§ 2º A legislação e as normas de regulação poderão prever penalidades em face de lançamentos de águas pluviais ou de esgotos não compatíveis com a rede de esgotamento sanitário (g.n.).

Na hipótese dos autos, conforme definido no acórdão recorrido, está presente a rede de esgotamento sanitário que representa o cumprimento das etapas de coleta e transporte dos esgotos.

Por sua vez, também se encontra consignada a ausência de tratamento dos esgotos sanitários, bem assim a disposição final destes em unidades de tratamento adequadas.

Se é certo que todas as atividades não foram efetivadas, também é certo que as atividades realizadas são de vital importância para a população.

Tais atividades, de certo, representam dispêndio para o Poder Público, que precisa ser ressarcido por meio de taxa, quando ele mesmo preste o serviço (hipótese dos autos) ou de tarifa quando se tratar de serviço dado em concessão.

Ora, é evidente que o serviço público está sendo prestado, mesmo que de forma incompleta, entretanto a deficiência do serviço não dá ensejo para a recusa no pagamento da referida taxa, por isso o Decreto encimado é claro ao explicitar que é considerado serviço público de esgotamento sanitário quando existentes

quaisquer das atividades que integram o ciclo de esgotamento sanitário, *in casu*, coleta e transporte do esgoto.

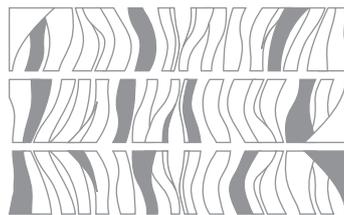
Observe-se, ademais, que a interpretação equivocada da Lei n. 11.445/2007, sem a conjugação do Decreto n. 7.217/2010, importaria em graves e desnecessários prejuízos para o poder público e para a população em geral, haja vista que a coleta e o escoamento dos esgotos representa serviço de suma importância e a ausência de verba destacada para este fim importaria em tolher a ampliação e manutenção da rede.

Como nos ensinou o mestre em hermenêutica Carlos Maximiliano, em seu livro *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed. Forense, 15ª ed. 1995, p. 166: “o Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Nesse diapasão, deve ser reconhecido que as regras vigentes autorizam a cobrança da taxa de esgoto pela coleta e transporte destes, mesmo nas hipóteses em que não há tratamento.

Tais as razões expendidas, dou provimento ao recurso especial. Invertam-se os ônus sucumbenciais.

É o voto.



Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
148.753-RS (2012/0036449-8)**

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Agravante: Vonpar Refrescos S/A

Advogado: Rafael Mallmann e outro(s)

Agravado: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Luiz Carlos Adams Coelho e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental em agravo. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência de vício no acórdão recorrido. Tributário. ICMS. Empresa comercial. Aquisição de combustível e pneus para distribuição de mercadorias. Aproveitamento que deve ocorrer na forma do art. 33, I, da LC n. 87/1996. Dissídio jurisprudencial não configurado.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Por determinação expressa da LC n. 87/1996, o seu art. 20 deve ser aplicado observando-se as disposições contidas no seu art. 33. Nesse contexto, para ser permitido o creditamento do ICMS não é suficiente que as mercadorias entradas no estabelecimento sejam inerentes (não alheias) à atividade empresarial. Isso porque, em relação às mercadorias “*destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento*” — como é o caso do combustível e dos pneus adquiridos por estabelecimento comercial — o creditamento, embora possível, deve observar as restrições contidas na LC n. 87/1996, sendo que a LC n. 138/2010 postergou o aproveitamento, nesta hipótese, a 1º de janeiro de 2020. Essa orientação, *mutatis mutandis*, coaduna-se com o entendimento adotado pela Primeira Seção - STJ no julgamento do REsp n. 1.117.139-RJ (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.2.2010 - recurso submetido ao regime previsto no art. 534-C do CPC).

3. Não é possível a invocação de aresto paradigma proferido em sede de recurso ordinário quando tal julgado se funda em matéria

cujo conhecimento seja mais restrito ou vedado em sede de recurso especial, como ocorre no caso concreto em que o acórdão paradigma se funda na autorização prevista na legislação local.

4. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses 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, o seguinte resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 27.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de agravo regimental interposto por Vonpar Refrescos S/A em face de decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil. Agravo. Recurso especial. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência de vício no acórdão recorrido. Tributário. ICMS. Empresa comercial. Aquisição de combustível e pneus para distribuição de mercadorias. Aproveitamento que deve ocorrer na forma do art. 33, I, da LC n. 87/1996. Dissídio jurisprudencial não configurado.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Por determinação expressa da LC n. 87/1996, o seu art. 20 deve ser aplicado observando-se as disposições contidas no seu art. 33. Nesse contexto, para ser permitido o creditamento do ICMS não é suficiente que as mercadorias entradas no estabelecimento sejam inerentes (não alheias) à atividade empresarial. Isso porque, em relação às mercadorias “destinadas ao uso ou consumo do

estabelecimento” - como é o caso do combustível e dos pneus adquiridos por estabelecimento comercial - o creditamento, embora possível, deve observar as restrições contidas na LC n. 87/1996, sendo que a LC n. 138/2010 postergou o aproveitamento, nesta hipótese, a 1º de janeiro de 2020. Essa orientação, *mutatis mutandis*, coaduna-se com o entendimento adotado pela Primeira Seção - STJ no julgamento do REsp n. 1.117.139-RJ (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.2.2010 - recurso submetido ao regime previsto no art. 534-C do CPC).

3. Não é possível a invocação de aresto paradigma proferido em sede de recurso ordinário quando tal julgado se funda em matéria cujo conhecimento seja mais restrito ou vedado em sede de recurso especial, como ocorre no caso concreto em que o acórdão paradigma se funda na autorização prevista na legislação local.

4. Agravo não provido.

Em suas razões, alega ser *“inquestionável que o acórdão recorrido violou lei federal, uma vez que decidiu de forma absolutamente contrária aos arts. 19 e 20 da LC n. 87/1996, que reconhecem o direito ao creditamento de ICMS de mercadorias que estejam ligadas à atividade fim do estabelecimento”*.

Aduz mais que *“a decisão ora agravada entendeu pela não indicação do dispositivo legal que, afinal é o motivo da divergência”*, sendo que *“resta claro que um acórdão considerou que os serviços de transporte prestados por uma empresa não transportadora geram direito a crédito tanto quanto se a empresa fosse, apenas, uma transportadora”*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Não assiste razão à parte agravante.

Para melhor entendimento da questão, transcrevo os termos em que foi prolatada a decisão agravada:

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul cuja ementa é a seguinte:

Direito Tributário. ICMS: crédito fiscal escritural na prestação de serviços de transporte.

Nos termos do art. 19 da Lei Complementar n. 87/1996 o direito à “não-cumulatividade” do ICMS sobre serviços de transporte, previsto na lei constitucional (art. 155, § 2º, I), somente alcança o montante cobrado nas anteriores operações, não se estendendo, via de consequência, às despesas com a manutenção e movimentação dos veículos para esse fim utilizados (como combustíveis e pneus), o que somente é possível, nos termos do § 6º do art. 150 da mesma lei constitucional, à vista de lei específica própria.

Apelo desprovido, por unanimidade.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Efetuada novo julgamento de tais embargos, em virtude do provimento de recurso especial fundado em ofensa ao art. 535 do CPC, foram acolhidos, ficando o respectivo aresto assim ementado:

Embargos de declaração em apelação cível. Mandado de segurança. Creditamento na aquisição de combustíveis e pneus por fabricante/revendedora/distribuidora de bebidas. Impossibilidade.

Os embargos de declaração devem ser acolhidos quando patente o equívoco no julgamento atacado, já evidenciado pelo STJ, que determinou a reanálise dos aclaratórios.

Descabe o creditamento de ICMS relativamente a valores correspondentes à aquisição de combustíveis e pneus por fabricante/distribuidora/revendedora de bebidas, pois o transporte das mercadorias por frota própria não constitui a sua atividade fim, tampouco integrando o produto ofertado. Figura ela, no caso, como consumidora final daqueles bens, classificando-se-os como de uso e consumo próprio. Incidência da Lei Complementar n. 87/1996, com as redações que lhe deram as Leis n. 92/1997, n. 99/1999, n. 114/2002, n. 122/2006 e n. 138/2010.

Embargos de declaração acolhidos, à unanimidade, com manutenção, por maioria, do desprovimento da apelação, por outros fundamentos.

No recurso especial, interposto com base na alínea **a** do permissivo constitucional, a ora agravante aponta ofensa ao art. 535 do CPC, bem como aos arts. 19 e 20 da LC n. 87/1996, alegando, em síntese, que: (a) o acórdão recorrido manteve-se omissivo, mesmo após a oposição de embargos de declaração; (b) “somente aqueles bens que não sejam utilizados na atividade operacional do contribuinte é que sofrem a restrição quanto ao lançamento de créditos de ICMS quando da respectiva aquisição”, motivo pelo qual “todas as mercadorias adquiridas pela recorrente e necessárias para a movimentação de sua frota, como combustíveis e pneus, são insumos da sua operação, destinados à consecução de sua atividade fim” (fls. 536-538).

Em suas contrarrazões, o recorrido pugna pelo não conhecimento do recurso ou, alternativamente, pelo seu não provimento.

A inadmissão do recurso especial fez-se à consideração de que: (a) o acórdão está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; (b) a divergência jurisprudencial não restou demonstrada.

A agravante rechaça os fundamentos mencionados.

É o relatório. Passo a decidir.

Não merece reparo a decisão agravada.

Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem, de modo fundamentado, tratou das questões suscitadas, resolvendo de modo integral a controvérsia posta.

Ressalte-se que o vício existente na premissa adotada pelo acórdão proferido em sede de apelação (que justificou o provimento anterior de recurso especial em razão de ofensa ao art. 535 do CPC) foi sanado no novo julgamento dos embargos, conforme demonstra o seguinte excerto extraído do respectivo voto condutor:

Note-se que o julgado baseou-se em premissa não condizente com a realidade dos autos: *não se trata de transportadora, mas de fabricante/distribuidora/revendedora que entrega a mercadoria através de frota própria, e isto constitui fato incontroverso nos autos*. Incorreu, portanto, em omissão acerca dos reais fundamentos da inconformidade, que, por isso, deve ser novamente analisada.

Determina a Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;
- c) disciplinar o regime de compensação do imposto; (...)

Sacha Calmon Navarro Coelho em seu Curso de Direito Tributário Brasileiro (4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 615) alertara, em meio a críticas, sobre a inovação introduzida pelo § 7º do art. 150 da Carta Magna, incluído pela EC n. 3/1993:

Primus – O dispositivo *supra*, em nome do princípio da praticabilidade da tributação, para superar o óbice de se cobrar imposto antecipadamente de um substituto por fato gerador de terceiro ainda não praticado, instituiu um tipo novo de substituição tributária “para frente”. Antes se admitia a substituição “para trás” (...). Agora a montadora já recolhe o ICMS das concessionárias ao vender-lhes os carros que, posteriormente, presume a lei, serão revendidos. Cobra-se do substituído um imposto cujo fato gerador sequer ocorreu (...).

O instituto – gênero – é, todavia, anterior, estando autorizado pelo art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Sobre ele, discorre Hugo de Brito Machado em seu Curso de Direito Tributário (31ª edição, São Paulo: editora Malheiros 2010, p. 401):

A pretexto de evitar a sonegação os Estados instituíram o regime de substituição tributária, ou, mais exatamente, de substituição com antecipação do tributo, que foi sendo gradualmente estendido a

vários produtos e hoje alcança praticamente todos. Esse procedimento estaria autorizado pelo art. 150, § 7º da Constituição Federal e pela Lei Complementar n. 87, de 1996, que, em desobediência ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea **b**, da Constituição Federal, transferiu para o legislador estadual essa atribuição.

O ICMS antecipado, que deveria ser calculado sobre o preço praticado nas vendas subseqüentes, é calculado sobre um valor arbitrariamente atribuído pelas autoridades fazendárias. Colocou-se, então, a questão de saber se o valor pago antecipadamente seria definitivo, ou se como simples antecipação ficaria sujeito a ajuste em face da realização das operações subseqüentes, com a restituição do excedente ou a cobrança da diferença paga a menor.

Para conceituar o instituto, vale-se o mestre Alfredo Augusto Becker, em sua consagrada obra Teoria Geral do Direito Tributário (3ª edição, São Paulo: Lejus, 1998, p. 550 a 552), de exemplos, dentre os quais:

Primeiro exemplo: Na relação jurídica do imposto de consumo, o sujeito passivo, teoricamente, deveria ser o consumidor. Ora, criar regra jurídica que estabeleça relações jurídicas do imposto de consumo, vinculando o Estado a cada um dos indivíduos consumidores, é criar regra jurídica tributária absolutamente impraticável, pois jamais haverá órgão administrativo e órgão judiciário, ainda que equipados com cérebros eletrônicos, capazes de garantirem a respeitabilidade aos efeitos jurídicos daquela regra.

A solução criada pelo legislador foi a seguinte: em lugar do consumidor, o sujeito passivo, na relação jurídica do imposto de consumo, é o produtor do bem que será consumido.

Simultaneamente, o legislador outorga ao produtor, mediante outra regra jurídica, o direito de repercussão jurídica por reembolso do imposto de consumo por ele pago. A outorga deste direito de reembolso não é essencial à fenomenologia do substituto legal tributário. O legislador só estará juridicamente obrigado a outorgar este direito de reembolso quando legisla dentro de um sistema jurídico cuja constituição juridicizou o princípio da capacidade Contributiva.

(...) A fenomenologia jurídica da substituição legal tributária consiste, pois, no seguinte: Existe substituto legal tributário, toda a vez em que o legislador escolhe para sujeito passivo da relação jurídica tributária um outro qualquer indivíduo, em substituição daquele determinado indivíduo cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo. Em síntese: se em lugar

daquele determinado indivíduo (...) o legislador escolheu para sujeito passivo da relação tributária um outro qualquer indivíduo, este outro qualquer indivíduo é o substituto legal tributário.

Especificamente quanto ao ICMS, ensina Hugo de Brito Machado, em sua obra citada (p. 396-397):

A base de cálculo do ICMS, como regra geral, é o valor da operação relativa à circulação da mercadoria, ou o preço do serviço respectivo. A Lei Complementar n. 87/1996, todavia, estabelece várias normas para situações específicas.

Na base de cálculo incluem-se as despesas recebidas do adquirente, ou a este debitadas, bem como os descontos condicionais a este concedidos, mas não se incluem os descontos incondicionais, porque evidentemente não integram estes o valor da operação. Condicional é um desconto cuja efetivação fica a depender de evento futuro e incerto, como, por exemplo, o pagamento em certo prazo. Incondicional é o desconto que se efetiva no momento da operação. Assim, o desconto para pagamento à vista é um desconto incondicional, cujo valor não integra a base de cálculo do imposto.

Não havendo indicação do valor da operação, ou não sendo determinado o preço do serviço, a base de cálculo será, respectivamente:

(a) o preço corrente da mercadoria ou de seu similar no mercado atacadista o local da operação, ou a região, se inexistente o primeiro, e

(b) o valor corrente do serviço no local da prestação.

A Lei Complementar n. 87/1996 determina que se considere integrante da base de cálculo do ICMS o valor do frete, cobrado por outro estabelecimento da mesma empresa, ou por empresa interdependente, que exceda os níveis normais de preço do serviço de transporte. Essa norma pode ser tida como reguladora do conflito de competência entre Estados e Municípios, e poderá ensejar muitos questionamentos.

(...)

Para os casos de substituição tributária, ou, mais exatamente, de cobrança antecipada do imposto, a lei determinou por adotar uma forma de pauta fiscal. Nesses casos, porém, o arbitramento da base de cálculo é apenas para efeito de antecipação. Sendo a operação relativamente à qual o imposto foi antecipado de valor menor, tem o contribuinte o direito à restituição da diferença.

Na forma do artigo 34, § 8º, do ADCT, foi celebrado o Convênio n. 66/88 entre o Ministério e as Secretarias da Fazenda, que disciplinou a base de cálculo do ICMS:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de competência dos Estados, tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

Art. 28 O imposto será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

(...)

Art. 31 Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I - a operação ou a prestação beneficiada por isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

II - a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento;

III - a entrada de mercadorias ou produtos que, utilizados no processo industrial, não sejam nele consumidos ou não integrem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição;

IV - os serviços de transporte e de comunicação, salvo se utilizados pelo estabelecimento ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza, na comercialização de mercadorias ou em processo de produção, extração, industrialização ou geração, inclusive de energia.

Não poderia o contribuinte creditar-se dos valores relativos "*a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento*" (art. 31, II).

Aliás, assim previa o art. 28, I, **d**, da Lei Estadual n. 8.820/1989 na sua redação original:

Art. 28 - Dependem de convênios celebrados nos termos da Constituição Federal, art. 155, parágrafo 2º, VI e XII, **g** e da Lei Complementar n. 24, de 7.1.1975:

I - a concessão ou revogação de:

(...)

d) crédito presumido;

Relativamente às operações realizadas sob a égide do referido Convênio, a questão era pacífica no STF:

ICMS. Compensação do tributo resultante de aquisição de bens para o ativo fixo. Operação anterior à LC n. 87/1996. Ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Não-ocorrência. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em operações anteriores à Lei Complementar n. 87/1996, não há direito a creditamento de bens destinados ao consumo ou à integração do ativo fixo para compensação de ICMS. Inexistência de afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. 2. Agravo regimental desprovido. (RE n. 313.019 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 17.8.2010, DJe-173 DIVULG 16.9.2010 PUBLIC 17.9.2010 EMENT VOL-02415-03 PP-00503 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 146-149).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Tributário. ICMS. Creditamento. Convênio ICMS n. 66/88. Correção monetária. Legislação local. Caracterização dos produtos. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade em recurso extraordinário. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o contribuinte não possui direito de crédito de ICMS quando recolhido em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo, no período em que vigente o Convênio ICMS n. 66/88, antes, portanto, da Lei Complementar n. 87/1996. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas e de legislação local. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas n. 279 e n. 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 545.845 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 17.6.2008, DJe-142 DIVULG 31.7.2008 PUBLIC 1º.8.2008 EMENT VOL-02326-08 P-01539).

A Lei Complementar n. 87/1996, que retirou a eficácia do referido Convênio, editada sob o pretexto de dar cumprimento ao art. 155, § 2º, XII – o que não o fez plenamente, como alerta Hugo de Brito Machado no trecho transcrito -, estipula:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

(...)

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subseqüente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea **c** do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do *caput*, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do *caput*, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo.

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

IV - no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12;

a) o valor da operação, na hipótese da alínea **a**;

b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, na hipótese da alínea **b**;

V - na hipótese do inciso IX do art. 12, a soma das seguintes parcelas:

a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observado o disposto no art. 14;

b) imposto de importação;

c) imposto sobre produtos industrializados;

d) imposto sobre operações de câmbio;

e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;

VI - na hipótese do inciso X do art. 12, o valor da prestação do serviço, acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização;

VII - no caso do inciso XI do art. 12, o valor da operação acrescido do valor dos impostos de importação e sobre produtos industrializados e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao adquirente;

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;

IX - na hipótese do inciso XIII do art. 12, o valor da prestação no Estado de origem.

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

§ 2º Não integra a base de cálculo do imposto o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos.

§ 3º No caso do inciso IX, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

§ 5º Nas operações e prestações interestaduais entre estabelecimentos de contribuintes diferentes, caso haja reajuste do

valor depois da remessa ou da prestação, a diferença fica sujeita ao imposto no estabelecimento do remetente ou do prestador.

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal.

§ 3º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

§ 4º Deliberação dos Estados, na forma do art. 28, poderá dispor que não se aplique, no todo ou em parte, a vedação prevista no parágrafo anterior.

§ 5º Para efeito do disposto no *caput* deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das

operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II deste parágrafo, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos) da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior ou as saídas de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos;

IV – o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, *pro rata die*, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

V – na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

VI – serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 19, em livro próprio ou de outra forma que a legislação determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a V deste parágrafo; e

VII – ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.

§ 6º Operações tributadas, posteriores a saídas de que trata o § 3º, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não tributadas sempre que a saída isenta ou não tributada seja relativa a:

I - produtos agropecuários;

II - quando autorizado em lei estadual, outras mercadorias.

No caso dos autos, não são os combustíveis e pneus insumos das operações da impetrante, ao contrário do alegado, mas sim bens destinados ao uso e consumo. Não fazem eles parte do objeto fim da empresa. Inclusive, poderia contratar terceiro para a tarefa sem que isso influenciasse em suas atividades.

Especificamente quanto ao creditamento dos bens destinados a uso e consumo, *hipótese em verdade em discussão*, houve sucessivas alterações na referida Lei Complementar, que originalmente previa:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2000; (Redação dada pela LCP n. 92, de 23.12.1997).

Pela Lei Complementar n. 99/1999, o referido inciso passou a ter o seguinte teor:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003;

Sendo novamente alterado pela de n. 114/2002:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007;

Pela de n. 122/2006:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011;

E, finalmente, pela de n. 138/2010:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

Note-se que o legislador prorrogou por diversas vezes a previsão de creditamento nas hipóteses de aquisições de bens para o uso ou consumo próprio, não tendo ela chegado a ter aplicação imediata. A mais nova previsão remete ao longínquo ano de 2020.

Não tem a impetrante, portanto, direito líquido e certo ao crédito na operação de compra de bens de consumo próprio. Nesta linha é o entendimento da Corte, inclusive desta Segunda Câmara e do Primeiro Grupo:

(...)

Esta, como já referido, a situação dos combustíveis e pneus para o caso de fabricantes/distribuidoras/revendedoras de bebidas, já que o transporte não constitui elemento essencial da sua atividade.

Os bens destinados ao uso e manutenção da frota, no caso, não terão outra finalidade, tampouco serão integrados no produto, figurando a adquirente como consumidora final.

Sobre o ponto, reproduzo orientação da Suprema Corte:

Tributário. ICMS. Creditamento. Não ocorrência. Operações de consumo de energia elétrica. Utilização de serviços de comunicação. Aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Ausência de ofensa ao princípio da não cumulatividade. Aquisições de produtos intermediários. Consumidor final. Direito ao crédito. Impossibilidade. Agravo improvido. I - A decisão agravada está de acordo com entendimento adotado por ambas as Turmas desta Corte, que consolidaram a jurisprudência no sentido de que não ofende o princípio da não cumulatividade a inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Precedentes. II - A aquisição de produtos intermediários aplicados no processo produtivo que não integram fisicamente o produto final não gera direito ao crédito de ICMS, uma vez que a adquirente, nesse caso, mostra-se como consumidora final. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (RE n. 503.877 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 1º.6.2010, DJe-145 DIVULG 5.8.2010 PUBLIC 6.8.2010 EMENT VOL-02409-06 PP-01416 RET v. 13, n. 76, 2010, p. 99-103).

Não se confunde com a hipótese de empresas exclusivamente transportadoras, para as quais o combustível e os pneus podem ser considerados como insumo, sendo indispensáveis à atividade fim.

Em suma, descabe a pretensão posta na inicial do presente mandado de segurança, por qualquer ângulo que se avalie.

Ante o exposto, *acolho* os presentes embargos, para reanalisar a apelação, mantendo o seu desprovimento, mas por outros fundamentos.

Na linha da jurisprudência desta Corte, *“não há negativa de prestação jurisdicional, ausência de fundamentação ou omissão, quando o acórdão impugnado aplica tese jurídica regularmente fundamentada, promovendo o desate da controvérsia, ainda que de forma diversa ou contrária ao entendimento da parte recorrente, impondo-se afastar eventual ofensa aos artigos 165, 458, II e III, 515, §§, e 535, II, do Código de Processo Civil”* (REsp n. 414.541-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 28.10.2002).

Assim, não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

Quanto à alegada afronta aos arts. 19 e 20 da LC n. 87/1996, o Tribunal de origem entendeu, em suma, que: (a) a ora recorrente é empresa “fabricante/distribuidora/transportadora” que entrega mercadorias através de frota própria; (b) “não são os combustíveis e pneus insumos das operações da impetrante, ao contrário do alegado, mas sim bens destinados ao uso e consumo”, pois “não fazem eles parte do objeto fim da empresa”, sendo que, “inclusive, poderia contratar terceiro para a tarefa sem que isso influenciasse em suas atividades”; (c) em relação “ao creditamento dos bens destinados a uso e consumo”, o aproveitamento deve ocorrer na forma e nos limites estabelecidos pelo art. 33 da LC n. 87/1996.

O entendimento adotado pelo Tribunal de origem não implica ofensa aos arts. 19 e 20 da LC n. 87/1996.

Os arts. 19, 20, § 1º, e 33, I, da LC n. 87/1996 têm a seguinte redação:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

(...)

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...) I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (Redação dada pela LCP n. 138, de 2010).

Como se verifica, por determinação expressa da LC n. 87/1996, o seu art. 20 deve ser aplicado observando-se as disposições contidas no seu art. 33.

Nesse contexto, para ser permitir o creditamento do ICMS não é suficiente que as mercadorias entradas no estabelecimento sejam inerentes (não alheias) à atividade empresarial.

Isso porque, em relação às mercadorias “destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento” — como é o caso do combustível e dos pneus adquiridos por estabelecimento comercial — o creditamento, embora possível, deve observar as restrições contidas na LC n. 87/1996, sendo que a LC n. 138/2010 postergou o aproveitamento, nesta hipótese, a 1º de janeiro de 2020.

Essa orientação, *mutatis mutandis*, coaduna-se com o entendimento adotado pela Primeira Seção - STJ no julgamento do REsp n. 1.117.139-RJ (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.2.2010 - recurso submetido ao regime previsto no art. 534-C do CPC), sendo que o respectivo acórdão assim ementado:

Processo Civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. ICMS. Creditamento (princípio da não-cumulatividade). Aquisição de energia elétrica consumida no estabelecimento comercial (supermercado). Atividades de panificação e congelamento de alimentos. Artigo 33, II, **b**, da Lei Complementar n. 87/1996. Artigo 46, parágrafo único, do CTN. Decreto n. 4.544/2002 (regulamento do IPI). Processo de industrialização. Não caracterização. Creditamento do ICMS. Impossibilidade.

1. As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto n. 4.544/2002), razão pela qual inexistente direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.

2. A Lei Complementar n. 87/1996, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento (artigo 20, caput).

3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que se segue:

Art. 33. (...) Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor; (redação original)

“II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;”
(inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar n. 102, de 11 de julho de 2000).

“d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;”
(alínea com a redação dada pela Lei Complementar n. 114, de 16 de dezembro de 2002).

“d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;”
(redação dada pela Lei Complementar n. 122, de 12 de dezembro de 2006)

(...)

4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar n. 87/1996, preceituava que *a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).*

5. Deveras, com o advento da Lei Complementar n. 102/2000 (entrada em vigor em 1º.8.2000), a entrada de energia elétrica no estabelecimento somente ensejaria direito de crédito: (i) quando objeto de operação de saída de energia elétrica (alínea **a**); (ii) quando consumida no processo de industrialização (alínea **b**); (iii) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior (alínea **c**); e (iv) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses (alínea **d**).

6. A Lei Complementar n. 114, de 16 de dezembro de 2002 (vigência a partir de 17.12.2002), no que concerne às hipóteses diversas das previstas nas alíneas **a**, **b** e **c**, do inciso II, do artigo 33, da Lei Kandir, dispôs que *haveria direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2007.*

7. Por fim, a Lei Complementar n. 122, de 12 de dezembro de 2006 (entrada em vigor em 13.12.2006), determinou que o aludido direito de

creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento (em hipóteses outras que as elencadas nas alíneas **a**, **b** e **c**, do inciso II, do artigo 33, da LC n. 87/1996) surge somente *a partir de 1º de janeiro de 2011*.

8. Consectariamente, *a entrada de energia elétrica no estabelecimento*, que não for objeto de operação de saída de energia elétrica, que não for consumida no processo de industrialização e cujo consumo não resulta em operação de saída ou prestação para o exterior, *somente ensejará direito ao creditamento de ICMS a partir de 1º.1.2011*.

9. *In casu*, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.8.2004, que considerou indevido o *creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis*.

10. Deveras, o objeto social da empresa, ora recorrente, consiste na *“comercialização de produtos manufaturados, semi-manufaturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como **a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros**”*, tendo sido confirmado, pelo Tribunal de origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS *se comprovar ter utilizado a energia elétrica “no processo de industrialização”, ex vi do disposto no artigo 33, II, b*, da Lei Complementar n. 87/1996, foi consagrada pela Primeira Seção, *no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp n. 899.485-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.8.2008, DJe 15.9.2008)*.

12. O *parágrafo único, do artigo 46, do CTN*, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto n. 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que *“produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária”*.

15. *As características e modalidades de industrialização* restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto n. 4.544/2002, *verbis*:

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como (Lei n. 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.

16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais consta:

I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação: a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor (artigo 5º, inciso I, alínea a, do Regulamento do IPI).

17. O regulamento do IPI, em seu artigo 6º, incisos I e II, esclarece que embalagem de apresentação não se confunde com o acondicionamento para transporte do produto.

18. Conseqüentemente, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado, não se afigura como "processo de industrialização", à luz do disposto no artigo 46, do CTN, em virtude da exceção prevista no artigo 5º,

inciso I, alínea a, do Decreto n. 4.544/2002, que se apresenta como legislação tributária hígida.

19. *A atividade de congelamento de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.*

20. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do *Recurso Extraordinário n. 588.954-SC*, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado:

ICMS. Creditamento de serviços de energia elétrica utilizado no processo produtivo. Princípio da não-cumulatividade. Supermercado. Atividade industrial de alimentos. Panificação e congelamento.

21. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como *cediço*, não tem o condão, *em regra*, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

22. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual *recurso extraordinário*, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros Tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: *AgRg nos REsp n. 863.702-RN*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.5.2009, DJe 27.5.2009; *AgRg no Ag n. 1.087.650-SP*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 31.8.2009; *AgRg no REsp n. 1.078.878-SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.6.2009, DJe 6.8.2009; *AgRg no REsp n. 1.084.194-SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5.2.2009, DJe 26.2.2009; *EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp n. 805.223-RS*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 24.11.2008; *EDcl no AgRg no REsp n. 950.637-MG*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.5.2008, DJe 21.5.2008; e *AgRg nos EDcl no REsp n. 970.580-RN*, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 5.6.2008, DJe 29.9.2008).

23. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

24. Os dispositivos legais apontados como violados restaram implicitamente prequestionados, não se vislumbrando violação do artigo 535, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido afastou a alegação de cerceamento de defesa (pugnando pela desnecessidade da prova) e considerou impossível o creditamento do ICMS, ao fundamento de que **"a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se**

vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo”.

25. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *em confronto* com súmula ou *com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal*, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei n. 9.756/1998).

26. A manutenção do julgado monocrático pelo órgão colegiado, em sede de agravo interno, com a encampação dos fundamentos exarados pelo relator, torna prejudicada a controvérsia acerca da regular aplicação do *caput*, do artigo 557, do Código de Processo Civil (Precedentes do STJ: *AgRg no Ag n. 1.155.697-DF*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 13.10.2009; *AgRg no Ag n. 807.013-GO*, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 3.9.2009; *REsp n. 772.447-P*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.11.2008, DJe 27.11.2008; *AgRg no REsp n. 389.936-SC*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 9.9.2008, DJe 9.10.2008; e *REsp n. 1.038.501-PR*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.4.2008, DJe 12.5.2008).

27. *A apontada violação dos artigos 130 e 131, do CPC, não resta configurada, quando o Tribunal de origem, prestigiando o princípio do livre convencimento motivado do julgador, considera desnecessária a produção de prova, sob o fundamento de que “a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto **ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo”.***

28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, os seguintes precedentes:

Tributário. ICMS. Convênio n. 66/88. Empresa de transporte. Pretensão à compensação de ICMS pago na aquisição de combustíveis, pneus e lubrificantes. Impossibilidade. Bens destinados ao ativo fixo ou ao consumo. Jurisprudência consolidada do STJ.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(*AgRg no REsp n. 852.723-SC*, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 27.10.2010).

Tributário. ICMS. Aproveitamento de crédito. Utilização material de consumo no processo produtivo (óleo diesel para transporte interno do ferro gusa). Decreto-Lei n. 406/1968, Convênio n. 66/88 e Lei Complementar n. 87/1996. Taxa Selic. Fundamentação deficiente. Súmula n. 284-STF.

1. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso especial que indica como violado dispositivo de lei federal que não serve de sustentação à tese defendida. Prejudicada a tese sobre a legalidade da aplicação da Taxa Selic.

2. Na vigência do Decreto-Lei n. 406/1968 e do Convênio n. 66/88, a aquisição de produtos ou mercadorias que, apesar de integrarem o processo de industrialização, nele não eram completamente consumidos e nem integravam o produto final, não gerava direito ao creditamento do ICMS. Previsão expressa do não-creditamento (inciso III do art. 31 do Convênio n. 66/88).

3. Entretanto, a LC n. 87/1996 (Lei Kandir) veio a reconhecer o direito ao crédito de ICMS relativo à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, material de uso e consumo, bem como ao recebimento de serviço de transporte. Jurisprudência pacificada nesta Corte.

4. Reconhecimento, no caso concreto, da legalidade do aproveitamento de crédito do ICMS sobre aquisição de óleo diesel consumido no processo produtivo a partir de 1º de janeiro de 1998, de acordo com o art. 33 da LC n. 87/1996 (em sua redação original).

5. Recurso especial da Fazenda não conhecido e provido em parte o recurso especial da *Usiminas* (REsp n. 850.362-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.3.2007).

Tributário. ICMS. Compensação do ICMS. Produtos intermediários utilizados no processo de industrialização. Impossibilidade de creditamento de ICMS.

1. Na vigência do Decreto-Lei n. 406/1968 e do Convênio n. 66/88, a aquisição de produtos ou mercadorias que, apesar de integrarem o processo de industrialização, nele não eram completamente consumidos e nem integravam o produto final, não gerava direito ao creditamento do ICMS, posto que ocorre quanto a estes produtos apenas um desgaste, e a necessidade de sua substituição periódica é inerente à atividade industrial.

2. Previsão expressa do não-creditamento (inciso III do art. 31 do Convênio n. 66/88).

3. Recurso especial provido

(REsp n. 626.181-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.5.2006).

Por fim, no que se refere ao alegado dissídio jurisprudencial, ele não restou demonstrado.

Isso porque não é possível a invocação de aresto paradigma proferido em sede de recurso ordinário quando tal julgado se funda em matéria cujo conhecimento seja mais restrito ou vedado em sede de recurso especial, como ocorre no caso concreto em que o acórdão paradigma se funda na autorização prevista na legislação local.

Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, **a**, do CPC, *nego provimento ao agravo*.

Publique-se. Intimem-se.

Inicialmente, para fundamentar seu pedido de reforma da decisão monocrática, reitera a agravante a alegação de afronta ao artigo 535, inciso II, do CPC.

No entanto, como pontuado na decisão ora recorrida, o Tribunal de origem, de modo fundamentado, tratou das questões suscitadas, resolvendo de modo integral a controvérsia posta. Conforme já analisado, o vício existente na premissa adotada pelo acórdão proferido em sede de apelação (que justificou o provimento anterior de recurso especial em razão de ofensa ao art. 535 do CPC) foi sanado no novo julgamento dos embargos, o que foi demonstrado com o excerto extraído do respectivo voto condutor, transcrito na decisão objeto do presente agravo regimental.

Dessa forma, não há que se falar em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que o Tribunal de origem se manifestou de forma clara e fundamentada sobre as questões postas à sua apreciação, ainda que de forma contrária à pretensão da recorrente, não havendo que se falar em omissão.

Alega a recorrente, ainda, ser “*inquestionável que o acórdão recorrido violou lei federal, uma vez que decidiu de forma absolutamente contrária aos arts. 19 e 20 da LC n. 87/1996, que reconhecem o direito ao creditamento de ICMS de mercadorias que estejam ligadas à atividade fim do estabelecimento*”.

Conforme ponderado no *decisum* ora agravado, contudo, por determinação expressa da LC n. 87/1996, o seu art. 20 deve ser aplicado observando-se as disposições contidas no seu art. 33. Nesse contexto, para ser permitido o creditamento do ICMS não é suficiente que as mercadorias entradas no estabelecimento sejam inerentes (não alheias) à atividade empresarial.

Isso porque, em relação às mercadorias “destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento” — como é o caso do combustível e dos pneus adquiridos por estabelecimento comercial — o creditamento, embora possível, deve observar as restrições contidas na LC n. 87/1996, sendo que a LC n. 138/2010 postergou o aproveitamento, nesta hipótese, a 1º de janeiro de 2020.

Essa orientação, *mutatis mutandis*, coaduna-se com o entendimento adotado pela Primeira Seção - STJ no julgamento do REsp n. 1.117.139-RJ (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.2.2010 - recurso submetido ao regime previsto no art. 534-C do CPC).

Por fim, quanto ao dissídio jurisprudencial, igualmente não merece reforma a decisão monocrática, tendo em vista que a divergência não restou demonstrada, por não ser possível a invocação de aresto paradigma proferido em sede de recurso ordinário quando tal julgado se funda em matéria cujo conhecimento seja mais restrito ou vedado em sede de recurso especial, como ocorre no caso concreto em que o acórdão paradigma se funda na autorização prevista na legislação local.

Do exposto, voto por *negar provimento* ao agravo regimental.

RECURSO ESPECIAL N. 1.161.467-RS (2009/0198051-2)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Copesul Companhia Petroquímica do Sul

Advogado: Luiz Eduardo de Castilho Giroto e outro(s)

EMENTA

Tributário. Convenções internacionais contra a bitributação. Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá. Arts. VII e XXI. Rendimentos auferidos por empresas estrangeiras pela prestação de serviços à empresa brasileira. Pretensão da Fazenda Nacional de tributar, na fonte, a remessa de rendimentos. Conceito de “lucro da empresa estrangeira” no art. VII das duas convenções. Equivalência a “lucro operacional”. Prevalência das convenções sobre o art. 7º da Lei n. 9.779/1999. Princípio da especialidade. Art. 98 do CTN. Correta interpretação.

1. A autora, ora recorrida, contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, segundo o qual “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”, deixou de recolher o imposto de renda na fonte.

2. Em razão do não recolhimento, foi autuada pela Receita Federal à consideração de que a renda enviada ao exterior como contraprestação por serviços prestados não se enquadra no conceito de “lucro da empresa estrangeira”, previsto no art. VII das duas Convenções, pois o lucro perfectibiliza-se, apenas, ao fim do exercício financeiro, após as adições e deduções determinadas pela legislação de regência. Assim, concluiu que a renda deveria ser tributada no Brasil – o que impunha à tomadora dos serviços a sua retenção na fonte –, já que se trataria de rendimento não expressamente mencionado nas duas Convenções, nos termos do art. XXI, *verbis*: “Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado”.

3. Segundo os arts. VII e XXI das Convenções contra a Bitributação celebrados entre Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, os rendimentos não expressamente mencionados na Convenção serão tributáveis no Estado de onde se originam. Já os expressamente mencionados, dentre eles o “lucro da empresa estrangeira”, serão tributáveis no Estado de destino, onde domiciliado aquele que recebe a renda.

4. O termo “lucro da empresa estrangeira”, contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao “lucro real”, do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está – e estará sempre – sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do

lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada – e portanto, definitiva – do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

6. Portanto, “lucro da empresa estrangeira” deve ser interpretado não como “lucro real”, mas como “lucro operacional”, previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 como “o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica”, aí incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela *regra da especialidade*, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional.

8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.

9. A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma “revogação funcional”, na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes.

10. No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei n. 9.779/1999, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abarcadas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma

interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.

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 “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando o Sr. Ministro Castro Meira, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Humberto Martins (voto-vista), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 1º.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O TRF da 4ª Região deu provimento ao recurso de apelação da autora, ora recorrida, nos termos da seguinte ementa:

Tributário. Imposto de renda. Convenções internacionais entre Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha. Serviços prestados por empresa estrangeira sem transferência de tecnologia. Remuneração. Remessa ao exterior. Natureza jurídica. Enquadramento. Ato declaratório Cosit. Aplicação.

1. Não há supremacia hierárquica dos acordos internacionais relativamente à lei ordinária, tampouco conflito entre as convenções, firmadas pelo Brasil e regularmente incorporadas ao direito interno, e a legislação do imposto de renda. Na esteira da jurisprudência do STF, os tratados internacionais situam-se no mesmo plano normativo das leis ordinárias, não ocorrendo primazia hierárquica sobre a legislação interna. Com efeito, não revogam nem modificam a lei ordinária anterior ou posterior, coexistindo harmonicamente. Eventual conflito se resolve pelo critério da especialidade, ou seja, diante da situação especial indicada pelo tratado, não se aplica a lei interna, afastando-se a norma geral, ou a lei interna é aplicável, porém com a limitação prevista no tratado.

2. A legislação do imposto de renda aplicada pela União não contém preceito dispondo de forma diversa do estabelecido nos acordos internacionais *sub judice*, para aplicação exatamente na situação por ele regulada.

3. Os acordos internacionais, para evitar a dupla tributação, atribuem o poder de tributar a renda ao Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos (critério da fonte produtora) ou em cujo território foi obtida a disponibilidade econômica ou jurídica (critério da fonte pagadora), conforme a natureza do rendimento considerado. A classificação deste deve ser feita segundo a lei interna do Estado que aplica o tratado. Solução diversa implicaria verdadeira introdução de legislação alienígena no ordenamento jurídico pátrio.

4. De acordo com os acordos internacionais firmados pelo Brasil, os rendimentos que não tenham sido expressamente tratados no seu texto serão tributáveis pelo Estado do residente de onde se originam. Ou seja, se os valores remetidos pela autora às empresas estrangeiras não se enquadrarem em alguma categoria específica referida pela Convenção, serão tributáveis no Brasil. Já quanto aos rendimentos que são expressamente mencionados nas convenções, em tese somente na categoria “lucro” poder-se-ia enquadrar o valor pago pela empresa brasileira às estrangeiras, em virtude da prestação de serviços no exterior.

5. Os rendimentos obtidos pela empresa estrangeira com a prestação de serviços à contratante brasileira, examinados à luz da lei brasileira, integram o lucro daquela, respeitada, para tal conclusão, a sistemática específica de apuração do lucro tributável, com sua previsão de adições e exclusões, que não desnatuza como rendimento (porque receita operacional) componente do lucro aquele valor recebido em pagamento.

6. A remessa de rendimentos para o exterior, para pagamento de serviços prestados por empresa estrangeira, constitui despesa para a empresa remetente, e não rendimento.

7. É equivocada a tentativa do Ato Declaratório Cosit n. 1, de 5.1.2000, de enquadrar como “rendimentos não expressamente mencionados” os pagamentos ora discutidos, quando estes claramente constituem rendimento integrante do lucro da empresa que os auferi, situada no exterior.

Por meio de recurso especial fundado exclusivamente na alínea **a** do inciso III do art. 105 da CF/1988, a Fazenda Nacional aponta violação dos arts. 7º da Lei n. 9.779/1999; 685, II, do Decreto n. 3.000/1999; VII e XXI da Convenção anexa ao Decreto n. 92.138/1986 e VII e XXI da Convenção anexa ao Decreto n. 76.988/1976; 43 do CTN; bem como dos arts. 6º, 11, 12 e 13, do Decreto-Lei n. 1.598/1977.

Argumenta que, “se a remessa examinada estiver incluída no artigo VII da Convenção Brasil-Canadá e da Convenção Brasil-Alemanha, não poderá

haver tributação no Brasil em função do que rezam tais dispositivos. Por outro lado, se a remessa for ajustada ao artigo XXI haverá a tributação, pois, conforme seu texto ‘os rendimentos de um residente de um Estado contratante não expressamente mencionados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis em ambos os Estados Contratantes’”. (e-STJ fl. 519).

Assevera que “o art. 7º da Lei n. 9.779/1999 estabelece a tributação dos rendimentos decorrentes da prestação de serviço, quando esses valores sejam pagos a pessoas residentes ou domiciliadas no exterior. Em razão desse dispositivo, incide o imposto de renda na fonte, à razão de 25% dos valores pagos, creditados, entregados, empregados ou remetidos ao exterior”. (e-STJ fl. 522).

Afirma, ainda, que, “se lei posterior revoga a lei anterior incompatível, com mais razão a lei de 1999 não se submete a decretos de 1976 ou de 1986 – mormente quando ambos os decretos são anteriores ao texto constitucional em vigor, ao contrário da norma tributante de 1999”. (e-STJ fl. 523).

Sob outra linha de argumentação, sustenta que “o montante repassado a título de prestação de serviços não pode ser qualificado como ‘lucro das empresas’ (art. VII das Convenções)”, pois, segundo entende, “não há lucro, apenas envio. Se a Alemanha ou o Canadá vão tributar o lucro, assim como o Brasil o fará, não será a circunstância de existir o ingresso de receita nos cofres da empresa estrangeira, receita potencialmente geradora de lucro, que tal valor poderá ficar a salvo da tributação nacional”. (e-STJ fls. 523-524).

Assere que “não há como enquadrar os valores como ‘lucros das empresas’ (art. VII das Convenções), em atenção aos próprios arts. 6º, 11, 12 e 13 do Decreto-Lei n. 1.598/1977”, já que a existência de lucro somente será apurada ao final do exercício, após várias adições e subtrações autorizadas legalmente. (e-STJ fl. 524).

Contrarrazões ofertadas. (e-STJ fls. 529-558).

Admitido na origem o apelo (e-STJ fl. 560-562), subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A Companhia Petroquímica do Sul - Copesul ajuizou ação sob o rito ordinário em face da União, objetivando

declaração judicial de que inexistente relação jurídico-tributária que a obrigue a realizar a retenção na fonte de imposto de renda sobre remessas efetuadas em razão de pagamentos por serviços prestados por empresas estrangeiras que não tem estabelecimento permanente no Brasil.

Argumentou que o Brasil mantém acordo para evitar a dupla tributação com a Alemanha e o Canadá, aprovados por meio dos Decretos Legislativos n. 92/1975 e n. 28/1985 e internalizados em nosso ordenamento jurídico pelos Decretos n. 76.988/1976 e n. 92.318/1986, que devem prevalecer sobre a regra do art. 7º da Lei n. 9.779/1999, por força da previsão contida no art. 98 do CTN, para o qual “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Defendeu que apenas as empresas estrangeiras com estabelecimento permanente no Brasil podem ser tributadas cumulativamente pelos países signatários da Convenção, cabendo a tributação, em caso contrário, tão somente ao Estado de domicílio do prestador dos serviços.

Para a União, os rendimentos decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia classificam-se como “rendimentos não expressamente mencionados” nas convenções internacionais, sujeitando-se, por isso, à tributação de acordo com o art. 7º da Lei n. 9.779/1999 e 685, II, a, do Decreto n. 3.000/1999.

Asseriu que os tratados contra dupla tributação assinados pelo Brasil não se baseiam no critério do domicílio da pessoa que auferir a renda, mas no critério da fonte, que atribui o poder de tributar ao Estado em cujo território tenham sido produzidos os rendimentos (teoria da fonte produtora), ou em cujo território tenha ocorrido sua disponibilidade econômica ou jurídica (teoria da fonte pagadora).

A sentença julgou improcedente o pedido, tendo sido o autor condenado ao pagamento de honorários advocatícios à base de 10% sobre o valor da causa, este fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria de votos, vencido o Relator Des. Federal Joel Pacionirk, deu provimento ao recurso de apelação da autora, nos termos do voto da Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, *verbis*:

Bem posta a questão pelo eminente Relator, sabemos que as partes divergem quanto à qualificação dos valores remetidos ao exterior.

Estamos tratando das Convenções Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha. O art. XXI, de idêntico teor em ambas as Convenções, cuja aplicação é defendida pela União para fins de enquadramento dos citados valores, assim dispõe:

Rendimentos não expressamente mencionados

Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado.

Os rendimentos que não tenham sido expressamente tratados na Convenção serão tributáveis pelo Estado do residente de onde se originam. Ou seja, se os valores remetidos pela autora às empresas estrangeiras não se enquadrarem em alguma categoria específica referida pela Convenção, serão tributáveis no Brasil.

Já quanto aos rendimentos que são expressamente mencionados na Convenção (lembramos que ambas têm textos iguais), em tese somente na categoria “lucro” poder-se-ia enquadrar o valor pago pela empresa brasileira às estrangeiras (posição, aliás, adotada pela autora). Com efeito, se considerado lucro das empresas estrangeiras, o valor remetido pela apelante somente será tributável pelo imposto de renda no Estado em que domiciliadas aquelas, neste ponto produzindo efeito o convencionado entre os dois Estados para fins de evitar a dupla tributação.

É, portanto, pela aplicação do direito interno que devemos analisar a natureza daqueles valores remetidos. E, ao fazê-lo, discordamos do que afirma a ré, e do que consta no Ato Declaratório Cosit n. 1/2000. Vejamos.

A União, amparada no referido Ato, opõe-se a qualificar o valor remetido como lucro da empresa estrangeira, sustentando que “o que é pago pela prestação de um serviço não pode ser tido como lucro, porquanto se constitui em parcela da receita percebida que poderá compor o lucro, após as operações de adições ou exclusões determinadas pela legislação pátria.”

Não se pretende aqui identificar com “lucro” o próprio valor auferido pela prestação de serviços. Está certo que não é lucro, mas que é parcela componente deste. Logo, a distinção proposta pela União não pode subsistir, como fica evidente pelo que consta no item n. 16 de sua contestação (fl. 222). Ali se lê:

16. Efetivamente, a base do imposto de renda é fundamentada no lucro líquido do exercício. *O resultado deverá levar em consideração as receitas e os rendimentos ganhos no período*, independentemente de sua realização em moeda, e os custos, despesas, encargos e perdas, pagos ou incorridos, correspondentes a essas receitas e rendimentos (§ 1º do art. 187 da Lei n. 6.404, de 1976). Dessa forma, o que é pago pela prestação de um serviço não pode ser tido como lucro, porquanto se constitui em parcela da receita

recebida que poderá compor o lucro, após as operações de adições ou exclusões determinadas pela legislação Pátria. (grifei).

A pretensão é, portanto, de afirmar que o valor recebido em pagamento de prestação de serviços (rendimento operacional), conquanto integre o lucro do exercício, não comporia o lucro real, porque este também contempla adições e exclusões legalmente determinadas.

Não há razoabilidade no argumento. Especificamente no caso da classificação dessa receita nas disposições das Convenções em pauta, a mera existência de um sistema de apuração de lucro real (tributável pelo IRPJ) envolvendo as já referidas exclusões e adições transmutaria a natureza do pagamento recebido em outra, que não a de componente do lucro, com o efeito de remetê-la ao art. 22 daquele texto. Não há como concordar com esse raciocínio. São rendimentos expressamente mencionados (no art. 7º) aqueles que compõem o lucro. E, repare-se, as Convenções referem-se a lucro - a abranger toda receita ou rendimento que o integra conceitualmente -, e não a lucro real ou similar. A vingar a tese da União, o art. VII não passará de letra morta, pois nenhum rendimento se enquadrará no conceito de lucro ali referido, na medida em que os ajustes (adições, exclusões ou compensações legais) só se farão ao final do exercício.

Em outras ocasiões, tratando de matéria diversa, já referi que inexistente um conceito constitucional ou ontológico de lucro para fins de tributação, invocando raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro Nelson Jobim, em voto vencedor proferido no RE n. 201.465-MG.

Considerando a competência atribuída pela Constituição à União no art. 153, III, o Ministro observa que a renda, em sua acepção constitucional, aparece sem qualquer adjetivação, vindo depois a ser definida pelo Código Tributário Nacional (art. 43) como "o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos".

(...)

A receita operacional, de que é parte o valor recebido em pagamento da prestação de serviços, integra o lucro. Diante disso, não há como dizer que não deva ser considerada no art. 7º das Convenções.

O reconhecimento de que o cálculo do lucro abrange deduções, no § 3º do art. 7º das Convenções, não conduz por modo algum à conclusão de que a verba em discussão não integra o lucro a ser apurado. Veja-se claramente: não se trata de verba a ser excluída, mas de receita operacional, decorrente da atividade produtiva exercida pela empresa. Não pode ser afastada do montante que se considerará para fins de lucro.

A razão de reservar-se a tributação do rendimento para o Estado em cujo território foram produzidos é que nele serão processados os ajustes tendentes à apuração do lucro efetivamente tributável. E caso fosse admitida a retenção

antecipada do tributo na fonte pagadora - sediada em Estado diverso -, restaria inviabilizada eventual restituição que se fizer necessária.

Resta evidente, portanto, que a receita obtida com a prestação de serviços integra o lucro da empresa. Logo, se sobre o lucro líquido calcula-se o lucro real, este a base do IRPJ, as parcelas que compõem o primeiro integram este.

O Decreto-Lei n. 1.598/1977 apresenta algumas definições esclarecedoras, que encontraremos repetidas no corpo do Decreto n. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda):

Art. 6º. Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

§ 1º. O lucro líquido do exercício é a soma algébrica de lucro operacional (art. 11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

§ 2º. Na determinação do lucro real serão adicionados ao lucro líquido do exercício:

a) os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

b) os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, devam ser computados na determinação do lucro real.

§ 3º. Na determinação do lucro real poderão ser excluídos do lucro líquido do exercício:

a) os valores cuja dedução seja autorizada pela legislação tributária e que não tenham sido computados na apuração do lucro líquido do exercício;

b) os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam computados no lucro real;

c) os prejuízos de exercícios anteriores, observado o disposto no artigo 64.

Importante componente do lucro líquido, o lucro operacional é assim definido:

Art. 11. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

§ 1º. A escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais.

§ 2º. Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica.

Veja-se, ainda:

Art. 12. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º. A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

E também o art. 13:

Art. 13. O custo de aquisição de mercadorias destinadas à revenda compreenderá os de transporte e seguro até o estabelecimento do contribuinte e os tributos devidos na aquisição ou importação.

§ 1º. O custo de produção dos bens ou serviços vendidos compreenderá, obrigatoriamente:

- a) o custo de aquisição de matérias-primas e quaisquer outros bens ou serviços aplicados ou consumidos na produção, observado o disposto neste artigo;
- b) o custo do pessoal aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção;
- c) os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação dos bens aplicados na produção;
- d) os encargos de amortização diretamente relacionados com a produção;
- e) os encargos de exaustão dos recursos naturais utilizados na produção.

Não encontro qualquer lógica em defender-se que apenas porque o rendimento auferido pela prestação de serviços, mesmo integrando o lucro líquido, pode não manter-se positivo no cálculo de apuração do lucro real, deva ser desqualificado como parcela integrante do lucro.

Se vimos que o lucro líquido é “a soma algébrica de lucro operacional, dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária e das participações”, e que o lucro operacional é definido como “o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica”,

o fato de o lucro real ser o resultado da incidência de “adições, exclusões ou compensações” legalmente previstas sobre o montante do lucro líquido não significa que qualquer das parcelas que compõem aquele possam ser desconsideradas. E dentre estas encontra-se a receita operacional, em que se insere o rendimento obtido com a prestação de serviços.

Em última análise, a remessa de rendimentos para o exterior, para pagamento de serviços prestados por empresa estrangeira, constitui despesa para a empresa remetente, e não rendimento.

Diz ainda União em sua contestação:

Muito embora o texto do Modelo, bem como a interpretação dada aos seus artigos, não seja vinculante, nem sequer eficaz perante membros da OCDE, como já visto, vale a utilização dos critérios interpretativos utilizados pelo Organismo Internacional com o fito de demonstrar a total inadequação do enquadramento que a impetrante quer atribuir ao pagamento efetivado a título de prestação de serviço técnico. Isto porque o Modelo não explicita o conteúdo da expressão “lucros”, constante no artigo 7. Em consequência, a conceituação da expressão é remetida ao ordenamento interno.

Em nenhum momento discordamos de que o conceito de lucro a ser aplicado é o que se obtém da legislação interna. Como acima demonstramos, os rendimentos obtidos pela empresa estrangeira com a prestação de serviços à contratante brasileira, examinados à luz da lei brasileira, integram o lucro daquela, respeitada, para tal conclusão, a sistemática específica de apuração do lucro tributável, com sua previsão de adições e exclusões, que não desnatura como rendimento (porque receita operacional) componente do lucro aquele valor recebido em pagamento.

Tais considerações feitas pela própria União, a nosso ver, são desconsideradas pelo Ato Declaratório Cosit n. 1, de 5.1.2000, quando este busca enquadrar como “rendimentos não expressamente mencionados” os valores referentes a pagamento de serviços técnicos sem transferência de tecnologia.

Os rendimentos em questão são, sim, mencionados, pois constituem lucro, portanto subsumindo-se ao art. 7º do pacto internacional.

Não se pode acolher a afirmação simplista de que “os modelos adotados pelos organismos internacionais para evitar, eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional não passam de uma representação sem qualquer conteúdo vinculativo”, pois o que tal argumento pretende afastar, ainda que expressamente não o afirme, é a própria utilidade das Convenções Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha, aqui discutidas. Trata-se de pactos firmados pelo Brasil e que integram a ordem interna, não podendo ser considerados desprovidos de conteúdo vinculativo. É a estes que estamos aplicando, e não quaisquer outros princípios propostos por

organismos internacionais, que não hajam constado em pactos firmados pelo Brasil e integrados à ordem interna na forma prevista na ordem jurídica pátria.

Portanto, o que temos é norma interna vigente e válida, que dispõe sobre a tributação em casos como o nestes autos discutido.

Nesse contexto, equivocada a tentativa do já referido Ato Declaratório Cosit de enquadrar como “rendimentos não expressamente mencionados” os pagamentos ora discutidos, quando estes claramente constituem rendimento integrante do lucro da empresa que os auferi, situada no exterior.

Invoco o magistério de Alberto Xavier (Direito Tributário Internacional do Brasil, 6ª edição, 2004, Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 770 e seguintes), segundo o qual “os tratados contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil (segundo neste ponto o Modelo OCDE) conceituam expressamente como ‘royalties’ as remunerações de qualquer natureza pagas ‘por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico’. O autor não esquece de lembrar que tal conceito, em suas aparições na doutrina e na legislação, é caracterizado por larga ambigüidade, mas esclarece que “o ponto fulcral é a distinção, para efeitos dos tratados, entre, por um lado, os rendimentos derivados de prestação de informações resultantes de experiência acumulada - inegavelmente sujeitos a uma retenção definitiva na fonte, ao abrigo do art. 12 das convenções celebradas pelo Brasil (e correspondente ao art. 12 do Modelo OCDE) - e, por outro lado, os rendimentos de prestação de serviços, livres de imposto no Brasil, nos termos do art. 7º das mesmas convenções”.

Embora não haja, neste feito, divergência quanto a não envolverem transferência de tecnologia os contratos firmados pela autora com empresas estrangeiras, prossigo na diferenciação, esclarecendo que o faço para que se compreenda o quanto é incorreto o enquadramento proposto pelo Ato Declaratório Cosit.

“O contrato de ‘know-how’ tem por objeto a transmissão de informações tecnológicas preexistentes e não reveladas ao público, em si mesmas consideradas, na forma da cessão temporária ou definitiva de direitos, para que o adquirente as utilize por conta própria, sem que o transmitente intervenha na aplicação da tecnologia cedida ou garanta o seu resultado.

Ao invés, o contrato de prestação de serviços tem por objeto a execução de serviços que pressupõem, por parte do prestador, uma tecnologia, a qual porém não se destina a ser transmitida, mas meramente aplicada ao caso concreto mediante idéias, concepções e conselhos baseados no estudo pormenorizado de um projeto.

No contrato de ‘know-how’, transfere-se tecnologia; no contrato de prestação de serviços, aplica-se tecnologia.”

E prossigue o doutrinador:

“Para efeitos tributários, a remuneração do ‘know-how’ é um rendimento de capital, uma vez que retribui um capital tecnológico, previamente acumulado, que é posto à disposição do beneficiário, enquanto a remuneração da prestação de serviços não pessoais é preço pela ‘venda’ do serviço em si mesmo considerado e não retribuição de um ‘fator de produção’, de uma ‘tecnologia’, cuja transmissão não é em si objeto do contrato.”

O fato de ser, a remuneração dos contratos de prestação de serviços, calculada em função do número de horas despendidas, colabora para distingui-la daquela paga como contraprestação nos contrato de *know-how*, esta usualmente sob forma de porcentagem do faturamento, da produção ou do lucro. “Significa isto que a OCDE qualifica a remuneração dos contratos de prestação de serviços em geral, não como ‘royalties’, mas como lucro da empresa, regulado pelo art. 7º. E fá-lo com a conseqüência de recusar o poder de tributar do Estado da fonte, salvo nas hipóteses em que o prestador de serviços nele disponha de instalação fixa ou estabelecimento permanente” (grifei).

O que se está a sustentar aqui, pois, não é a prevalência de quaisquer interpretações constantes no Modelo da OCDE, mas a adequada qualificação dos rendimentos auferidos pelo prestador de serviços como lucro, com base na natureza do pagamento que lhe é efetuado. Ao concluir diversamente, optando por enquadrá-los como “rendimentos não expressamente mencionados”, a autoridade administrativa fiscal não procedeu a uma correta aplicação da lei interna, pois, como acima vimos, não há como inseri-los em qualquer outra rubrica que não a de lucro operacional, integrante do lucro líquido, do qual resulta, a final, o lucro real tributável pelo imposto de renda.

Por tais razões, peço vênica para divergir do posicionamento adotado pelo eminente Relator, acolhendo o pleito formulado pela apelante, com inversão do ônus da sucumbência.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação. (e-STJ fls. 444-452).

Decidiu com acerto o acórdão recorrido.

Duas são as teses trazidas com o recurso especial:

(a) na primeira, controverte-se a qualificação jurídica dos rendimentos pagos pela recorrida, sediada no Brasil, à empresa estrangeira prestadora de serviços. Se os rendimentos forem catalogados como “lucro” (artigo VII das Convenções), não haverá tributação no Brasil. Caso contrário, tratando-se de “rendimentos não expressamente mencionados” (artigo XXI), serão tributados no país.

(b) na segunda, discute-se a possível prevalência do art. 7º da Lei n. 9.779/1999 sobre o artigo VII das Convenções, sob o argumento de que não há hierarquia entre as normas, com prevalência da que for editada por último, segundo o critério da *lex posterior derogat priori*.

Examino, na sequência, os dois questionamentos.

(A) Natureza dos rendimentos pagos por empresa brasileira a outra sediada no estrangeiro pela prestação de serviços executados no exterior.

A economia globalizada notabiliza-se pela reorganização geopolítica do mundo em blocos comerciais, e não mais ideológicos, pela ampliação constante e significativa do comércio internacional e, também, pela proliferação de empresas multinacionais que produzem mercadorias em vários países, simultaneamente, para baratear o custo do processo produtivo.

Um sapato tênis, por exemplo, pode ser projetado nos Estados Unidos, produzido na China, com matéria-prima do Brasil, e comercializado em diversos países do mundo.

Em outras palavras, a globalização atenua o conceito – antes rígido – de território, aproximando pessoas, coisas e idéias no tempo e no espaço.

Em metáfora muito apropriada, OCTÁVIO IANNI imaginou o planeta como uma grande fábrica global:

(...) que se instala além de toda e qualquer fronteira, articulando capital, tecnologia, força de trabalho, divisão do trabalho social e outras forças produtivas. Acompanhada pela publicidade, a mídia impressa e eletrônica, a indústria cultural, misturadas em jornais, revistas, livros, programas de rádio, emissões de televisão, videoclipes, fax, redes de computadores e outros meios de comunicação, informação e fabulação, dissolve fronteiras, agiliza os mercados, generaliza o consumismo. Provoca a desterritorialização e reterritorialização das coisas, gentes e idéias. Promove o redimensionamento de espaços e tempos". (*Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Editora Civilização, 2002, p. 19).

A professora BETINA GRUPENMACHER assim examinou a quebra do paradigma da territorialidade:

Diante da proliferação dos tratados e convenções internacionais no mundo, o princípio da territorialidade passou a ser insuficiente como critério para solucionar conflitos quanto à aplicação da lei tributária, no que se refere às questões internacionais, fazendo-se necessário o acatamento da extraterritorialidade.

A transnacionalização das relações internacionais está a exigir uma atualização do princípio da territorialidade. Integramos, hoje, um universo em que as relações internacionais tornam as fronteiras estatais permeáveis.

Dentro de uma perspectiva de extraterritorialidade da competência dos Estados, passam estes a considerar produzido dentro dele ato ou fato praticado total ou parcialmente no exterior, submetendo-os ao exercício de sua competência. (*Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 139).

A “desterritorialização” das relações comerciais induz a baixa de preços forçada pela concorrência – que agora não é somente interna, mas internacional – e pelo aumento crescente da oferta. Por outro lado, gera um problema complexo no campo do Direito Tributário, por força da dupla (ou plúrima) tributação internacional.

O fenômeno da dupla tributação internacional ou pluritributação ocorre quando dois ou mais Estados soberanos submetem uma mesma pessoa (física ou jurídica), em um mesmo período de tempo, ao pagamento de impostos incidentes sobre a mesma materialidade.

ALBERTO XAVIER identifica no conceito quatro identidades: subjetiva – identidade dos sujeitos; objetiva – identidade do objeto tributado; temporal – do período tributável; e material – do tributo em si. (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004).

Os Estados soberanos podem tributar não apenas os rendimentos localizados em seu território, mas também têm competência para atingir bens, direitos e rendas localizados no exterior, mas que se conectam, de algum modo, com um elemento associado ao seu território.

Embora legitimada pela soberania, a dupla tributação é perniciosa e indesejável, já que dificulta a expansão do comércio internacional, pois a ninguém agrada ser tributado duas vezes pelo mesmo fato gerador.

O professor HELENO TORRES acentua o caráter *nocivo* da bitributação internacional, embora reconheça sua legitimidade, *verbis*:

(...) mesmo não sendo a pluritributação internacional vedada explicitamente no sistema internacional, vigora o princípio segundo o qual se deve evitar ou eliminar os seus efeitos jurídicos e as suas repercussões econômicas sobre os operadores que atuam transnacionalmente, dado o seu grau de nocividade. (Pluritributação Internacional sobre a Renda de Empresas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 235).

Essa “patologia tributária”, justamente por ser indesejada, tem merecido a atenção constante da comunidade internacional, que fundamenta a necessidade de eliminá-la no postulado da justiça que deve reger o sistema tributário e a repartição da riqueza internacional.

Para FRANCISCO DORNELLES, que durante muitos anos dirigiu o Centro de Estudos Tributários Internacionais (Ceti) do Ministério da Fazenda, os inconvenientes da dupla tributação internacional são a dificuldade do fluxo de investimentos, o encarecimento do custo do dinheiro e da tecnologia, a geração de insegurança no contribuinte e a inibição da utilização do sistema tributário como instrumento de política fiscal. (*A Dupla Tributação Internacional da Renda*, Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1979, p. 8).

A dupla tributação internacional é combatida, ou ao menos minimizada, por meio de soluções bilaterais (convenções contra a bitributação) ou plurilaterais (criação de blocos econômicos, por exemplo).

Na existência de acordo contra a bitributação, os agentes internacionais transacionam considerando que não haverá a dupla incidência tributária sobre os rendimentos auferidos a partir do negócio jurídico entabulado. Ocorre que, na prática, quando os rendimentos são disponibilizados e devem ser submetidos à tributação, o Fisco quase sempre adota uma interpretação literal e restritiva das normas convencionais, o que culmina com a não aplicação do acordo.

É justamente o caso dos autos.

A Copesul contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, e supondo que os pagamentos efetuados às prestadoras estavam acobertados pela regra de não tributação no Brasil, deixou de recolher o imposto de renda na fonte.

Em razão do não recolhimento, foi autuada pela Receita Federal ao argumento de que as rendas enviadas ao exterior como contraprestação por serviços prestados não se enquadram no conceito de “lucro das empresas”, previsto no art. VII das duas Convenções, que assim disciplina:

Artigo VII

Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a

empresa exercer uma atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelo presente artigo.

Para a Receita, o rendimento pago não pode ser considerado “lucro da empresa estrangeira”, mas mera entrada, já que o lucro perfectibiliza-se, apenas, ao fim do exercício financeiro, após as adições e deduções determinadas pela legislação de regência.

Assim, conclui que a renda deveria ser tributada no Brasil – o que impunha à tomadora dos serviços brasileira a sua retenção na fonte –, já que se trataria de rendimento não expressamente mencionado nas Convenções, nos termos do art. XXI, *verbis*:

Artigo XXI

Rendimentos não expressamente mencionados

Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado.

Ao que se apura, discute-se o enquadramento jurídico das quantias enviadas ao exterior como: “lucro”, tal como defendido pela recorrida, ou “rendimentos não expressamente mencionados” nas duas Convenções, como sustenta a Fazenda Nacional.

Os rendimentos não expressamente mencionados serão tributáveis no Estado de onde se originam. Já os expressamente mencionados, dentre eles o “lucro da empresa estrangeira”, serão tributáveis no Estado de destino, onde domiciliado o adquirente.

A recorrente nega-se a qualificar o valor remetido como “lucro da empresa estrangeira”. Segundo entende, o que é pago pela prestação de um serviço não pode ser tido como lucro, porquanto se constitui em parcela da receita percebida que poderá compor o lucro, após as adições ou exclusões determinadas pela legislação pátria.

Em outras palavras, a Fazenda Nacional equipara “lucro da empresa estrangeira”, previsto no art. VII das duas Convenções, à “lucro *real* da empresa estrangeira”.

Assim, considera que a remuneração paga como contrapartida por serviços prestados não é lucro real da empresa, mas apenas um componente deste, que poderá negar-se em razão dos ajustes autorizados por lei no decorrer do exercício financeiro.

A tese é engenhosa, mas não convence.

A expressão “lucro da empresa estrangeira”, contida no art. VII das duas Convenções, não se limita ao “lucro real”. Do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está – e estará sempre – sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

É regra de hermenêutica que devem ser rechaçadas as interpretações que levem ao absurdo, como é o caso da interpretação aqui defendida pela Fazenda Nacional. Com efeito, ao equiparar “lucro das empresas estrangeiras” com “lucro *real* das empresas estrangeiras”, tornou absolutamente inaplicável a norma.

A tributação do rendimento somente no Estado de destino torna possível que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada – e portanto, definitiva – do tributo na fonte pagadora, como defende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

Portanto, “lucro da empresa estrangeira” deve ser interpretado em acepção mais ampla do que “lucro real”, sob pena de tornar sem valia o dispositivo e acolher a bitributação internacional como regra na Convenção, que objetiva, justamente, coibi-la.

Para tornar o dispositivo minimamente aplicável é preciso equiparar “lucro da empresa” a “lucro operacional”. Esse entendimento não desborda da legislação brasileira que consagra, expressamente, diversas modalidades de “lucro”.

Como bem posto no lapidar voto da Juíza Federal Vivian Caminha, o art. 6º do Decreto-Lei n. 1.598/1977, repetido pelo Regulamento do Imposto de Renda vigente à data dos fatos (Decreto n. 3.000/1999), trata não apenas do “lucro real”, mas também do “lucro líquido do exercício” e do “lucro operacional”, *verbis*:

Art. 6º. *Lucro real* é o *lucro líquido do exercício* ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

§ 1º. O *lucro líquido do exercício* é a soma algébrica de *lucro operacional* (art. 11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

§ 2º. Na determinação do lucro real serão adicionados ao lucro líquido do exercício:

a) os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

b) os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, devam ser computados na determinação do lucro real.

§ 3º. Na determinação do lucro real poderão ser excluídos do lucro líquido do exercício:

a) os valores cuja dedução seja autorizada pela legislação tributária e que não tenham sido computados na apuração do lucro líquido do exercício;

b) os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com a legislação tributária, não sejam computados no lucro real;

c) os prejuízos de exercícios anteriores, observado o disposto no artigo 64.

Importante componente do lucro líquido, o lucro operacional é assim definido:

Já o art. 11 conceitua lucro operacional como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica, *verbis*:

Art. 11. Será classificado como lucro operacional o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica.

§ 1º. A escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os demais resultados operacionais.

§ 2º. Será classificado como lucro bruto o resultado da atividade de venda de bens ou serviços que constitua objeto da pessoa jurídica.

O art. 12 deixa claro que o lucro operacional é calculado a partir da receita bruta decorrente da venda de bens e *prestação de serviços*, nesses termos:

Art. 12. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

§ 1º. A receita líquida de vendas e serviços será a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas.

Parece claro, portanto, que o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, ao referir-se ao “lucro das empresas estrangeiras”, tratou do “lucro operacional”, que decorre imediatamente da venda de produtos e prestação de serviços, e não do “lucro real”, somente aferido ao término de um determinado período de apuração.

Nesse contexto, agiu com acerto o aresto recorrido ao julgar não providas a apelação fazendária e a remessa oficial.

Desacolhido o primeiro argumento, passa-se ao exame do segundo fundamento do recurso especial, especificamente, o de que o art. VII das duas Convenções não prevalece sobre a regra do art. 7º da Lei n. 9.779/1999, norma posteriormente editada.

(B) Tratados internacionais tributários em conflito com normas internas: resolução da antinomia.

A Fazenda Nacional afirma que “o art. 7º da Lei n. 9.779/1999 estabelece a tributação dos rendimentos decorrentes da prestação de serviço, quando esses valores sejam pagos a pessoas residentes ou domiciliadas no exterior. Em razão desse dispositivo, incide o imposto de renda na fonte, à razão de 25% dos valores pagos, creditados, entregados, empregados ou remetidos ao exterior”. (e-STJ fl. 522).

Argumenta que, “se lei posterior revoga a lei anterior incompatível, com mais razão a Lei de 1999 não se submete a Decretos de 1976 ou de 1986 –

mormente quando ambos os decretos são anteriores ao texto constitucional em vigor, ao contrário da norma tributante de 1999”. (e-STJ fl. 523).

Discute-se, portanto, a possível prevalência do art. 7º da Lei n. 9.779/1999 sobre o artigo VII das Convenções, sob o argumento de que não há hierarquia entre as normas, com prevalência da que for editada por último, segundo o critério da *lex posterior derogat priori*.

Passa-se ao exame da alegação.

À exceção dos tratados sobre direitos humanos, que possuem *status* de norma constitucional, os demais tratados internacionais, inclusive os de natureza tributária, devem guardar relação de conformidade com a Constituição da República.

Dito de outra forma, no Direito brasileiro, os tratados internacionais são hierarquicamente inferiores à Constituição, de modo que os seus dispositivos sujeitam-se, no todo ou em parte, à declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 102, III, **b**, da CF/1988.

Até ai não há maiores questionamentos.

A controvérsia está em definir o escalão ocupado pelos tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico, se superiores ou equivalentes às leis ordinárias federais.

A CF/1988, no artigo 146, III, expressamente delega à lei complementar a competência para dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Em face deste mandamento constitucional, o CTN dispôs sobre a hierarquia entre normas internas e internacionais no artigo 98, segundo o qual “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Para HELENO TORRES, o dispositivo possui dupla função: a primeira de declarar a recepção das normas convencionais no sistema jurídico nacional; e a segunda de fixar o princípio da prevalência das normas internacionais, impedindo o legislador ordinário de criar leis incompatíveis com o disposto nos textos dos tratados internacionais tributários. (*Op. Cit.* p. 400).

O conceituado professor assinala que a “prevalência das normas internacionais” decorre não da hierarquia normativa entre a convenção e o direito interno, mas do princípio da especialidade. Afirma que a norma internacional veicula, apenas, um mecanismo para evitar o concurso de pretensões impositivas entre os Estados contratantes, mas não revoga ou derroga, no todo ou em parte,

a legislação interna que disponha em contrário. O que ocorre, explica, é tão somente uma “revogação funcional”, isto é, uma limitação de eficácia normativa que recai, exclusivamente, sobre pessoas, coisas ou situações, fáticas ou jurídicas, relacionadas aos dois Estados contratantes. Nos demais casos, ou seja, pessoas, coisas ou situações não atreladas aos dois Estados contratantes, vigora, em plenitude, a regra de tributação interna sem qualquer revogação ou derrogação.

Para manter fidelidade à doutrina de HELENO TORRES, reproduzo os seguintes fragmentos da obra já citada:

Como são independentes os ordenamentos, os empenhos internacionais assumidos pelos Estados possuem validade própria e prevalecem sobre o direito interno, mas tão-somente nos augustos limites das relações entre os signatários, pelo princípio da *prevalência de aplicabilidade das normas internacionais*. Em consequência, para os demais casos, não contemplados no âmbito objetivo do acordo, mantêm-se plenamente eficazes e inalteradas as disposições internas.

(...)

Como diz Tixier; GEST, uma convenção sobre a renda e o capital é um simples acordo entre dois sistemas fiscais, que não possui como objetivo a pretensão de substituir o Direito Tributário interno dos Estados contratantes, mas permitir um relacionamento harmonioso dos sistemas entre si, oferecendo um complemento comum aso mesmos ao atingir as finalidades às quais se destina.

Deste caráter de subsidiariedade, as convenções de Direito Internacional Tributário, pelo tipo de relação com o direito interno, passam a ter natureza de uma *lex specialis*, limitando-se a colocar em vigor um mecanismo para evitar o concurso de pretensões impositivas entre os Estados contratantes.

(...)

Neste sentido, as convenções não podem nem criar novas obrigações tributárias nem tampouco ampliar as já existentes, como não podem derrogar *in totum* qualquer disposição de direito interno, quer do sistema formal, que *a fortiori* das garantias aos contribuintes. Elas buscam tão-só oferecer uma pauta de critérios para resolver os concursos de pretensões impositivas instalados entre os signatários, uma vez que prevêem um tratamento mais favorável nas relações que envolvam residentes dos respectivos Estados contratantes, apenas. Para os demais (residentes e não-residentes de outros Estados), as normas internas continuam com seus conteúdos e alcance originários.

(...)

Mesmo nos parecendo desnecessário, é preciso dizer que não existe, neste procedimento supramencionado, uma revogação *stricto sensu* das normas que compõem o ordenamento interno em vigor; tal revogação opera-se apenas de modo funcional, para os fatos com elementos de estraneidade provocados por

sujeitos residentes dos países signatários da respectiva convenção. Temos, na verdade, uma limitação da eficácia normativa, uma vez que tais normas internas se tornam relativamente inaplicáveis, como diz Xavier, com relação a certas pessoas, coisas ou situações, fáticas ou jurídicas.

(...)

Ambas as normas serão igualmente válidas e aplicáveis, com a prevalência aplicativa para a norma internacional, na composição semântica da norma individual e concreta, quanto aos fatos previstos no texto convencional, mantendo-se a disciplina deste, até que, pelo procedimento próprio (denúncia), seja-lhe retirada a validade. (*Op. Cit.* p. 390-402).

Igualmente, BETINA GRUPENMACHER defende que a suposta antinomia existente entre a norma da convenção e o direito interno resolve-se pela *regra da especialidade*, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional. Segundo entende, sendo norma especial, o tratado internacional, anterior ou posterior à lei interna, sempre sobre ela prevalece.

Para melhor compreensão dos argumentos, cita-se o seguinte excerto de sua obra já referida:

21) Existindo conflito entre a norma contida em tratado e outra integrante do ordenamento jurídico interno, busca-se solução para o conflito através da aplicação de um dos critérios para solução de antinomias.

Diante do pressuposto de que as antinomias surgem a partir do conflito entre normas advindas de autoridades competentes, num mesmo âmbito normativo, e possível afirmar-se que, aprovados por decreto legislativo, os tratados se inserem no mesmo âmbito normativo que as normas internas. Nestas circunstâncias, se as disposições de tratados forem conflitantes com as das normas internas, estar-se-á diante de um conflito aparente de normas, o qual devera ser solucionado pela aplicação do critério hierárquico, pela aplicação do critério cronológico ou pela aplicação do critério da especialidade.

É possível afirmar-se a prevalência dos tratados, em matéria tributária, sobre dispositivo de lei interna após a sua aprovação por decreto legislativo, pela aplicação do critério da especialidade, pois os tratados são normas especiais, ao passo que lei interna tem a nota da generalidade.

A existência de um tratado internacional que disponha sobre matéria tributária, que já é objeto de lei interna, implica, por si só, o surgimento de uma antinomia aparente, pois se a lei interna determina a incidência tributária sobre certo ato ou fato e o tratado veda a tributação na mesma situação, estabelece-se o conflito, que, nesta situação, resolve-se pela aplicação do preceito do tratado, por força da incidência do critério da especialidade, ou seja, prevalece a norma especial sobre a geral.

A lei interna geral sucumbe diante do tratado, que é norma especial. Considera-se o tratado como lei especial, pois modifica o comando geral da lei interna.

A lei interna fixa regra tributária geral que se aplica a todos aqueles sujeitos à lei brasileira, ao passo que o tratado afasta a aplicação da norma interna de caráter geral na matéria em que dispuser em sentido diverso. A lei tributária interna continua, no entanto, intacta, quanta à incidência sobre fatos e atos não albergados pelo tratado.

Na hipótese de lei ordinária posterior que disponha contrariamente ao tratado surge um conflito entre os critérios cronológico e o da especialidade, ao que se denomina de “conflito de segundo grau”.

Diante do “conflito de segundo grau”, muitas vezes, a opção do interprete, por um ou outro critério, pode ser mais política do que jurídica, já que o ordenamento jurídico positivo não contém qualquer regra acerca da hierarquia de critérios para solução de antinomias.

Há de prevalecer, no entanto, a norma especial em função da aplicação do critério da especialidade, que nessa circunstância prevalece sobre o critério cronológico.

Sendo norma especial, o tratado internacional, anterior ou posterior à lei interna, sempre sobre ela prevalece. (*Op. Cit.* p. 142-143).

Assim, o art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio da especialidade, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.

O que ocorre é mera limitação da eficácia normativa: a norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Dito de outra forma, a “revogação funcional”, a que se refere TORRES, torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver pessoas, coisas ou situações não relacionadas aos Estados contratantes.

Portanto, a prevalência dos tratados internacionais tributários decorre não do fato de serem normas internacionais, e muito menos de qualquer relação hierárquica, mas de serem especiais em relação às normas internas.

No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei n. 9.779/1999, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois países signatários.

Às demais relações jurídicas não abarcadas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.

Sem razão, portanto, a Fazenda quando defende a prevalência, no caso, do art. 7º da Lei n. 9.779/1999 sobre o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fls. 454-455-e):

Tributário. Imposto de renda. Convenções internacionais entre Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha. Serviços prestados por empresa estrangeira sem transferência de tecnologia. Remuneração. Remessa ao exterior. Natureza jurídica. Enquadramento. Ato declaratório Cosit. Aplicação.

1. Não há supremacia hierárquica dos acordos internacionais relativamente à lei ordinária, tampouco conflito entre as convenções, firmadas pelo Brasil e regularmente incorporadas ao direito interno, e a legislação do imposto de renda. Na esteira da jurisprudência do STF, os tratados internacionais situam-se no mesmo plano normativo das leis ordinárias, não ocorrendo primazia hierárquica sobre a legislação interna. Com efeito, não revogam nem modificam a lei ordinária anterior ou posterior, coexistindo harmonicamente. Eventual conflito se resolve pelo critério da especialidade, ou seja, diante da situação especial indicada pelo tratado, não se aplica a lei interna, afastando-se a norma geral, ou a lei interna é aplicável, porém com a limitação prevista no tratado.

2. A legislação do imposto de renda aplicada pela União não contém preceito dispondo de forma diversa do estabelecido nos acordos internacionais *sub judice*, para aplicação exatamente na situação por ele regulada.

3. Os acordos internacionais, para evitar a dupla tributação, atribuem o poder de tributar a renda ao Estado em cujo território os rendimentos foram produzidos (critério da fonte produtora) ou em cujo território foi obtida a disponibilidade econômica ou jurídica (critério da fonte pagadora), conforme a natureza do rendimento considerado. A classificação deste deve ser feita segundo a lei interna do Estado que aplica o tratado. Solução diversa implicaria verdadeira introdução de legislação alienígena no ordenamento jurídico pátrio.

4. De acordo com os acordos internacionais firmados pelo Brasil, os rendimentos que não tenham sido expressamente tratados no seu texto serão tributáveis pelo Estado do residente de onde se originam. Ou seja, se os valores remetidos pela autora às empresas estrangeiras não se enquadrarem em alguma categoria específica referida pela Convenção, serão tributáveis no Brasil. Já quanto aos rendimentos que são expressamente mencionados nas convenções, em tese somente na categoria “lucro” poder-se-ia enquadrar o valor pago pela empresa brasileira às estrangeiras, em virtude da prestação de serviços no exterior.

5. Os rendimentos obtidos pela empresa estrangeira com a prestação de serviços à contratante brasileira, examinados à luz da lei brasileira, integram o lucro daquela, respeitada, para tal conclusão, a sistemática específica de apuração do lucro tributável, com sua previsão de adições e exclusões, que não desnatura como rendimento (porque receita operacional) componente do lucro aquele valor recebido em pagamento.

6. A remessa de rendimentos para o exterior, para pagamento de serviços prestados por empresa estrangeira, constitui despesa para a empresa remetente, e não rendimento.

7. É equivocada a tentativa do Ato Declaratório Cosit n. 1, de 5.1.2000, de enquadrar como “rendimentos não expressamente mencionados” os pagamentos ora discutidos, quando estes claramente constituem rendimento integrante do lucro da empresa que os aufere, situada no exterior.

Sustenta a recorrente que “o julgado acaba por violar os artigos 7º da Lei n. 9.779/1999, 685, II, do Decreto n. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda - RIR), VII e XXI da Convenção anexa ao Decreto n. 92.138/1986 e VII e XII da Convenção anexa ao Decreto n. 76.988/1976, 43 do CTN, bem como artigos 6º, 11, 12 e 13 do Decreto-Lei n. 1.598/1977” (e-STJ, fl. 518).

Defende ainda que “a douta 1ª Seção do TRF da 4ª Região, com a devida vênia, apega-se à interpretação das cláusulas e convenções firmadas pelo Brasil com Canadá e Alemanha, a acarretar a invalidade do Ato Declaratório Cosit n. 1/2000 (atos normativos secundários), deslocando para segundo plano a existência de nítida base legal para a tributação em tela (art. 7º da Lei n. 9.779/1999)” (e-STJ, fl. 522).

Conclui que, “tendo a lei determinado a tributação do pagamento feito a título de prestação de serviço a empresa domiciliada no exterior, à proporção de 25% do valor pago, legítima a incidência do IRRF” (e-STJ, fl. 523).

Pleiteia a recorrente, assim, o provimento do recurso especial.

A recorrida, instada a se manifestar, argui que:

(a) incide na espécie a Súmula n. 284-STF, porque as razões recursais limitam-se a trazer considerações genéricas, sem atacar especificamente os fundamentos do acórdão;

(b) há impossibilidade de conhecimento do recurso especial, porque o acórdão recorrido possui fundamento constitucional não atacado por recurso extraordinário, e que, por si só, é suficiente para a manutenção do *decisum* hostilizado, o que atrai a aplicabilidade da Súmula n. 283-STF;

(c) não houve prequestionamento dos arts. 7º da Lei n. 9.779/1999 e 685, II, do Decreto n. 3.000/1999;

(d) os rendimentos de prestação de serviços, *in casu*, efetivamente compõem o lucro operacional das empresas, por isso estariam subsumidos ao art. VII da Convenção Brasil-Canadá e Convenção Brasil-Alemanha.

O eminente Ministro relator negou provimento ao recurso especial.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

É, no essencial, o relatório.

Não ousou discordar do bem lançado voto proferido pelo eminente relator, que praticamente esgotou a análise da questão e reconheceu que aqui, de fato, a expressão *lucro da empresa estrangeira*, constante das Convenções Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha, não pode ser restringido ao que é considerado *lucro real*, como, de fato, o fez o Fisco Federal, tolhendo a plena aplicabilidade das normas convencionais que vedam a bitributação.

Comungo do entendimento de que, “é regra de hermenêutica que devem ser rechaçadas as interpretações que levem ao absurdo, como é o caso da interpretação aqui defendida pela Fazenda Nacional”.

Em verdade, como anota o eminente relator, “lucro de empresa estrangeira deve ser interpretado em acepção mais ampla do que ‘lucro real’, sob pena de tornar sem valia o dispositivo e acolher a bitributação internacional como regra na Convenção, que objetivava, justamente, coibi-la”.

De outra face, estou também de acordo com o eminente relator, quando rechaça a tese fazendária de que a aplicação da Lei n. 9.779/1999 sobrepõe-se aos decretos que encampam as referidas convenções, em face do postulado *lex posterior derogat priori*.

Com efeito, as normas dos referidos tratados internacionais devem prevalecer, não em razão da sua gênese ou hierarquia, mas, diferentemente, em razão da sua especialidade, para regular determinado fato, consistente no impedimento à bitributação entre o Brasil e os países signatários.

Com essas considerações, sem nada a acrescentar ao que foi exaustivamente analisado por Sua Excelência, acompanhando o eminente relator, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.203.236-RJ (2010/0130119-5)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Souza Cruz Trading S/A
Advogado: Sergio Bermudes e outro(s)
Advogados: Janaína Castro de Carvalho Kalume
Séleo de Andrade Barbosa Paiva e outro(s)
Eduardo Antonio Lucho Ferrão
Recorrido: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. IPI. Fato gerador. Momento temporal. Furto/roubo. Tradição. Condição resolutória. Capacidade contributiva subjetiva. Exação indevida.

1. A empresa ajuizou Ação Ordinária com o intuito de anular lançamentos de IPI sobre mercadorias (cigarros) destinadas à

exportação que foram furtadas. O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, tendo sido mantida a sentença pelo Tribunal Regional Federal.

2. 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.

3. Em relação ao mérito, esta Turma se posicionara inicialmente no sentido de que “o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98”. (REsp n. 734.403-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.10.2010). Nessa oportunidade, fiquei vencido ao lado do Eminentíssimo Ministro Castro Meira, cujas considerações ali feitas motivaram aqui maior reflexão sobre a justiça de onerar o contribuinte com tributação que não corresponde ao proveito decorrente da operação. Tais observações prevalecem nos seguintes termos:

4. O fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

5. Não se pode confundir o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados.

6. A antecipação do elemento temporal criada por ficção legal não torna definitiva a ocorrência do fato gerador, que é presumida e pode ser contraposta em caso de furto, roubo, perecimento da coisa ou desistência do comprador.

7. A obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo definitiva nos termos dos arts. 116, II, e 117 do CTN. Não há razão para tratar, de forma diferenciada, a desistência do comprador e

o furto ou o roubo da mercadoria, dado que em todos eles a realização do negócio jurídico base foi frustrada.

8. O furto ou o roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõem o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da *não cumulatividade*. Do contrário, além da perda da mercadoria – e do preço ajustado para a operação mercantil –, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal.

9. Desarrazoado entender que a parte que tem a mercadoria roubada deva suportar prejuízo decorrente de *deficit* da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado, e recolher o tributo como se obtivesse proveito econômico com a operação. Quando há proveito econômico, não se recolhe tributo. Quando não há, o pagamento é indevido? Tratar-se-ia de afirmação kafkiana.

10. O furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a grandeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, já não se avista o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao *princípio do não confisco*.

11. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha e a retificação de voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.” Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha (voto-vista), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 30.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: A empresa ajuizou Ação Ordinária com o intuito de anular lançamentos de IPI sobre mercadorias (cigarros) destinadas à exportação que foram furtadas. O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, tendo sido mantida a sentença pelo Tribunal Regional Federal nos termos de acórdão assim ementado:

Apelação cível. Tributário. Constitucional. Imunidade. IPI. Mercadoria destinada à exportação.

I. A CF/1988 dispõe que faz jus à imunidade de IPI o produto destinado à exportação (art. 153, § 3º, inciso III).

II. Ocorre o fato gerador do IPI com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial e para que incida a imunidade prevista constitucionalmente, o mínimo que se exige e que seja efetivamente exportada.

III. Não demonstrada a saída da mercadoria do território nacional não se configura hipótese constitucional para a imunidade que dispensaria o recolhimento devido.

IV. Ademais, a Lei n. 9.532, de 10.12.1997, prevê o pagamento da exação em tela nos casos de extravio ou roubo, incidindo a responsabilidade do pagamento sobre o exportador.

V. Apelação improvida.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (e-STJ, fl. 433-437).

Nas razões do Recurso Especial, a recorrente suscita divergência jurisprudencial e violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC; dos arts. 46, 47, 51, 105, 110 e 116 do CTN; dos arts. 620, 1.122, 1.127 e 1.627 do Código Civil; e do art. 12, § 3º, da Lei n. 7.789/1989. Defende, em síntese, que a mera saída física do produto do estabelecimento comercial não é suficiente para constituir fato gerador do IPI, sendo necessária a efetivação da entrega ao adquirente, que no caso não ocorreu em razão de furto.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 569-577).

A recorrente reitera, em memoriais, os argumentos constantes do Recurso Especial, de que a simples saída física do produto do estabelecimento não é suficiente para caracterizar o fato gerador do IPI.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 28.2.2011.

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 13.8.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.

Em relação ao mérito, esta Turma se posicionara inicialmente no sentido de que “o roubo ou furto de mercadorias é risco inerente à atividade do industrial produtor. Se roubados os produtos depois da saída (implementação do fato gerador do IPI), deve haver a tributação, não tendo aplicação o disposto no art. 174, V, do RIPI-98. O prejuízo sofrido individualmente pela atividade econômica desenvolvida não pode ser transferido para a sociedade sob a forma do não pagamento do tributo devido” (REsp n. 734.403-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.10.2010).

Naquela oportunidade manifestei minha contrariedade em relação ao tema ao acompanhar o Eminentíssimo Ministro Castro Meira em posição até então vencida. A matéria é novamente trazida a debate. Boa oportunidade para maior reflexão sobre a justiça de onerar o contribuinte com tributação que não corresponde com o proveito decorrente da operação.

No âmbito do direito tributário, a saída do produto do estabelecimento industrial materializa o fato gerador antes do possível furto ou roubo do produto. Contudo, tal premissa não justifica a exação, conforme bem sintetizado

pelo eminente Ministro Castro Meira em voto vencido prolatado no REsp n. 734.403-RS:

(a) o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados;

Aduz que não se pode confundir “o momento temporal do fato gerador com o próprio fato gerador, que consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados”.

O sistema nacional, valendo-se da presunção de que o negócio jurídico mercantil será concluído com a entrega da mercadoria ao comprador, antecipou o elemento temporal do fato gerador do IPI para a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado (art. 46, II, do CTN).

A antecipação do elemento temporal criada por ficção legal não torna definitiva a ocorrência do fato gerador, que é presumida e pode ser contraposta em caso de furto, roubo, perecimento da coisa ou desistência do comprador.

O raciocínio é alcançado após menção aos profícuos ensinamentos de Geraldo Ataliba, Cleber Giardino, Eduardo Domingos Bottallo, Leandro Paulsen, Misabel Derzi, Rubens Gomes de Sousa, Pêrsio de Oliveira Lima, Alberto Xavier, Paulo de Barros Carvalho, inclusive com menção ao direito comparado.

(b) a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo, portanto, definitiva nos termos dos arts. 116, II e 117 do CTN;

Fixada essa premissa, não haveria fundamento para tratar, de forma diferenciada, a desistência do comprador e o furto ou o roubo da mercadoria, dado que em todos eles a realização do negócio jurídico base foi frustrada. Em qualquer um deles a obrigação está sujeita a condição resolutória. Bem aplicados, portanto, os dispositivos mencionados, com a seguinte redação:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

(...)

II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

As conclusões foram fundadas nas lições de Alberto Xavier, Guilherme Cezaroti e Humberto Ávila, que trabalham o conceito de frustração de operações e seus efeitos sobre a tributação.

(c) o furto ou roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Do contrário, além da perda da mercadoria - e do preço ajustado para a operação mercantil -, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal; e

O raciocínio propõe uma solução à situação kafkiana já mencionada, na qual a parte tem a mercadoria roubada, suporta o prejuízo decorrente de *deficit* da segurança pública que deveria ser oferecida pelo Estado, e recolhe o tributo como se obtivesse proveito econômico com a operação.

O recolhimento derivaria então de uma “circulação interna” provocada por ato ilícito (roubo) para o qual contribuiu indiretamente o Estado, por meio de falha de segurança pública.

Em miúdos, quando há proveito econômico, não se recolhe tributo. Quando não há, o pagamento é indevido. Tal raciocínio me parece inadequado.

(d) o furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a gradeza econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não-confisco.

Em palavras já utilizadas, o furto faz desaparecer a presunção de riqueza (signos presuntivos de riqueza) e sua relação com a capacidade contributiva subjetiva, (que não se confunde com capacidade contributiva objetiva ou capacidade econômica).

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial.*

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Recurso especial interposto por Souza Cruz Trading S.A., com base no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o acórdão de fls. 397-399 e 403-419, da 3ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

Apelação cível. Tributário. Constitucional. Imunidade. IPI. Mercadoria destinada à exportação.

I – A CF/1988 dispõe que faz jus à imunidade de IPI o produto destinado à exportação (art. 153, § 3º, inciso III).

II – Ocorre o fato gerador do IPI com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial e para que incida a imunidade prevista constitucionalmente, o mínimo que se exige é que ela seja efetivamente exportada.

III – Não demonstrada a saída da mercadoria do território nacional não se configura hipótese constitucional para a imunidade que dispensaria o recolhimento devido.

IV – Ademais, a Lei n. 9.532, de 10.12.1997, prevê o pagamento da exação em tela nos casos de extravio ou roubo, incidindo a responsabilidade do pagamento sobre o exportador.

V – Apelação improvida.

O Tribunal de origem improveu, ainda, os embargos de declaração da ora recorrente (fls. 433-437).

Alega a recorrente, preliminarmente, violação dos artigos 165, 458 e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que os embargos de declaração opostos com o propósito de satisfazer o prequestionamento foram rejeitados, havendo omissão a respeito das “questões constitucionais suscitadas no recurso, quanto à violação das garantias constitucionais da segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, CF/1988) e da moralidade (artigo 37, *caput*, CF/1988)” (fl. 448).

Afirma, ainda, ter havido contrariedade ao art. 93, inciso IV, da Constituição Federal.

No mérito, argumenta que “o mero deslocamento físico de produtos industrializados sem cunho operacional mercantil, como, por exemplo, o deslocamento de um produto de um estabelecimento a outro do mesmo contribuinte, não é suficiente para configurar a ocorrência do fato gerado do IPI. A operação passível de incidência é aquela que acarreta a transferência de propriedade ou posse do bem, já que esta é a única circulação indicativa de capacidade contributiva, ou seja, dotada de relevância econômica capaz de ser oferecida à tributação” (fl. 452).

Sustenta, então, que uma análise superficial e literal dos artigos 46, inciso II, e 51, inciso II e parágrafo único, do Código Tributário Nacional resultaria “a conclusão *equivocada* de que o fato gerador do IPI seria a simples saída de mercadoria do estabelecimento industrial, independentemente de realização de operação de cunho mercantil e jurídica” (fl. 453). Ressalta que, entretanto, “o artigo 46, inciso II do Código Tributário Nacional trata, sem dúvida nenhuma, do aspecto temporal da regra matriz de incidência do IPI. A saída da mercadoria do estabelecimento industrial não é indicação da materialidade da norma, mas sim, a indicação do momento em que deve ser reputado inicialmente consumado o fato jurídico tributário previsto na norma, ou seja, é a circunstância de tempo que desencadeia a incidência do IPI” (fl. 454). Seguindo esse entendimento, afirma “que a Constituição Federal contemplou de forma expressa a necessidade de realização de uma *operação* mercantil como pressupostos para a cobrança do IPI pela União Federal (art. 153, § 3º, inciso II), fato que, definitivamente, não se confunde com a simples saída ou, ainda, com o mero deslocamento físico da mercadoria do estabelecimento industrial” (fl. 454).

Ademais, segundo a recorrente, invoca “a necessidade de a lei eleger fato jurídico de cunho econômico para imposição tributária, conforme prescreve, inclusive, o artigo 145, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, sendo irrelevante para o direito tributário qualquer outro aspecto da vida” (fl. 455). Acrescenta que “a própria análise da base de cálculo do IPI prevista no” art. 47, inciso II, **a**, do Código Tributário Nacional faz “menção ao vocábulo *operação*” (fl. 457).

Alega, ainda que, “no ordenamento jurídico brasileiro (cf. artigos 620, 1.122 e 1.627 do Código Civil), o contrato de compra e venda, ainda que perfeito, não transfere automaticamente a propriedade das coisas móveis. Isto

só ocorre com a tradição, ou seja, com a entrega definitiva da coisa vendida” (fl. 460). No caso em debate, então, “tem-se que a consumação do negócio jurídico celebrado entre a Recorrente e seus clientes não decorre automaticamente da mera celebração do contrato de compra e venda de cigarros. O referido negócio jurídico (*operação*) se consumará apenas e tão-somente no momento em que se operar a *tradição*, ou seja, a entrega do cigarro fabricado (industrializado e vendido pela Recorrente ao seu comprador (cliente). Até esse momento, o risco corre por conta exclusiva do vendedor, no caso, a Recorrente” (fl. 461). E “*se ocorre furto ou roubo da mercadoria no percurso entre o estabelecimento do fabricante/vendedor e o estabelecimento do comprador, o negócio jurídico celebrado não se completa, visto que o comprador não recebe a mercadoria. Não há, pois, neste caso operação alguma a justificar a tributação*” (fl. 462).

No caso específico do IPI, entende que “a simples saída física da mercadoria do estabelecimento fabricante, amparada por uma operação jurídica (compra e venda, por exemplo), caracteriza-se como um fato gerador pendente, nos termos do artigo 105 do Código Tributário Nacional, ou seja, um fato gerador iniciado mas dependente de uma condição para se concretizar que, no caso, é a ocorrência da tradição” (fl. 462).

Sobre o Regulamento do Imposto sobre Produto Industrializado – Ripi, diz que o art. 174, inciso IV, que tem como fonte de validade o art. 12, § 3º, da Lei n. 7.798/1989, “determina o estorno da escrita fiscal de *créditos* de IPI relativos à aquisição de matérias-primas, produtos intermediários, material de embalagem e, ainda, quaisquer outros produtos que venham a ser objeto de furto ou roubo” (fl. 464). Conclui que “exigir-se o IPI na operação de saída de mercadorias roubadas ou furtadas e, ao mesmo tempo, determinar o estorno do crédito dos insumos na entrada (art. 193, IV, do Ripi), leva, sem dúvida, à violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade” (fl. 466) e que “o próprio legislador reconheceu implicitamente, ao prever o estorno do crédito dos insumos, que a saída do estabelecimento industrial de produto roubado ou furtado, constitui hipótese de não tributação” (fl. 466).

No tocante à alínea c do permissivo constitucional, traz à colação o REsp n. 738.388-PR, desta Turma, e o AMS n. 92.03.072004-9, da 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 467-476).

Por último, alega a recorrente que não “deverá arcar com a parcela correspondente à multa. Isto porque restou cabalmente demonstrado que a Recorrente não deu causa à interrupção do processo de exportação, ou seja, não

concorreu com o evento que culminou no roubo das mercadorias durante o trânsito aduaneiro” (fl. 477). Para comprovar o dissídio jurisprudencial, indica precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 477-478).

O em. Ministro Herman Benjamin, relator, afastou a alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil por entender que o Tribunal Regional julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia como foi apresentada, não sendo necessário rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes.

No mérito, diz que o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência da Segunda Turma, firmada no sentido de que eventual furto ou roubo do produto após a saída do estabelecimento não afasta a incidência do IPI, porquanto já consumado seu fato gerador. Cita o REsp n. 734.403-RS, da relatoria do em. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 6.10.2010, e conclui que a lei tributária é indiferente se o contribuinte teve, ou não, proveito econômico com a mercadoria, sendo suficiente a saída da mercadoria do estabelecimento para se caracterizar o fato gerador.

Do mesmo modo, ocorrido o fato gerador, considera o em. relator ser irrelevante o fato de se tratar de mercadoria destinada à exportação, incidindo a norma do art. 39, § 3º, alínea c, da Lei n. 9.532/1997.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, aplicou o Enunciado n. 83 da Súmula desta Corte.

Ao final, o em. relator negou provimento ao recurso especial.

Após profunda reflexão sobre o tema proposto, peço vênha para divergir do eminente Relator, não obstante S. Exa. tenha amparado seu voto em substanciosos julgados desta Segunda Turma.

De fato, a questão da incidência do IPI sobre o produto industrializado destinado à exportação, que goza de imunidade tributária (art. 153, inciso IV e § 3º, inciso III, da Constituição Federal) enseja reflexão aprofundada. Nesse exercício, permiti-me a incursão sobre vários julgados que trataram do mesmo tema e impressionou-me o voto-vencido proferido pelo eminente Ministro Castro Meira no julgamento do Recurso Especial n. 734.403-RS não só pela clareza e lucidez da explanação como também pela tese jurídica defendida por S. Exa. com grande maestria.

Rememoro aqui alguns trechos do referido voto:

A solução da controvérsia posta neste recurso especial consiste em definir se há, ou não, incidência do IPI sobre produtos que, saídos do estabelecimento industrial, são furtados no caminho para a entrega, antes de serem colocados à disposição do comprador.

[...]

Se o furto ou roubo como casos fortuitos ou de força maior não geram maiores dúvidas no plano do Direito Privado, já o mesmo não ocorre na esfera do Direito Tributário.

Segundo o art. 46, II, do CTN, materializa-se o fato gerador do IPI com a *saída do produto do estabelecimento industrial*, o que inegavelmente ocorre no caso do furto ou roubo externo.

Na esteira desse regramento, questiona-se: a saída do estabelecimento industrial cria a obrigação tributária de pagar o IPI em termos definitivos e irreversíveis, independentemente das ocorrências externas que podem afetar a operação mercantil ensejadora da saída?

Na situação dos autos, houve uma saída lícita, em tese, geradora da obrigação de pagar o IPI, diferentemente do que ocorreria se as mercadorias tivessem sido furtadas, ou roubadas, de dentro do estabelecimento fabricante. Não se trata, pois, de saída física criminosa, que não tipifica a hipótese de incidência tributária, mas de saída jurídica embasada em contrato de compra e venda mercantil, cuja entrega tornou-se impossível por fato alheio à vontade das partes.

Com base nesse raciocínio – tecnicamente bem estruturado –, o acórdão recorrido concluiu que é devido o IPI incidente sobre as mercadorias saídas do estabelecimentos e posteriormente furtadas, antes da entrega ao comerciante comprador.

Essa orientação funda-se na constatação de que o fato gerador do IPI é a saída do estabelecimento industrial, de tal modo que eventos ocorridos posteriormente a esse momento não são suscetíveis de impedir, modificar ou extinguir a obrigação tributária, que já estaria constituída de modo definitivo e irreversível.

Com a devida vênia e as escusas de praxe, não me parece correta a conclusão por quatro razões:

(a) o fato gerador do IPI não é a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado. Esse é apenas o momento temporal da hipótese de incidência, cujo aspecto material consiste na realização de operações que transfiram a propriedade ou posse de produtos industrializados;

(b) a obrigação tributária nascida com a saída do produto do estabelecimento industrial para entrega futura ao comprador, portanto, com tradição diferida no tempo, está sujeita a condição resolutória, não sendo, portanto, definitiva nos termos dos arts. 116, II e 117 do CTN;

(c) o furto ou roubo de mercadoria, segundo o art. 174, V, do Regulamento do IPI, impõe o estorno do crédito de entrada relativo aos insumos, o que leva à conclusão de que não existe o débito de saída em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Do contrário, além da perda da mercadoria - e do preço ajustado para a operação mercantil -, estará o vendedor obrigado a pagar o imposto e a anular o crédito pelas entradas já lançado na escrita fiscal; e

(d) o furto de mercadorias antes da entrega ao comprador faz desaparecer a gradação econômica sobre a qual deve incidir o tributo. Em outras palavras, não se concretizando o negócio jurídico, por furto ou roubo da mercadoria negociada, desaparece o elemento signo de capacidade contributiva, de modo que o ônus tributário será absorvido não pela riqueza advinda da própria operação tributada, mas pelo patrimônio e por rendas outras do contribuinte que não se relacionam especificamente com o negócio jurídico que deu causa à tributação, em clara ofensa ao princípio do não-confisco.

O voto prossegue esmiuçando cada um dos fundamentos acima citados, trazendo abalizada doutrina para amparar as teses defendidas e rechaçar os argumentos da Fazenda Pública.

Alinho-me inteiramente ao entendimento do eminente Ministro Castro Meira. Parece-me a solução mais razoável e a que melhor atende aos princípios informadores do direito tributário.

Ademais, em tratando de hipótese constitucional de não incidência do IPI “sobre produtos destinados ao exterior” (art. 153, § 3º, inciso III) e não de isenção, peço vênua para trazer mais uma consideração ao crivo de Vossas Excelências.

É que há autores que entendem que, nas hipóteses de imunidade tributária, não há fato gerador, o que, ao meu sentir, é de extrema relevância e prejudica toda a discussão que se trava acerca do tema.

Por exemplo de Fábio Fanucchi, *in* Curso de Direito Tributário Brasileiro, ao fazer as distinções entre incidência, não incidência, imunidade e isenção, preleciona:

Na *não incidência*, por sua vez, não há sequer fato gerador que possa ser assinalado. Diz-se que não há incidência porque o acontecimento material não possui elementos que conjuguem com qualquer dos fatos geradores estipulados na legislação tributária, logo, a sua exteriorização é absolutamente irrelevante para o direito tributário. Portanto, não há como confundir a isenção com a não incidência. Na primeira, todos os elementos da ocorrência material são encontrados na lei como definidores de acontecimentos capazes de fazer nascer

uma obrigação tributária. Na segunda, todavia, nenhuma conjugação existe entre o fator de tributação escolhido pelo legislador e inserto na lei e o acontecimento exteriorizado por aquele que se pretendia fosse um sujeito passivo de obrigação tributária.

Finalmente, na imunidade, também não há fato gerador e nem sempre porque a lei não descreva o acontecimento como tal, mas porque, isto sim, a Constituição não permite que se encontre no acontecimento características de fato gerador de obrigação principal. Diz-se, até, que a imunidade representa “um caso constitucional de não incidência”.

O ilustre doutrinador acrescenta que a imunidade “só poderá transformar-se em caso de incidência quando a decisão parta, de início, de legislador maior: o constituinte. Enquanto não removida a barreira constitucional, nenhuma escolha cabe ao legislador ordinário, senão a de se conformar com o fato de a coisa, a pessoa ou o negócio estarem absolutamente apartados do campo da incidência”.

A lição parece-me clara e perfeitamente aplicável ao caso concreto.

De fato, o produto que goza de imunidade tributária e sai do estabelecimento industrial sob tal condição não pode transmudar-se para sofrer a incidência do IPI pela ocorrência de furto, ou seja, o referido evento danoso não tem o condão de retirar a imunidade que nem por lei poderia ser retirada.

Com tais considerações, pedindo escusas ao eminente Relator voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Sr. Presidente, ficarei vencido, com todas as vênias do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, de V. Exa. e demais membros da Turma, por entender que não há previsão legal para esse deslinde. Portanto, fico com a lei, o princípio da reserva legal em matéria tributária.

E justifico ainda mais, a imunidade tributária que trata este caso ocorre no momento da exportação, e o fato gerador não se deslocaria, a meu sentir.

Mantenho meu posicionamento, mas entendo que é de justiça a posição da Turma, que fico vencido agora; daqui para frente, me realinho a esta posição, mas vou pedir as máximas vênias a V. Exas. para me manter coerente com a posição anterior, justificando, por dois motivos: o princípio da reserva legal em matéria tributária, e o ponto apresentado agora no voto do eminente Ministro

Cesar Asfor Rocha, realçado pelo Ministro Castro Meira, que versou sobre a imunidade; ela, no caso presente, só se dará na exportação; no trânsito e no deslocamento não há fato gerador, portanto, não haveria amparo legal para o deslinde.

Homenageando a todos, fico vencido para negar provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Souza Cruz Trading S/A* contra acórdão, por maioria, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa é a seguinte:

Apelação cível. Tributário. Constitucional. Imunidade. IPI. Mercadoria destinada à exportação.

I. A CF/1988 dispõe que faz jus à imunidade de IPI o produto destinado à exportação (art. 153, § 3º, inciso III).

II. Ocorre o fato gerador do IPI com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial e para que incida a imunidade prevista constitucionalmente, o mínimo que se exige e que seja efetivamente exportada.

III. Não demonstrada a saída da mercadoria do território nacional não se configura hipótese constitucional para a imunidade que dispensaria o recolhimento devido.

IV. Ademais, a Lei n. 9.532, de 10.12.1997, prevê o pagamento da exação em tela nos casos de extravio ou roubo, incidindo a responsabilidade do pagamento sobre o exportador.

V. Apelação improvida. (fl. 419, e-STJ).

Além de divergência jurisprudencial, a recorrente sustenta violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC; dos arts. 46, 47, 51, 105, 110 e 116 do CTN; dos arts. 620, 1.122, 1.127 e 1.627 do Código Civil; e do art. 12, § 3º, da Lei n. 7.789/1989. Afirma, em resumo, que a mera saída física do produto do estabelecimento comercial não é suficiente para constituir fato gerador do IPI, sendo necessária a efetivação da entrega ao adquirente, que, no caso, não ocorreu em razão de furto.

A questão jurídica discutida no presente apelo especial consiste em definir se há, ou não, incidência do IPI sobre produtos que, saídos do estabelecimento

industrial, são roubados no caminho para a entrega, antes de serem entregues ao destinatário final.

No REsp n. 734.403-RS, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, votei no sentido da manutenção da exigência fiscal; no entanto, à época, já alertava em meu voto que as duas teses eram plausíveis.

Desse modo, melhor refletindo sobre o tema, fico convencido de que o fato gerador na hipótese dos autos não se concretizou.

Com efeito, o fato gerador do IPI ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento industrial, nos termos do disposto nos arts. 46, II, e 51 do Código Tributário Nacional.

Os eventos acontecidos após a saída do produto (diga-se saída não criminosa) são suscetíveis de impedir, modificar ou extinguir a obrigação tributária? Ou de sua constituição definitiva se deu a mera saída do produto?

Em meu sentir, a saída física da mercadoria, ou produtos industrializados, não se restringe a uma “mera saída física” do estabelecimento industrial; diz respeito a uma “operação econômica” (pela qual o produto é transferido do fabricante para o comerciante), ou seja, uma saída jurídica que possui suporte fático em “contrato de compra e venda mercantil”, cuja entrega, por evidente, tornou-se, por fato dissociada da vontade das partes, simplesmente impossível.

Segundo Leandro Paulsen, “a base econômica do IPI deve ser analisada à luz deste inciso IV do art. 153 c.c. o seu § 2º, inciso I. Pela sua interpretação sistemática, vemos que incide sobre a *‘operação’ com ‘produtos industrializados’*, ou seja, sobre o *negócio jurídico que tenha por objeto bem*, ainda que não destinada ao comércio (mercadoria), submetido por um dos contratantes a processo de industrialização.” **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, p. 294.

Como bem salientado pelo Min. Castro Meira, ao divergir do Min. Mauro Campbell Marques, no “*leading case*” da Philip Morris Brasil (REsp n. 734.403-RS), *verbis*:

O sistema nacional, valendo-se da presunção de que o negócio jurídico mercantil será concluído com a entrega da mercadoria ao comprador, antecipou o elemento temporal do fato gerador do IPI para a saída do produto do estabelecimento industrial ou a ele equiparado (art. 46, II, do CTN).

Essa antecipação, todavia, não torna definitiva a ocorrência do fato gerador. A presunção de que o negócio jurídico mercantil será concluído com a entrega

do produto ao adquirente não é absoluta, podendo ser ilidida se houver o desfazimento do negócio, seja por furto, roubo ou perecimento da coisa ou, mesmo, por desistência do comprador.

Portanto, nessa linha de raciocínio, revejo o juízo por mim adotado no caso acima, pois, não é razoável, em meu sentir, que o vendedor, quando ainda transportava tem os produtos furtados ou roubados, (não contribuindo de qualquer modo para a não exportação), por considerar que esses fatos imprevisíveis - caso fortuito ou força maior - obstam a consumação do fato gerador do tributo.

Ante o exposto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Min. Cesar Asfor Rocha, dou provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.239.777-PE (2010/0180753-9)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: J L K K (menor)

Advogado: Bruno de Andrade Lage - curador especial

Recorrente: C F P

Advogada: Gisele da Costa Pereira e outro(s)

Advogada: Priscilla Carneiro Chater

Advogada: Andrea Pessoa Santos e outro(s)

Recorrido: União

Assistente: M C K

EMENTA

Recursos especiais. Direito Internacional e Processual Civil. Decreto n. 3.413, de 14.4.2000. Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Menor nascido na Alemanha em 11.3.2004. Visita ao Brasil. Recusa da genitora em voltar para a Alemanha. Ação de busca, apreensão e restituição proposta pela União. Necessidade da prova pericial. Avaliação psicológica do menor.

Violação do art. 330, I, do CPC configurada. Recursos providos em parte.

– No âmbito internacional, as regras e os costumes devem ser aplicados e interpretados diferentemente, com mais racionalidade e menos apego aos costumes e às normas nacionais, de forma a alcançar um ponto de equilíbrio, suportável para todos os envolvidos nessas novas relações e indispensável para disciplinar os efeitos delas.

– A Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica.

Recursos especiais parcialmente providos.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, “A Turma, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Edson Rodrigues Marques, pela parte recorrente: J L K K.

Dr(a). Joao Armando Costa Menezes, pela parte recorrente: C F P.

Dr(a). Natalia Camba Martins, pela parte recorrida: União.

Dr(a). Leonardo Carneiro da Cunha, pela parte assistente: M C K.

Pronunciamento oral do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Brasília (DF), 12 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 19.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Recursos especiais interpostos pela Defensoria Pública da União, como curadora do menor J. L. K. K. (alínea **a** do permissivo constitucional), e por C. F. P., genitora do menor (alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional), contra o acórdão de fls. 1.580-1.592, da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Constitucional. Direito Internacional. Cooperação entre Estados soberanos. Convenção de Haia sobre sequestro de crianças. Ação de busca e apreensão de menor ilicitamente arrebatado de seu domicílio. Caráter satisfativo da demanda. Não configuração das exceções legais ao pronto retorno do infante, o qual, por isso mesmo, se justifica.

1. A “Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças” (Convenção de Haia), que vige no Brasil desde o dia 1º de janeiro de 2000, estabelece presunção *juris tantum* segundo a qual um menor, uma vez arrebatado ilicitamente de seu domicílio por um dos pais, deve retornar “de imediato” (Art. 1º), para tanto devendo haver cooperação material entre os Estados signatários (confiança mútua e recíproca);

2. Não se desconhece, é certo, que a Convenção prevê casos nos quais se exclui o retorno compulsório e tempestivo da criança (e daí a relatividade da presunção); seja como for, são hipóteses excepcionais, por isso mesmo precisando ser tratadas com acentuada raridade, sob pena de quedar frustrada a maior razão de ser do referido Diploma (segundo a sua própria enunciação, protegê-la “no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita”);

3. No caso presente, dormita nos autos documento sinalizando que o menino, que fala alemão adequadamente para a idade (quatro anos à época do contato com o psicólogo), tem bom trato com o pai, o que desconfigura a idéia de uma já adaptação à vida no Brasil que inviabilizasse seguir seu curso normal, na Alemanha, até que se profira decisão final sobre o assunto “guarda”; há, ainda mais importante, outro dado que se deve levar em consideração, bastante por si para que se chegue à mesma conclusão; verdade perceptível, ao homem médio e a olho desarmado, à vista daquilo que ordinariamente acontece (CPC, Art. 335): criança, quando em tão diminuta idade (hoje com cinco anos), não finca raízes que representem empeco ao desenvolvimento das outras, anteriores, ou mesmo a elaboração de novas; esta circunstância deriva menos do querer de pai e mãe, e mais da própria fase do desenvolvimento que experimenta, naturalmente fértil (a toda e qualquer influência) e resiliente (o suficiente, por hora, para adaptar-se de acordo com o ambiente em que venha a ser inserida);

4. O Art. 13, **b**, diz que a “*autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável*”; a regra mencionada, bem compreendida, não incide nos casos em o argumento versa a litigiosidade do casal que se repartiu, bem assim as fragilidades do vínculo da criança com este ou aquele antecessor; tais temas serão justamente o objeto da Jurisdição a quem a criança será entregue (devolvida), que é a do Estado de origem, à qual caberá, no fim de contas, definir quem terá a guarda respectiva (um, outro, ambos ou ninguém deles), qual o regime de visitas etc; haveria que se enxergar presente, mais que isso, para justificar-se a retenção do infante, uma situação anômala vivida no ambiente destinatário, capaz de gerar fundada dúvida quanto à eficácia da Justiça de origem, sua incapacidade circunstancial de resolver o imbróglio à luz da racionalidade comum aos povos signatários da Convenção, todos cônscios da necessidade de proteger os mais relevantes interesses em jogo (os da criança), que certamente passam pela tentativa de convívio bilateral – seu – com pai e mãe; situação extravagante assim, sabe-se, não resta configurada, em dias atuais, concernentemente à Alemanha, pelo que o encaminhamento do menor finda justificado;

5. Limitado o pedido à busca e apreensão da criança, descabe – como fez a sentença – cogitar de ordem que anule o “Registro de Traslado de Assento de Nascimento”, dada a manifesta extrapetição na qual incorreu; demais disso, como o caso trata de descendente de uma brasileira, ainda quando se reputasse formalmente inadequada, por hora, o referido “Assento”, mesmo assim, não se vislumbra justa causa para a deflagração de uma persecução criminal sobre eventual cometimento de crime relacionado à custódia irregular de estrangeiro no país, mormente em face das disposições constantes da CF, em seu art. 12, I, **c**;

6. Apelações parcialmente providas, mas apenas para expurgar, da sentença, as referências à anulação do registro de traslado, bem assim à deflagração de persecução criminal contra a mãe, restando mantido, no mais, o ato objurgado (fls. 1.591-1.592).

O Tribunal de origem negou provimento, ainda, aos embargos de declaração opostos por C. F. P., tendo em vista a ausência de “genuína omissão, contradição e/ou obscuridade” (fls. 1.618-1.628).

A *primeira recorrente*, Defensoria Pública da União, na condição de curadora do menor, nomeada pelo Juiz em 20.10.2008, alega violação dos artigos 330 e 421 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o Tribunal de origem confirmou a sentença, a qual “ *julgou antecipadamente a lide, sem que o magistrado intimasse previamente as partes, o MPF e a DPU do indeferimento*”

da produção de provas e, sobretudo, sem realizar a imprescindível perícia do menor com psicólogo imparcial” (fl. 1.662). Acrescenta que, “se a genitora do menor alega, insistentemente, que o pai tem um comportamento violento, agressivo, é evidente que não se poderia considerar que a controvérsia seja somente de direito, sendo imperiosa a produção de provas que permitam ao magistrado, ao fiscal da lei e à curadoria do menor, terem a convicção de que a criança permanecerá sob a guarda da pessoa mais indicada para tanto” (fl. 1.662). Traz precedentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região a respeito da possibilidade de dilação probatória em casos como o presente (cf. fls. 1.668-1.670) e cita julgados desta Corte sobre o julgamento antecipado da lide (fl. 1.673).

Sustenta, também, contrariedade aos artigos 12 e 13 da Convenção da Haia (Decreto n. 3.413/2000), que “vedam o retorno da criança ao país de origem quando ela já se encontra integrada ao seu novo meio ou quando existir risco de ordem física ou psíquica ao menor se concretizado o retorno” (fl. 1.662). Ressalta que “as alegações da mãe da criança acerca da agressividade e do distanciamento do pai em relação à criança não puderam ser objeto de dilação probatória, em razão do julgamento antecipado da lide, a ordem de retorno da criança à Alemanha é temerária e viola os dispositivos apontados da Convenção de Haia” (fl. 1.664).

Ressalta haver “uma preocupação exacerbada das instâncias ordinárias em atender a solicitação da autoridade alemã a qualquer custo, quando a preocupação primordial dos julgadores deveria ser o bem-estar, a saúde física e psíquica da criança. Invoca julgados deste Tribunal Superior e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 1.673-1.678).

Por fim, esclarece “que a Defensoria Pública da União, incumbida da curadoria da criança, não tem compromisso com a sua permanência no Brasil ou com o seu encaminhamento à Alemanha. A preocupação da curadoria é ter elementos concretos, produzidos com imparcialidade e submetidos ao contraditório e à ampla defesa, que confirmem ou que desmintam as alegações da mãe de J. L. K. K., no sentido de que o [...] retorno da criança à Alemanha lhe traria graves danos” (fl. 1.679). Assim, continua, “até o presente momento, com as provas que as partes puderam produzir a despeito do julgamento antecipado da lide, há sérios indícios de que a criança está integrada ao meio social de sua mãe, no Brasil, o que poderia implicar na aplicação do art. 12, *in fine*, da Convenção de Haia” (fl. 1.679).

Pede, ao final, o provimento do recurso especial “a fim de que este egrégio Tribunal determine a anulação de todos os atos processuais praticados desde o julgamento antecipado da lide, a fim de que os autos retornem à primeira instância para a produção das provas indispensáveis ao deslinde do caso, em especial a perícia psicológica” (fl. 1.680).

A *segunda recorrente*, C. F. P., mãe do menor J. L. K. K., alega que “o Acórdão recorrido, ao confirmar a sentença que, no caso presente, estando aberta, sem encerramento, audiência instalada para o saneamento do processo, afronta as regras legais alusivas ao direito de ampla defesa, com interpretação e aplicação rigorosamente inadequadas do art. 330, I, do CPC, e dos arts. 12, 13, **b** e 20, da Convenção da Haia (Decreto n. 3.413/2000), dispositivos que restaram evidentemente afrontados pelo veredicto impugnado” (fl. 1.813). Ressalta que “a regra convencional confere, de revés, à parte (e à instituição ou organismo) que se opuser ao retorno da criança a oportunidade de *provar* que a criança já está adaptada ao ambiente em território nacional ou que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável” (fl. 1.815).

Sobre a orientação do Superior Tribunal de Justiça, diz que “o interesse do menor deve sobrepujar-se, sempre e em qualquer hipótese, às questões meramente formais, como as regras de competência” (fl. 1.830).

Pede, ao final, o provimento do recurso especial para “decretar a anulação do Acórdão recorrido e, conseqüentemente, da sentença por ele confirmada, para, assim, determinar a retomada do trâmite da originária *Ação de Busca e Apreensão*, a partir da fase de saneamento do processo, quando haverá o juízo singular de proferir o despacho saneador, deferindo as provas requeridas pelas partes” (fl. 1.836).

O recorrido M. C. K., pai do menor, e a União apresentaram contrarrazões aos recursos especiais (fls. 1.944-1.974, 2.028-2.063, 2.158-2.193, 2.232-2.267).

Os recursos especiais foram admitidos na origem (fls. 2.272-2.275 e 2.280-2.284).

Igualmente os recursos extraordinários interpostos pela Defensoria Pública da União, curadora do menor, e por C. F. P., mãe do menor, foram admitidos (fls. 2.268-2.271 e 2.276-2.279).

Distribuído o feito à minha relatoria em 9.3.2011 (fl. 2.324), consultei a em. Ministra Maria Isabel Gallotti, da Quarta Turma, a respeito da prevenção

de Sua Excelência, por ser relatora do REsp n. 1.164.547-PE (número de origem 120070527653) (fl. 2.339).

A em. Ministra acolheu a própria prevenção em 13.4.2011 (fl. 2.341), decisão contra a qual foi interposto agravo regimental por M. C. K., pai do menor (fls. 2.355-2.360).

A Quarta Turma, em questão de ordem, decidiu afetar a matéria à colenda Corte Especial (fl. 2.373), essa, por maioria, em 5.10.2011, decidiu pela competência da Primeira Seção, estando o acórdão assim ementado:

Agravo regimental. Competência interna. Recurso especial. Ação de busca e apreensão proposta com base na Convenção de Haia. Direito Internacional Privado. Ação de guarda do menor. Competência da 1ª Seção.

1. A competência para a ação de guarda, de direito de família, é da Segunda Seção, mas a competência para a ação de repatriação, proposta pela União, em cumprimento a tratado internacional, é da Primeira Seção (Regimento Interno, art. 9º, § 1º, XIII).

2. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconhecer a competência da 1ª Seção (fl. 2.380).

Os presentes autos foram redistribuídos a minha relatoria em 22.11.2011 (fl. 2.398) e encaminhados ao Ministério Público Federal em 24.11.2011 (fl. 2.399).

O Dr. Flávio Giron, ilustrado Subprocurador-Geral da República, em 19.12.2011, deu parecer pelo desprovimento dos recursos especiais (fls. 2.414-2.419).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Cuidam os autos ação de busca, apreensão e restituição ajuizada pela União em 23.5.2008, contra C. F. P., brasileira, com o propósito de compelir a ré a entregar seu filho, J. L. K. K., menor, nascido na Alemanha, em 11.3.2004 e filho do alemão M. C. K., “à Autoridade Central brasileira e, ato contínuo, à Autoridade Central estrangeira, para fins de restituição ao Estado alemão, tudo conforme prevê a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças” (fl. 25).

A título de esclarecimento, narra a inicial da presente demanda que:

Em outubro de 2007, a Autoridade Central brasileira recebeu de sua congênera alemã pedido de cooperação jurídica internacional em matéria civil a fim de restituir àquele país o menor J. L. K. K., retido ilegalmente em território brasileiro por sua genitora.

M. C. K., de nacionalidade alemã, e C. F. P., de nacionalidade brasileira, viviam em união estável desde 2002, na cidade de Würzburg, na Alemanha. Da união adveio J. K., em 11 de março de 2004, nascido em território alemão, onde a família possuía residência habitual.

Como os cônjuges não eram casados, foi firmada, por ambos, declaração de guarda, na qual expressam seu consentimento em exercer a guarda do menor em conjunto. Nos moldes da legislação alemã, § 1.626 do Código Civil germânico, caso os pais, no momento do nascimento do filho, não sejam casados um com o outro, têm ambos os co-genitores o direito à guarda em conjunto, ao firmarem a declaração de guarda. Portanto, no caso em tela, ambos detém a guarda conjunta da criança. A mudança de residência do menor somente poderia ser realizada com a concordância do genitor, o que não ocorreu. Ressalte-se que a guarda compartilhada pelos genitores é a mesma a que se refere a Convenção em seu artigo 5º.

O pai do menor firmou declaração, autorizando a viagem de J. L., acompanhado da mãe, para o Brasil, *entre os dias 2 de junho e 1º de julho de 2007*. Segundo relatou o pai, em sede administrativa, não tendo a criança retornado no período previsto (1º.7.2007), este telefonou para a Ré, em 9.7.2007, tendo sido informado da decisão unilateral da genitora de estender sua estadia, com J. K., no Brasil, até 6 de agosto de 2007. Em novo contato telefônico, em 5.8.2007, C. decidiu, novamente, permanecer no Brasil até 29.8.2007. O pai do menor nunca concordou com tais alterações quanto à data de retorno de J. e, em agosto de 2007, veio ao Brasil buscar a família. Em 29.8.2007, data marcada para o retorno dos três (C., M. e J. K.), o pai foi avisado, pela Requerida, duas horas antes do embarque, que ela decidira permanecer no Brasil, de maneira definitiva, com a criança. M., então, embora tenha veementemente objetado tal decisão, teve de retornar para a Alemanha sozinho. Desde então, não mais viu seu filho. *Naquele momento, a Ré já havia obtido, ainda que por intermédio de decisão emanada de Juiz absolutamente incompetente, na Justiça Estadual de Pernambuco, decisum liminar conferindo-lhe, com exclusividade, a guarda provisória da criança.*

A mãe do menor moveu ação de guarda com pedido liminar de guarda provisória, perante a 4ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca da Capital (Recife-PE), Processo autuado sob n. 001.2007.052765-3, tendo obtido decisão interlocutória, garantindo-lhe a guarda provisória do menor, em 28 de agosto de 2007. Tal decisão, inclusive, determinou a expedição de ofício à Polícia Federal, “acerca da necessidade de permanência do menor”.

[...]

Embora o *traslado/transferência* do menor para o Brasil, em companhia de sua genitora, no período de 2 de junho a 1º de julho de 2007, tenha ocorrido com consentimento do pai, o fato é que, a partir dessa data, a *retenção* do menor, pela mãe, em terras pátrias, passou a ser ilícita. E tal ilicitude, nos termos convencionais, não se altera com a obtenção da guarda provisória do menor, em processo judicial movido perante a Justiça brasileira. Irrelevante o fato do menor atualmente viver e estar matriculado em estabelecimento de ensino brasileiro, pois a gênese de tais fatos é flagrantemente ilícita. A ausência de anuência do pai para fixação de residência definitiva no Brasil é o elemento que caracteriza essa ilicitude.

Diante dos fatos expostos, o genitor instou a Autoridade Central alemã a inicial procedimento com a finalidade de se restituir o menor àquele país. Essa, por sua vez, requereu à sua congênere brasileira que instaurasse procedimento de cooperação judicial para viabilizar o retorno de J. K. à Alemanha.

Diante de todo o ocorrido, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Autoridade Central brasileira, encaminhou o caso à Advocacia-Geral da União para propositura da ação cabível (fls. 7-10).

Com efeito, discute-se nestes autos a aplicação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25.10.1980, e promulgada no Brasil mediante a edição do Decreto n. 3.413, de 14.4.2000, que entrou em vigor na data de sua publicação no DOU em 17.4.2000, tendo como objetivo (artigo 1º):

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Por outro lado, no que interessa às alegações contidas nos recursos especiais, extraio da convenção os seguintes dispositivos:

Artigo 12

Quando uma criança tiver sido *ilicitamente* transferida ou *retida* nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Artigo 13

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) *que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.*

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

A apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

Casos como o presente revelam-se cada vez mais comuns no Brasil, tendo em vista o irreversível fenômeno mundial de integração dos povos, em todas as áreas – econômica, social, cultural, política, jurídica etc. –, definido como *globalização*, que acarreta sempre mais a proximidade e o inter-relacionamento de cidadãos de diversas nacionalidades, independentemente da distância física entre os respectivos países. Nesse processo, costumes e normas comuns no tocante ao que se denomina “aldeia global” estão surgindo mediante a celebração de acordos e convenções internacionais, absolutamente necessários, exatamente para regular as relações e os seus efeitos verificados no espaço comum ocupado por pessoas físicas e jurídicas de países vários, sobretudo quando cada uma dessas pessoas passa a ter, ou tem, domicílio ou sede em seus respectivos países de origem, com diplomas legais próprios.

Com isso, todos aqueles que optam em viver e conviver num mesmo espaço com indivíduos de outros povos, sem as amarras dos limites territoriais de nascimento ou criação, têm que se adaptar plenamente aos referidos costumes e regras internacionais de comportamento, previstos em acordos e tratados,

inclusive no tocante ao Direito de Família, desprendendo-se das normas internas do país de origem. Sem isso, a referida interação direta se tornará insuportável e inviável, podendo afetar, sem dúvida, até mesmo as relações entre os próprios países e seus vínculos diplomáticos.

Relembro aqui a ponderação do em. Ministro Aldir Passarinho Junior, ao proferir voto-vogal no REsp n. 1.164.547-PE, Quarta Turma, da relatoria da em. Ministra Maria Isabel Galloti, relativo à ação de guarda envolvendo as mesmas partes destes autos, nos seguintes termos:

Sr. Presidente, estamos julgando questão processual e, em sendo assim, acompanho o voto da eminente Relatora. Mérito é outra história.

O tratado internacional tem mão dupla. Na ocasião de anterior julgamento de grande repercussão, lembro-me que foi retratada uma situação impressionante, em que, assim como existiam situações de se pedir repatriamento de menores do Brasil para os Estados Unidos e para a Europa, existe, também, praticamente na mesma quantidade, situação inversa, de lá para cá. Existem casos notórios em países árabes, em que houve o oposto: estrangeiros levaram filhos de brasileiros para lá na mesma situação; saindo do País com a autorização da mãe e ficando por lá. Tratado internacional não pode ser examinado somente em um viés nacionalista, patriótico, o que seja.

Queria fazer apenas essa reflexão, mas como estamos julgando matéria eminentemente processual, entendo que o Brasil tem jurisdição para julgar essa questão [...] (grifo meu).

A Convenção da Haia, ora em debate, não agride o bom senso do homem comum ou os nossos costumes e regras internas.

A norma internacional, não obstante contundente na reprimenda ao sequestro e na determinação de retorno imediato do menor ilicitamente transferido, revela, de forma equilibrada, grande preocupação com o bem-estar deste, assegurando-lhe, sobretudo, o equilíbrio emocional e a integridade física.

Nesse contexto, não de ser sopesados, sem dúvida em árdua tarefa, os valores envolvidos nessas delicadas situações trazidas ao crivo do Judiciário. De um lado, o acordo internacional de que o Brasil é signatário que, de forma escoreta, visa coibir as transferências ilícitas para outros países e, de outro, o interesse do menor, cuja integridade deve ser preservada em todos os aspectos.

No caso concreto, após detida análise do feito e atento aos bens jurídicos que as partes buscam tutelar e aos princípios e normas que regem a matéria, concludo que é imprescindível a realização da perícia psicológica requerida pelos ora recorrentes, pois o interesse do menor sobreleva qualquer outro.

Consta dos autos uma única avaliação psicológica do menor, efetuada há mais de três anos, a partir de um único encontro entre a perita do Juízo e a criança. A conclusão dessa avaliação, de outra parte, não conduz à certeza de ausência de grave dano no retorno da criança à Alemanha.

Mesmo sem me aprofundar no exame do texto da perita, não vejo, de forma flagrante, que a criança estaria a salvo de danos físicos e psicológicos. Confirmam-se as seguintes passagens:

No dia 13 de junho passado fiz parte de uma diligência de busca e apreensão (n. 1.4-9/2008) do menor J. L. K. K., de nacionalidade brasileira e alemã, que se encontrava morando com sua genitora, C. F. P., de nacionalidade brasileira e seu atual companheiro, J. H., no bairro de Piedade, Jaboatão dos Guararapes. A diligência foi composta por dois advogados da União (Patrícia Régis e Adriano Carvalho), dois Oficiais de Justiça (Ailton Alencar e Maurício Antunes) e uma polícia federal.

Chegamos às 11h00 na casa onde J. L. estava residindo e, por ninguém ter atendido, fomos informados pela vizinhança que a mãe e seu marido tinham ido buscar o filho na escola. [...]

[...]

Apresentei-me a J. L. e ao lhe perguntar sobre seus brinquedos, ele logo pegou na minha mão e me levou para seu quarto. É uma criança de quatro anos de idade, com boa fluência verbal (fala e compreende também o alemão – informação dada pela mãe e pai do menor) e pude observar sua descontração, facilidade de entrosamento e comunicação. L., como normalmente é chamado, tem seu próprio quarto, cama, mesinha de estudo com cadeira e armários. Brincamos por certo tempo, quando a criança foi ao banheiro e J. H. o auxiliou nas necessidades e lhe-deu banho.

Durante este período conversei com a mãe, quando relatou que tinha conhecido K. (M. C. K. K., pai do menor) na Alemanha, através da *Internet*. Ela estava visitando sua mãe, que mora naquele país e é casada, e namoraram durante um ano. Quando já iria voltar para o Brasil, descobriu que estava grávida. Disse que ele queria que ela tirasse a criança, mas que depois aceitou e passaram a morar juntos. Informa ainda que eram sustentados pela família dele e por sua mãe e que a convivência do casal era péssima, que ela teria sofrido muito e que ele a obrigava a ter relações sexuais. Perguntei se ela teria interesse de acompanhar o filho de volta para a Alemanha. Em um primeiro momento apresentou resistência. Quando argumentei que seria bom para o aspecto emocional da criança que ela o acompanhasse na viagem e que ao chegar na Alemanha ela poderia explicar à Justiça daquele país os motivos que a levaram a agir impulsivamente, ela concordou, mas queria saber quem bancaria a passagem e hospedagem. Perguntei se ela não poderia ficar na casa de sua mãe, ao que

respondeu que tanto a mãe quanto o seu padrasto não aceitam a sua presença. Coloquei então que a União garantiria toda a despesa da criança; quanto a ela, eu não sabia informar.

[...]

Quando chamamos J. L. para que fôssemos ao encontro do seu pai, ele ficou contente, pegou na minha mão e disse que ia passear com seu pai. Ao ser por mim questionado quem era seu pai, mostrou-se confuso em um primeiro momento e respondeu que J. era seu pai e foi imediatamente corrigido pela mãe. Disse então que seu pai se chamava K. e o avô K.

C., o Oficial de Justiça e eu fomos no mesmo veículo, conduzindo o menor para o encontro com o cônsul e o pai. Devido à hora avançada, a entrega do menor foi realizada no edifício residencial do cônsul, no bairro de Boa Viagem, onde também se encontravam o pai e o avô da criança. Ao ver o pai, L. correu em direção a ele e ao avô, deixando bem claro o bom relacionamento que possuem. Começou a brincar de correr, disse ao pai que queria almoçar porque estava com fome e ficou brincando com o avô.

Chamei o pai em separado para conversar enquanto os demais cuidavam dos processos legais com o cônsul, e pedi que me relatasse o início do relacionamento com C. Respondeu que se conheceram pela *Internet* e quando estava próximo de vencer o seu visto, ela o comunicou que estava grávida e, a partir de então, passaram a morar juntos. Considera que os três primeiros anos foram ótimos, mas o último foi marcado por uma convivência tumultuada, que ela o agrediu fisicamente – e não o contrário, por ela dito, e que ela namorou outra pessoa, mesmo estando casada com ele, que detém em poder uma carta deste namorado para ela. Disse que mesmo assim nunca pensou em deixá-la. Após a vinda da mãe e do filho ao Brasil, veio para cá, anteriormente a esta vez, com a intenção de levá-la junto com o filho de volta à Alemanha, pois ele a amava. Disse que a recusa de C. o deixou magoado, muito triste e com receio de não poder mais ver a criança. Disse ainda que tinha dois anos de formado como advogado, ganhava só dois mil euros por mês que ainda era ajudado pela família.

Questionei se ele concordava que ela acompanhasse o filho em sua ida para a Alemanha, no mesmo avião e sem brigas, ao que ele respondeu que “pelo bem do L., sim”. Nesta ocasião orientei para que, ao chegarem, ele entrasse em contato com o serviço psicológico em seu país para facilitar este período que L. e ele iriam enfrentar. Comuniquei à mãe que o pai teria concordado com a sua ida no mesmo voo e, para a minha surpresa, ela disse que o seu atual companheiro também iria e que passariam quarenta dias lá. Desaconselhei-os da decisão da ida de J. H., pois numa situação tão delicada, não se poderia correr risco de descontrole emocional por nenhum dos envolvidos. A essa altura já tinham sido assinados os documentos e cumprida a ordem judicial, estando o menor em posse do pai, como assim era a determinação.

Em minha avaliação, nada vejo que impeça o menor em ficar na guarda do pai, por ser um homem amoroso e sensível e manter um bom relacionamento com o menor. Recomendo que ambos sejam acompanhados pelo serviço social e psicológico da Alemanha, para dirimir possíveis dificuldades de caráter emocional que possam surgir devido à separação do menor com a mãe e do local onde a criança passou mais de um ano e estabeleceu novos relacionamentos, na escola e com o atual companheiro da sua mãe (fls. 330-333).

No meu entender, as constatações da perita não afastam peremptoriamente a possibilidade de graves danos físicos e psicológicos e indicam, nas suas entrelinhas, que a criança já estava integrada ao novo meio.

Nessas circunstâncias, entendo que o indeferimento, em nome da celeridade, da perícia requerida pela genitora do menor, além de se contrapor aos postulados do Código de Processo Civil, pode ensejar uma prestação jurisdicional equivocada, que, na verdade, afronta a própria Convenção da Haia e consolida situação gravíssima e, talvez, irreversível na vida do menor.

A perícia psicológica, na hipótese, é essencial ao deslinde da controvérsia, ainda que não se proceda, da forma como requerido, a uma ampla dilação probatória. Ademais, embora lamentável, não se pode deixar de considerar que já transcorreram mais de quatro anos do ajuizamento da ação, estando hoje o menor com oito anos de idade e, como é natural, muitas mudanças devem ter ocorrido.

Assim, apesar da evidente necessidade de uma solução célere para o caso, não só pelo risco de concretização de condição imutável, mas também em respeito à reciprocidade imposta pela adesão à Convenção da Haia, devem sobrepujar o bom senso e a prudência.

Diante disso, dou parcial provimento aos recursos especiais para anular os provimentos ordinários e determinar a realização *apenas da perícia psicológica*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.256.134-SC (2011/0122848-5)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Rohden Portas e Painéis Ltda.

Advogado: Silvio Luiz de Costa e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Tributário. PIS e Cofins não-cumulativos. Bens integrantes do ativo fixo/imobilizado/permanente na data da entrada em vigor dos regimes de não cumulatividade. Possibilidade de creditamento pelos encargos de depreciação e amortização apurados já na vigência do regime. Arts. 3º, § 1º, III e § 3º, III, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003.

1. O fato gerador dos créditos escriturais de PIS e de Cofins previstos nos arts. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003 ocorre no momento (“no mês”) em que são apurados os encargos de depreciação e amortização, na forma do art. 3º, § 1º, III e § 3º, III das mesmas leis, indiferente a data de aquisição dos bens. Isto é: *“A apuração dos créditos decorrentes dos encargos de depreciação e de amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do art. 3º da Lei n. 10.637, de 2002, alcança os encargos incorridos em cada mês, independentemente da data de aquisição desses bens”* (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 2 de 14 de março de 2003).

2. Desse modo, *sem adentrar à análise do art. 31, da Lei n. 10.865/2004*, os bens existentes em 1º de dezembro de 2002 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a contribuição ao PIS/Pasep e os bens existentes em 1º de fevereiro de 2004 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a Cofins.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses 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, o seguinte

resultado de julgamento: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 17.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que, julgando questão referente à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins):

a) Reconheceu o direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e de Cofins decorrentes da depreciação de bens adquiridos antes de 1º de maio de 2004 destinados ao ativo fixo/imobilizado/permanente, sem a limitação temporal estabelecida no art. 31, da Lei n. 10.865/2004 (31 de julho de 2004), declarando a lei inconstitucional;

b) Limitou o creditamento acima afastando-o quando relativo às aquisições de bens para o ativo fixo/imobilizado/permanente efetuadas anteriormente à vigência da sistemática da não-cumulatividade - vigência da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003, isto é, negou o direito ao creditamento sobre a depreciação dos bens que já eram preexistentes no ativo fixo da empresa quando do advento da não-cumulatividade em 1º.12.2002 - PIS/Pasep e 1º.2.2004 - Cofins, sem discriminar a data em que ocorreram os encargos de depreciação.

Os embargos de declaração interpostos pela *Fazenda Nacional* restaram parcialmente acolhidos para efeito de prequestionamento (e-STJ fls. 1.688-1.692).

Alega o *particular* que houve violação ao art. 3º, *caput*, VI e § 1º, III da Lei n. 10.637/2002 e idem da Lei n. 10.833/2003. Defende que seu direito ao crédito sobre a depreciação de bens do ativo fixo/imobilizado/permanente não está vinculado à data da aquisição, mas sim à data em que ocorreu a despesa

dedutível (“encargos de depreciação incorridos no mês”), que se verifica após o advento da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Pede o creditamento pelos encargos de depreciação incorridos a partir da vigência das leis em questão incidentes sobre os bens adquiridos antes da adoção do regime não-cumulativo no quinquênio que antecede a propositura da ação (e-STJ fls. 1.580-1.592).

Contra-razões da *Fazenda Nacional* nas e-STJ fls. 1.663-1.682.

Decisão de admissibilidade constante das e-STJ fls. 1.683-1.684 referente ao recurso especial da recorrente *Rohden Portas e Painéis Ltda.*, muito embora tenha sido incorretamente autuada como recorrente a *Fazenda Nacional*.

A autuação foi corrigida neste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Devidamente prequestionados os dispositivos legais invocados, conheço do recurso especial, prejudicado o exame pelo dissídio.

Quanto ao mérito, observo que o art. 31, da Lei n. 10.865/2004, que estabeleceu vedações ao creditamento das contribuições ao PIS e Cofins no que se refere à aquisição de bens destinados ao ativo fixo das empresas, trabalhou em duas frentes, a saber.

1ª) Para os ativos imobilizados adquiridos antes de 1º de maio de 2004 (ativos imobilizados antigos) vedou a utilização dos créditos a partir de 31.7.2004. Sendo assim, os créditos de depreciação ou amortização de bens e direitos referentes a ativos imobilizados *antigos* deveriam ser utilizados até essa data.

2ª) Para os ativos imobilizados adquiridos de 1º de maio de 2004 em diante (ativos imobilizados novos) permitiu o aproveitamento dos créditos sem limite temporal. Sendo assim, os créditos de depreciação ou amortização de bens e direitos referentes a ativos imobilizados *novos* poderiam ser utilizados a partir de 1º de maio de 2004, inclusive no período entre 1º de maio de 2004 e 31 de julho de 2004.

A terceira frente foi trabalhada pelo o art. 1º, § 3º, II, da Instrução Normativa SRF n. 457/2004, que:

3ª) Vedou o creditamento na aquisição de bens *usados* para evitar o comportamento elisivo de haver permuta de bens antigos entre as pessoas jurídicas a partir de 1º de maio de 2004, o que burlaria a regra da vedação do creditamento da depreciação dos bens antigos (1ª frente), pois seriam aquisições feitas de 1º de maio de 2004 em diante, o que poderia levar a crer tratarem-se de bens novos (2ª frente). Contudo essa vedação não discriminou tratarem-se de bens cujo valor da alienação integrou ou não a receita operacional de empresa vendedora para efeito do pagamento das contribuições ao PIS e Cofins.

Seguem os dispositivos legais e normativos:

Lei n. 10.865/2004

Art. 31. É vedado, a partir do último dia do terceiro mês subsequente ao da publicação desta Lei (31.7.2004), o desconto de créditos apurados na forma do inciso III do § 1º do art. 3º das Leis n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativos à depreciação ou amortização de bens e direitos de ativos imobilizados adquiridos até 30 de abril de 2004.

§ 1º Poderão ser aproveitados os créditos referidos no inciso III do § 1º do art. 3º das Leis n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003, apurados sobre a depreciação ou amortização de bens e direitos de ativo imobilizado adquiridos a partir de 1º de maio.

§ 2º O direito ao desconto de créditos de que trata o § 1º deste artigo não se aplica ao valor decorrente da reavaliação de bens e direitos do ativo permanente.

§ 3º É também vedado, a partir da data a que se refere o *caput*, o crédito relativo a aluguel e contraprestação de arrendamento mercantil de bens que já tenham integrado o patrimônio da pessoa jurídica.

Instrução Normativa SRF n. 457/2004

Art. 1º As pessoas jurídicas sujeitas à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), em relação aos serviços e *bens adquiridos* no País ou no exterior *a partir de 1º de maio de 2004*, observado, no que couber, o disposto no art. 69 da Lei n. 3.470, de 1958, e no art. 57 da Lei n. 4.506, de 1964, podem descontar créditos calculados sobre os encargos de depreciação de:

I - máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo imobilizado para utilização na produção de bens destinados a venda ou na prestação de serviços; e

[...]

§ 3º Fica **vedada a utilização de créditos:**

[...]

II - na hipótese de **aquisição de bens usados.**

A vedação da utilização dos créditos referentes a ativos imobilizados antigos (ativos imobilizados adquiridos antes de 1º de maio de 2004) a partir de 31.7.2004 foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança n. 2005.70.00.000594-0-PR.

Na ocasião, entendeu o TRF da 4ª Região que os créditos decorrentes da aquisição de bens para o ativo fixo se tornaram parte do patrimônio da empresa antes da publicação do art. 31, da Lei n. 10.865/2004, constituindo-se fato pretérito que gerou direito adquirido ao creditamento. Desse modo, o art. 31, da referida lei teria violado o direito adquirido, o princípio da irretroatividade da lei tributária e, em razão da realização de investimentos em maquinário já feitos pelos contribuintes antes de 1º de maio de 2004, o princípio da segurança jurídica e a regra da não-surpresa, todos, para aquele Tribunal, implícitos na Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, ainda que houvesse recurso especial a respeito, não haveria como analisar a prevalência da letra do art. 31, da Lei n. 10.865/2004, por se tratar de matéria decidida sob enfoque exclusivamente constitucional pela instância de origem.

No entanto, firmado pela Corte de Origem em exame de constitucionalidade o posicionamento de que deve ser reconhecido o direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e de Cofins decorrentes da depreciação de bens adquiridos antes de 1º de maio de 2004 destinados ao ativo fixo/imobilizado/permanente, sem a limitação temporal estabelecida no art. 31, da Lei n. 10.865/2004 (31 de julho de 2004) é de se examinar, sob o ponto de vista infraconstitucional se esse aproveitamento sofre alguma limitação em relação às aquisições de bens para o ativo fixo/imobilizado/permanente efetuadas anteriormente à vigência da sistemática da não-cumulatividade - vigência da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003, isto é, deve ser analisado o direito ao creditamento sobre a depreciação dos bens que já eram preexistentes no ativo fixo da empresa quando do advento da não-cumulatividade em 1º.12.2002 - PIS/Pasep e 1º.2.2004 - Cofins.

Com efeito, o fato gerador dos créditos escriturais de PIS e de Cofins previstos nos arts. 3º, VI, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003 ocorre no momento (“no mês”) em que são apurados os encargos de depreciação e amortização, na forma do art. 3º, §1º, III, das mesmas leis. Transcrevo:

Lei n. 10.637/2002

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (Vide Lei n. 11.727, de 2008) (Produção de efeitos) (Vide Medida Provisória n. 497, de 2010).

[...]

VI - máquinas e equipamentos adquiridos para utilização na fabricação de produtos destinados à venda, bem como a outros *bens incorporados ao ativo imobilizado*;

VI - máquinas, equipamentos e outros *bens incorporados ao ativo imobilizado*, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços. (Redação dada pela Lei n. 11.196, de 2005).

[...]

§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 2º sobre o valor:

§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor: (Redação dada pela Lei n. 10.865, de 2004) (Vide Lei n. 11.727, de 2008) (Vigência).

[...]

III - *dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês*;

[...]

§ 3º **O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação:**

[...]

III - aos bens e serviços adquiridos e ***aos custos e despesas incorridos a partir do mês em que se iniciar a aplicação do disposto nesta Lei.***

Lei n. 10.833/2003 - Cofins

Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (Vide Medida Provisória n. 497, de 2010).

[...]

VI - máquinas, equipamentos e outros *bens incorporados ao ativo imobilizado* adquiridos para utilização na produção de bens destinados à venda, ou na prestação de serviços;

VI - máquinas, equipamentos e outros *bens incorporados ao ativo imobilizado*, adquiridos ou fabricados para locação a terceiros, ou para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços; (Redação dada pela Lei n. 11.196, de 2005).

[...]

§ 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 2º sobre o valor:

§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor: (Redação dada pela Lei n. 10.865, de 2004).

§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo e no § 1º do art. 52 desta Lei, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor: (Redação dada pela Lei n. 10.925, de 2004) (Vide Lei n. 10.925, de 2004).

§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no *caput* do art. 2º desta Lei sobre o valor: (Redação dada pela Lei n. 11.727, de 2008) (Produção de efeito).

[...]

III - *dos encargos de depreciação e amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;*

[...]

§ 3º **O direito ao crédito aplica-se, exclusivamente, em relação:**

[...]

III - aos bens e serviços adquiridos e **aos custos e despesas incorridos a partir do mês em que se iniciar a aplicação do disposto nesta Lei.**

Observo que a lei discrimina expressamente *os custos e despesas incorridos (e aqui indubitavelmente se incluem os encargos de depreciação e amortização) a partir do mês em que se iniciar a sua aplicação com o advento da não-cumulatividade em 1º.12.2002, para o PIS/Pasep e 1º.2.2004, para a Cofins*. Ou seja, tanto os bens que já estavam incorporados antes dessas datas quanto os bens que foram incorporados posteriormente a essas datas estão aptos a gerar os referidos encargos de depreciação mês a mês e são esses encargos que ensejam o creditamento. O entendimento já foi acolhido pela própria Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRF, veja-se:

Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 2 de 14 de março de 2003.

Art. 4º A apuração dos créditos decorrentes dos encargos de depreciação e de amortização dos bens mencionados nos incisos VI e VII do art. 3º da Lei n. 10.637, de 2002, alcança os encargos incorridos em cada mês, independentemente da data de aquisição desses bens.

Outrossim, se as leis em questão permitiram o creditamento em relação a bens que já estavam no ativo circulante das empresas (estoque - bens com muito maior liquidez), com muito mais razão deve prevalecer o entendimento de que o creditamento também é permitido para os bens que já estavam no ativo permanente (bens com liquidez bem menor). Seguem dispositivos legais:

Lei n. 10.637/2002 - PIS/Pasep

Art. 11. A pessoa jurídica contribuinte do PIS/Pasep, submetida à apuração do valor devido na forma do art. 3º, *terá direito a desconto correspondente ao estoque de abertura dos bens de que tratam os incisos I e II desse artigo, adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País, existentes em 1º de dezembro de 2002.*

[...]

Lei n. 10.833/2003 - Cofins

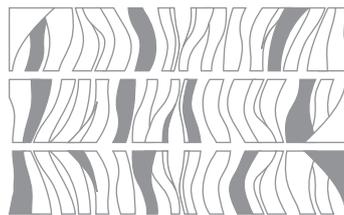
Art. 12. A pessoa jurídica contribuinte da Cofins, submetida à apuração do valor devido na forma do art. 3º, *terá direito a desconto correspondente ao estoque de abertura dos bens de que tratam os incisos I e II daquele mesmo artigo, adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País, existentes na data de início da incidência desta contribuição de acordo com esta Lei. (1º.2.2004).*

[...]

Desse modo, sem adentrar à análise do art. 31, da Lei n. 10.865/2004, os bens existentes em 1º de dezembro de 2002 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a contribuição ao PIS/Pasep e os bens existentes em 1º de fevereiro de 2004 no ativo permanente das empresas estão aptos a gerar o creditamento pelos encargos de depreciação e amortização para a Cofins.

Ante o exposto, *dou provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.



Segunda Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 422.778-SP
(2007/0233500-0)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Relatora para o acórdão: Ministra Maria Isabel Gallotti
Embargante: Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas
Advogada: Estefania Ferreira de Souza de Viveiros e outro
Embargado: Francisco Ferraz Caldas Filho
Advogado: Paulo Rangel do Nascimento e outro(s)
Interessado: Companhia Paulista de Seguros

EMENTA

Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078/1990, art. 6º, inc. VIII. Regra de instrução. Divergência configurada.

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que diverjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o

consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (REsp n. 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Isabel Gallotti acompanhando o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, Relator, o Sr. Ministro Raul Araújo reformulou seu voto e passou a acompanhar o Relator.

Após, votaram os Srs. Ministros Antônio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva acompanhando o Relator, e os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, que declarou-se habilitada a votar, acompanhando o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

A Seção, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, vencidos os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, que deles não conhecia. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Lavrará o acórdão o Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 29 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 21.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Spaipa S/A – Indústria Brasileira de Bebidas* com o propósito de que se reforme acórdão da Terceira Turma da relatoria da Ministra Nancy Andrichi assim ementado:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido.

A embargante sustenta a existência de dissídio entre o entendimento manifestado no aresto impugnado e aquele adotado nos seguintes julgamentos:

Segunda Turma: REsp n. 343.904-PR, Ministra Eliana Calmon, DJ de 24.2.2003; e

Quarta Turma: REsp n. 591.110-BA, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 1º.7.2004; REsp n. 662.608-SP, DJ de 5.2.2007, e REsp n. 881.651-

BA, DJ de 21.5.2007, os dois últimos da relatoria do Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Os embargos foram admitidos pela decisão de fl. 999 (e-STJ).

O prazo para impugnação transcorreu *in albis* (e-STJ, fl. 1.003). Após a certificação desse fato, o embargado peticionou alegando que a intimação fora realizada, por equívoco, em nome de causídico que não patrocina seus interesses. Juntou, então, cópia de informações processuais referentes a outros processos concernentes às mesmas partes e requereu a devolução do prazo para resposta, bem como a alteração, na contracapa dos autos, do nome dos advogados, devendo nela passar a constar o nome dos subscritores da referida petição a fim de que recebam as futuras intimações (e-STJ, fls. 1.005-1.010).

É o relatório.

VOTO

Ementa: Processual Civil. Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Momento processual adequado. Fase instrutória.

1. As partes não podem ser surpreendidas com a inovação de ônus que, antes de decisão judicial fundamentada, não lhes era imputado. Por isso, concluindo o Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação, pela inversão do ônus da prova, deve determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau a fim de que reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a instrução do processo.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): De plano, afasto o pleito de reabertura do prazo processual para impugnação aos embargos, uma vez que das publicações, tanto no âmbito da Corte Especial quanto no desta Segunda Seção, constou nome de advogada regularmente constituída nos autos, conforme substabelecimento juntado às fls. 854-856 (e-STJ). Observa-se que, desde o termo de recebimento e autuação dos embargos de divergência, há o registro do nome da referida causídica como representante legal do recorrido (e-STJ, fl. 875). Além disso, antes do presente pedido, não consta requerimento para que se promovessem as publicações exclusivamente em nome de determinado advogado.

Verifico, inicialmente, que dois são os temas constantes destes embargos. O primeiro trata do valor fixado a título de indenização – paradigma originário da Segunda Turma: REsp n. 343.904-PR. O segundo diz respeito à interpretação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, à definição do momento oportuno para a inversão do ônus da prova – paradigmas originários da Quarta Turma: REsp n. 591.110-BA, REsp n. 662.608-SP e REsp n. 881.651-BA.

Distribuído o feito à Corte Especial para apreciação da matéria relativa ao valor fixado a título de indenização (paradigma originário da Segunda Turma), a relatora, Ministra Laurita Vaz, proferiu decisão nos seguintes termos:

Não obstante, na hipótese em apreço, as divergências suscitadas implicaram a feitura de *pedidos sucessivos*, os quais demandam a inversão dessa ordem de julgamento, ou seja, em primeiro lugar, deve a Segunda Turma apreciar a controvérsia acerca da nulidade argüida porque, caso sejam acolhidos os embargos de divergência, restará prejudicado o exame do segundo pedido; e, se forem rejeitados, aí sim, deve o recurso ser encaminhado para completar o julgamento perante a Corte Especial.

Ante o exposto, *determino* seja o presente feito distribuído para um dos ilustres Ministros integrantes da Eg. Segunda Seção, a fim de que seja analisado o recurso sob a luz dos paradigmas da 4ª Turma, nos termos da fundamentação acima esposada (e-STJ, fl. 980).

Assim, a matéria a ser apreciada por esta Segunda Seção, nos presentes autos, diz respeito ao momento em que se deve promover a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

A irresignação merece ser acolhida.

O tema em questão foi pacificado no julgamento do REsp n. 802.832-MG, afetado pela Terceira Turma, da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sessão de 13.4.2011, ementado nos seguintes termos:

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC) ônus da prova. Inversão "*ope judicis*" (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ("*ope legis*"), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ("*ope judicis*"), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão "*ope judicis*" ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo Tribunal (acórdão).

V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão "*ope judicis*" do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente na fase do saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turmas desta Corte.

VIII. Recurso especial desprovido.

Ante o exposto, *conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento* para determinar o retorno dos autos à primeira instância a fim de que, mantida a inversão do ônus da prova pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeiro grau reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Peço vênias ao eminente relator para divergir, votando no sentido do não conhecimento dos embargos de divergência.

Relembre-se que os embargos de divergência foram interpostos contra acórdão da Terceira Turma desta Corte, relatoria da Ministra Nancy Andrigli, no julgamento do Recurso Especial n. 422.778-SP, cuja ementa foi a seguinte:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar.

Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência.

Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007, p. 220).

A alegação central da empresa embargante diz com a divergência jurisprudencial desta Corte acerca da aplicação automática da regra de inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, seja quanto à falta de fundamentação da respectiva decisão, seja quanto ao momento processual adequado para tal.

Citou como paradigmas os acórdãos da Quarta Turma proferidos nos Recursos Especiais n. 662.608 e n. 881.651, relatoria do Min. Hélio Quaglia Barbosa, bem como no Recurso Especial n. 591.110, relatoria do Min. Aldir Passarinho Júnior.

No seu respeitável voto, o eminente relator mencionou precedente da minha relatoria, no REsp n. 802.832-MG, em que se estabeleceu que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não é regra de julgamento, mas de instrução, devendo ser deliberada pelo juiz em momento intermediário do processo, permitindo a produção de provas pela parte a quem se atribuiu a carga probatória.

A ementa desse acórdão foi a seguinte:

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão “*ope judicis*” (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo.

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (“*ope legis*”), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (“*ope judicis*”), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “*ope judicis*” ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo Tribunal (acórdão).

V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão “*ope judicis*” do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

VIII. *Recurso especial desprovido.*

Ocorre que o presente caso, porém, versa acerca de responsabilidade pelo fato do produto, prevista no art. 12 do CDC, abrangendo os danos causados aos consumidores por produtos defeituosos, tutelando-se a sua segurança física e patrimonial.

No precedente da minha relatoria, por exemplo, mencionado no voto do relator, tratava-se de caso de responsabilidade pelo vício do produto (art. 18 do CDC), protegendo-se o consumidor em relação à falta da qualidade legitimamente esperada de um produto adquirido no mercado de consumo.

A peculiaridade da responsabilidade pelo fato do produto, assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), é a previsão, no microsistema do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da “inexistência de defeito”.

O art. 12, § 3º, estabelece textualmente o seguinte:

Art. 12. O fabricante, 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.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual.

O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, “só não será responsabilizado quando provar (...) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu.”

Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuinto a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova “*ope legis*” (ato do legislador) e a inversão “*ope judicis*” (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto - art. 12 - ou fato do serviço - art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova “*ope judicis*”, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que era exemplo marcante a situação retratada no REsp n. 802.832-MG, envolvendo responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), é que surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório mediante decisão fundamentada.

Nesse ponto, no julgamento do REsp n. 802.832-MG, nesta Segunda Seção, consoante a ementa acima transcrita, já manifestei minha concordância com a posição do eminente relator no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa.

O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito. A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, constitui um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito. Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Por isso, tendo o fabricante as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

Portanto, tratando-se de caso de inversão do ônus probatório por força de lei (*ope legis*), não há necessidade de o juiz reabrir a instrução, podendo a regra ser aplicada diretamente pelo juiz ou pelo próprio Tribunal, como ocorreu no caso em julgamento.

Enfim, essa distinção é relevante, pois está-se a tratar, no presente caso, de uma situação de inversão do ônus da prova "*ope legis*", como se fosse "*ope judicis*".

Anote-se que o eminente Min. Menezes Direito, em seu judicioso voto proferido por ocasião do julgamento do recurso especial, após consignar sua concordância com a posição doutrinária de Carlos Roberto Barbosa Moreira de que o juiz, ao perceber a necessidade de inversão do ônus da prova, deve reabrir

a instrução processual para que o fornecedor possa produzir a prova adequada, observou o seguinte aspecto na presente demanda, *verbis*:

No caso, vale relevar, trata-se de responsabilidade pelo fato do produto que não ofereceu a segurança que dele legitimamente se esperava, com o que a empresa ré deveria comprovar que não colocou o produto no mercado, ou que embora o tenha colocado, o defeito inexistia ou que a culpa foi exclusiva da vítima, como está expressamente indicado no artigo 12, § 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Se não se desincumbiu dessa prova, a responsabilidade estaria configurada. Essa obrigatoriedade da prova de uma das excludentes do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor decorre diretamente da lei. É que aqui a própria regra já impõe a inversão, isto é, já determina que se presume o defeito constatado o dano, passando ao fornecedor dos bens o dever de fazer a prova (cfr. Cláudia Lima Marques, cit., p. 261).

E finaliza o seu voto eminente Min. Menezes Direito:

Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas, não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.

Finalmente, a questão relativa à correta identificação do fabricante, ressaltada pela empresa recorrente nas suas razões, é irrelevante para o julgamento deste recurso, que busca superar uma divergência entre as Turmas desta Corte e uniformizar a sua jurisprudência.

Trata-se, na realidade, de matéria de fato, cujo reexame refoge da competência desta Corte, especialmente em sede de embargos de divergência.

Por isso, com a mais respeitosa vênias ao eminente relator, voto pelo não conhecimento dos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, também tenho como irrespondíveis os argumentos trazidos pelo eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a quem acompanho, com a vênias do ilustre Ministro Relator.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de embargos de divergência opostos por Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas contra acórdão da 3ª Turma deste Tribunal (fls. 860-905), que considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990 (CDC) como regra de julgamento, que, portanto, pode ser estabelecida no momento em que o juiz proferir a sentença ou até mesmo pelo Tribunal ao apreciar a apelação, como ocorreu no caso em exame.

Afirma a embargante que o acórdão embargado encontra-se em divergência com o entendimento da 4ª Turma, que, nos julgamentos dos REsp's n. 591.110-BA, n. 662.608-SP e n. 881.651-BA, concluiu que a referida norma legal inseriu regra de procedimento, que, como tal, deve ser determinada pelo juiz durante a instrução do feito e mediante decisão que examine fundamentadamente os requisitos exigidos em lei, de forma a propiciar a produção da prova à parte a quem dirigida a ordem judicial e que irá suportar as consequências processuais de sua eventual não produção.

O relator, Ministro João Otávio de Noronha, conheceu e deu provimento aos embargos, “a fim de que, mantida a inversão do ônus da prova pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeiro grau reabra a oportunidade para indicação de provas e realize a fase de instrução do processo”, com base no recente julgamento pela 2ª Seção do REsp n. 802.832-MG.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em voto-vista, considerou não configurada a divergência entre os acórdãos embargado e paradigma, ao entendimento de que a discussão dos autos se refere à responsabilidade pelo fato do produto prevista no art. 12 do CDC, dispositivo que indica por quem e de que forma os fatos devem ser comprovados, motivo pelo qual não tem pertinência a discussão sobre o momento adequado para se estabelecer a inversão do ônus da prova, debate que tem cabimento somente nas hipóteses em que a inversão decorre de determinação judicial, na forma do art. 6º, VIII, do referido Código.

Observou, ainda, ser irrelevante a identificação do fabricante do produto defeituoso para o julgamento do presente recurso, primeiro, em razão da finalidade dos embargos de divergência de uniformizar a jurisprudência no âmbito do Tribunal e, depois, porque a providência demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, provimento vedado pela Súmula n.

7-STJ. Diante disso, não conheceu dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelos Ministros Sidnei Beneti e Nancy Andrichi.

Pedi vista para melhor examinar a questão, trazendo agora o meu voto, a fim de prosseguir o julgamento.

Adiro integralmente aos fundamentos do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em relação à precisa distinção das espécies de inversão do ônus da prova contidas no CDC, quando decorrente da lei (*“ope legis”*) ou por determinação judicial (*“ope judicis”*), conforme exposto de maneira brilhante no voto condutor do acórdão proferido no REsp n. 802.832-MG, cujo julgamento foi afetado à 2ª Seção e do qual extraio as seguintes passagens:

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador (*“ope legis”*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhes foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, que é a discutida no presente processo, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nestes casos, de que é exemplo marcante a situação retratada nos autos, relativo à responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC), surge a questão de se estabelecer qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine a inversão da distribuição do ônus probatório.

A este respeito, embora diante da responsabilidade pelo fato do produto – em que a inversão do ônus da prova, ao meu sentir, advém automaticamente da

própria lei (*ope legis*) –, esta Terceira Turma, no REsp n. 422.778-SP, *leading case* do atual entendimento, entendeu possível a utilização, no momento do julgamento, do art. 6º, VIII, do CDC (*ope judicis*):

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

(...)

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.6.2007, DJ 27.8.2007 p. 220).

Considerou-se que o ônus da prova, por ser regra de julgamento, poderia – e deveria – ter a sua inversão determinada na sentença, único momento processual em que a distribuição do encargo probatório possuiria sentido e relevância.

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento para se evitar o *non liquet* do Direito Romano, pois as consequências da não-comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova.

Nada obstante, entendo ser este somente um dos aspectos relevantes da distribuição do ônus da prova. Trata-se do aspecto objetivo, dirigido ao juiz.

Não se pode olvidar, porém, que o aspecto subjetivo da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante.

Pelo aspecto subjetivo ou – na doutrina de Barbosa Moreira (*Temas de direito processual civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74) – formal do ônus da prova, ele se apresenta, conforme destacado por Fredier Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*, vol. 2, 4ª Edição. Editora Juspodivm. Salvador: 2009, p. 74), como uma “regra de conduta para as partes” ou ainda, nos dizeres de Daniel Mitidiero (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: 2009, p. 125), como uma “norma de instrução”.

A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual

das partes. Naturalmente, participará da instrução probatória com maior vigor, intensidade e interesse a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo.

Exatamente isso pode ser verificado no caso dos autos, pois o fornecedor do produto considerado viciado pelo recorrente desistiu da produção das provas testemunhal e pericial que havia requerido, comportamento que certamente não adotaria se soubesse – antes da sentença – que sobre si recairia o ônus probatório.

Influindo a distribuição do encargo probatório decisivamente na conduta processual das partes, devem elas possuir a exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias.

Do contrário, permitida a distribuição, ou a inversão, do ônus probatório na sentença e inexistindo, com isto, a necessária certeza processual, haverá o risco do julgamento ser proferido sob uma deficiente e desinteressada instrução probatória, na qual ambas as partes tenham atuado com base na confiança de que sobre elas não recairá o encargo da prova de determinado fato.

De outro lado, o argumento de que a simples previsão legal da inversão *ope judicis* já seria suficiente para alertar as partes acerca da possibilidade da sua utilização pelo juiz quando da prolação da sentença desconsidera a distinção inicialmente referida, entre inversão *ope judicis* e *ope legis*.

Expressão dessa tendência de se conferir cada vez mais relevo ao aspecto subjetivo do ônus da prova é o Projeto de Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão presidida pelo eminente Min. Luiz Fux (Projeto n. 166, de 2010, em tramitação no Senado Federal), cujo enunciado normativo do art. 262, § 1º, dispõe que “a dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo”.

Assim, a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz “decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento” (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC).

Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.

Considero irretocáveis esses ensinamentos, motivo pelo qual acompanhei o referido voto no julgamento concluído em 13.4.2011. Divirjo, todavia, quanto à solução dada ao caso presente, porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso, encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença

julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado o nexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação. O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau.

Com efeito, as hipóteses descritas nos incisos, I, II e III, do § 3º, do referido dispositivo legal, tratam de excludentes de responsabilização, sendo certo que somente é possível atribuir-se a incumbência de comprovar a não colocação de produto do mercado, que ele não apresenta defeitos ou mesmo a culpa exclusiva do consumidor, a quem detém a condição de fabricante, produtor, construtor ou importador do bem ou serviço, cujo alegado defeito provocou danos ao seu adquirente. A comprovação de quem é o fabricante do produto defeituoso compete ao consumidor. Este fica dispensado de comprovar apenas a culpa do fabricante pelo defeito que causou o evento danoso, mas não que o produto foi fabricado pelo fornecedor que indica na inicial.

Nesse sentido, posiciona-se Rizzatto Nunes ao comentar o art. 12 do CDC:

A primeira observação diz respeito aos sujeitos da oração. A norma diz “o fabricante, o produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador” abrindo mão de utilizar o termo geral: “fornecedor”.

Explica-se. Fornecedor é o gênero daqueles que desenvolvem atividades no mercado de consumo, conforme definido no art. 3º. Assim, toda vez que o CDC se refere a “fornecedor” está envolvendo todos os participantes que desenvolvem atividades, sem qualquer distinção. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade pelo vício (que examinaremos na próxima seção). No art. 18 o CDC põe com sujeito “os fornecedores”, sem distinção. Como se verá, quando isso ocorre, cabe ao consumidor a escolha daquele que deverá resolver seu produto (v.g. o consumidor vai ao comerciante-lojista pedir a troca do produto).

Já na responsabilidade por defeito, a regra é a especificação do agente. Com isso, a sujeição passiva se altera, limitando a escolha do consumidor. Na hipótese de acidente de consumo com produto, a ação do consumidor tem de se dirigir ao responsável pelo defeito: fabricante, produtor ou construtor e, em caso de produto importado, o importador.

(Comentário do Código de Defesa do Consumidor, p. 251, 6ª ed., 2011, Saraiva).

Especificamente em relação às excludentes de responsabilização (CDC, art. 12, § 3º), acrescenta o citado autor:

Como a sistemática adotada é a da responsabilidade objetiva, demonstrado pelo consumidor o dano, o nexo de causalidade entre o dano e o produto com a indicação do responsável, pode este, caso queira - e possa -, desconstituir sua obrigação de indenizar nas hipóteses previstas no § 3º do art. 12.

Contudo, antes de ingressarmos nessa avaliação, necessário se faz que comentemos um aspecto relevante da prova do nexo de causalidade. A pergunta que se faz é: o consumidor tem a obrigação de provar o dano, o nexo de causalidade existente entre o dano e o produto, e apontar o responsável pela elaboração deste?

Já tivemos oportunidade de comentar a norma que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (inciso VIII do art. 6º). Trata-se de norma processual que se espalha por todas as situações em que, eventualmente, o consumidor tenha de produzir alguma prova. Assim aqui também, na prova do dano e do nexo de causalidade.

Voltando à questão: é ao consumidor, naturalmente, a quem incumbe a prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano e o produto, com indicação do responsável pela fabricação do produto. Todavia, o ônus de produzir essa prova pode ser invertido nas hipóteses do inciso VIII do art. 6º.

(...)

Concluída essa fase pelo consumidor, da prova do dano, do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o produto, com a indicação do responsável pelo produto, deve este último pura e simplesmente pagar o valor da indenização que for apurada, sem praticamente possibilidade de defesa. Suas únicas alternativas de contestação são as previstas no § 3º do art. 12.

(Obra citada, p. 259-260).

Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (inversão do ônus da prova "*ope legis*"). Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (nexo causal entre o dano e a ação do réu de fabricar o produto), mas esta inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa.

Ressalto que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no âmbito doutrinário, ratifica esse posicionamento ao discorrer sobre a imputação de responsabilidade no CDC:

“O ordenamento jurídico atribui a determinadas pessoas o dever de reparar os danos causados a outras por certos fatos que a elas se vinculam. A imputabilidade consiste no nexó de atribuição (ou de imputação) que se deve estabelecer entre certo fato e determinado agente, para que ele possa ser considerado responsável, constituindo, assim, um pressuposto de extrema relevância na responsabilidade civil subjetiva ou objetiva.

Na responsabilidade civil subjetiva, a imputação guarda sempre referência a um determinado delito, atribuindo-se a obrigação de indenizar uma pessoa por ter, sob um ângulo objetivo, violado determinados deveres de cuidado fixados pela ordem jurídica (ilicitude) e por ter, sob um ângulo subjetivo, agido voluntariamente ou de forma diversa da que era devida nas circunstâncias (culpa *lato sensu*). Na responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa é dispensado do suporte fático, derivando a formulação do nexó de imputação de critérios puramente objetivos.

Na responsabilidade civil por acidentes de consumo, como modalidade de responsabilidade objetiva, o suporte fático do fato do consumo, em si, é composto apenas pelos danos causados por um produto ou serviço defeituoso. A rigor, a atribuição do dever de indenizar esses danos deveria recair sobre as pessoas físicas ou jurídicas que mantivessem vinculação direta com a defeituosidade desse produto ou serviço causador do dano. A imputação deveria ficar restrita aos responsáveis pela criação desses produtos ou serviços e por sua colaboração no mercado de consumo, atingindo, assim, somente o fabricante, o construtor, o produtor ou o prestador de serviços.

Frequentemente, porém, para viabilizar uma proteção mais efetiva à vítima de acidentes de consumo, amplia-se o nexó de imputação para abranger outras pessoas, que, embora não tendo relação direta com o produto ou o serviço no momento da sua criação, instante provável do surgimento do defeito, participam ativamente da sua circulação no mercado de consumo até chegar às mãos do consumidor ou usuário, como ocorre com o importador, o distribuidor, o comerciante. Estabelece-se, assim, na responsabilidade por acidentes de consumo, uma ampliação do nexó de imputação para abranger pessoas que, no sistema tradicional, não seriam atingidas.

(...)

O comerciante atacadista ou varejista aparece como responsável aparente quando vender produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação. Figura como responsável aparente, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando não identificar o fabricante ou o importador do produto vendido.

(...)

Nas duas primeiras hipóteses (art. 13, incisos I e II), a responsabilização do comerciante justifica-se em face da dificuldade ou, até mesmo, da impossibilidade de identificação dos nomes dos responsáveis reais (fabricante, produtor ou consumidor) ou do importador. As normas constantes do incisos I e II do art. 13 do CDC têm suscitado interpretações conflitantes. De um lado, interpreta-se restritamente o benefício concedido ao comerciante, permitindo que seja acionado pelo consumidor quando houver simples ausência de identificação. De outro lado, procede-se a uma exegese mais ampla, admitindo-se apenas a ação direta contra o comerciante quando houver impossibilidade de identificação.

Esta segunda linha de interpretação é a mais correta, pois, havendo possibilidade de identificação do responsável real, não é razoável afastar, desde logo, a eximente concedida pelo legislador e admitir a ação direta contra o comerciante. Imagine-se um consumidor que se intoxicou por uma fruta ou verdura adquirida em um grande supermercado, onde, normalmente, não existe a identificação do produtor. Por evidente, antes de ingressar com o processo, deve-se conceder ao comerciante a oportunidade de indicar o responsável real. Na prática, a melhor solução é a notificação prévia, por escrito particular, do comerciante para que indique o responsável real em prazo determinado, sob pena de ajuizamento de demanda indenizatória (Responsabilidade Civil no Código de Consumidor e a Defesa do Consumidor, p. 170-171 e 181-182, 3ª ed., 2010, Saraiva).

A responsabilidade do fornecedor pressupõe, pois, que o consumidor indique com precisão o fabricante, produtor, construtor ou importador do produto defeituoso que ensejou os danos para os quais busca reparação, admitindo-se, todavia, a inversão do ônus da prova, mediante decisão fundamentada do juiz, nos termos do art. 6º VIII do CDC, a fim de incumbir ao apontado como fornecedor (o réu) comprovar que não fabricou o produto defeituoso, conforme observa o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na obra mencionada:

“No Brasil, o ônus probatório do consumidor não é tão extenso, inclusive com possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor, conforme será analisado em seguida, Deve ficar claro, porém, que o ônus de comprovar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. *Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexa causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC.*

Por outro lado, compete ao fornecedor a comprovação dos fatos impeditivos do direito do direito do demandante (a culpa exclusiva do consumidor, o fato

exclusivo de terceiro, a força maior, o caso fortuito); dos fatos modificativos (v.g. a culpa concorrente); ou dos fatos extintivos (v.g. a prescrição). Além disso, deve também demonstrar o fornecedor os fatos cujo encargo probatório lhe atribuído pela lei ou pelo juiz. A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*) ou de determinação (*ope judicis*), estando a primeira hipótese prevista no art. 12, § 3º, e 14, § 3º, enquanto a regra do art. 6º, inciso VIII, do CDC contempla a segunda situação (p. 354-355, grifei).

Ocorre, porém, que, no caso em exame, o autor da ação limitou-se a afirmar que adquiriu uma garrafa de coca-cola litro “no Posto de Gasolina situado na Rodovia Com. João Ribeiro de Barros, município de Iacri-SP, já que emprendia viagem a esta cidade de Tupi Paulista” e que a empresa Refrigerantes Marília Ltda., sucedida pela Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas, ora embargante, “é fabricante e comercializa *coca-cola*, nesta região do Estado de São Paulo” (fl. 7). A ré contestou, afirmando que “várias são as empresas que fabricam o produto, com fábricas sediadas em toda a região onde ocorrido o evento. O estabelecimento vendedor poderia ter adquirido o produto, pois, de qualquer um dos fabricantes.” (fl. 106). Não indicou o autor, sequer, o nome do estabelecimento no qual adquiriu o refrigerante, circunstância que impediu a empresa de até mesmo de verificar se mantém ou manteve, na época dos fatos, negócios com o ponto de venda no qual teria sido adquirido o produto.

Observo que a sentença não analisou a inversão do ônus da prova e, a despeito de reconhecer o dano provocado pelo estouro de garrafa de refrigerante, julgou improcedente o pedido porque entendeu não comprovada a fabricação do produto defeituoso pela ora embargante, confira-se (fls. 649-651):

“Enfim, foi comprovado que o autor sofreu um dano gerado pela expulsão involuntária da tampa de garrafa de coca-cola.

Todavia, *data venia*, não há prova de que a empresa incorporada, Refrigerantes Marília Ltda., tenha sido a fabricante do produto, de forma a gerar a obrigação de indenizar.

Embora a aludida empresa tenha fabricado e comercializado a coca-cola nesta região do Estado, fato esse que é incontroverso, nem por isso significa que aquele refrigerante tenha sido produzido por ela.

O próprio autor admitiu na petição inicial que aquela empresa era apenas uma, “como tantas outras fábricas existentes em todo o Brasil do refrigerante coca-cola.

Em outras palavras, é sabido que o autor adquiriu um refrigerante coca-cola no restaurante de um posto de abastecimento, mas não é sabido se tal estabelecimento comercial havia adquirido o produto de fabricação da empresa incorporada Refrigerantes Marília Ltda.

O aludido restaurante poderia muito bem ter adquirido o refrigerante produzido por qualquer outra fábrica da coca-cola.

E nem se diga que o autor da ação estaria impossibilitado de realizar tal prova.

Poderia ter apresentado a tampinha que lhe causou o fermento e, dessa forma, noticiar a empresa produtora do refrigerante. É do conhecimento geral que as tampinhas dos refrigerantes trazem o nome do fabricante do produto.

Poderia também trazer depoimentos dos proprietários do restaurante para que eles esclarecessem de qual fábrica da coca-cola haviam adquirido o produto.

Enfim, não havendo nenhum adminículo de prova de que a empresa incorporada Refrigerantes Marília Ltda. produziu o refrigerante que causou o acidente, impõe-se a improcedência da demanda.

Discute-se, pois, na presente ação, não o defeito da garrafa de coca-cola cuja explosão provocou seríssimos danos na visão do consumidor, fato esse incontroverso, mas se o produto defeituoso foi fornecido ao ponto de venda em que adquirido pela empresa incorporada pela ora embargante, prova que, mesmo nas relações de consumo, caberia ao autor da ação, admitindo-se a inversão do ônus da prova, com base no art. 6º, VIII, do CDC, mediante decisão fundamentada em que sejam examinados os requisitos descritos nele descritos (verossimilhança ou hipossuficiência).

No julgamento da apelação, todavia, o Tribunal de Justiça, ao interpretar o referido dispositivo legal, considerou que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor deve ser automática, exigindo-se manifestação judicial fundamentada apenas quando o magistrado entender não aplicável a inversão, conforme se extrai das seguintes passagens do voto condutor (fl. 715):

“Não se pode deixar de lembrar, como bem ressaltado pelo autor nas razões de apelação, que estamos diante de uma relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que, pelo seu artigo 6º, inciso VIII, impõe ao juiz a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente. A bem interpretar tal dispositivo, há de se compreender, porque presunção *juris tantum*, a hipossuficiência (deixando-se a verossimilhança da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor), invertendo-se, sempre, o ônus da prova, independentemente de expressa manifestação do juiz nesse sentido. Ou seja, apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que não se inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério. Caso contrário, o alcance do artigo deixa de cumprir suas finalidades, considerando aqui tratar-se o Código de Defesa do Consumidor de norma de proteção ao consumidor hipossuficiente contra o fornecedor. E o

critério para não se inverter o ônus da prova, há de ser fundamentado pelo juiz, levando-se em conta entre os seus direitos básicos a facilitação da defesa de seus direitos.

O Tribunal de origem, portanto, em manifestação dissonante da orientação deste Tribunal, considerou a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º VIII do CDC como regra de julgamento, atribuindo à ora recorrente o dever de demonstrar, independentemente de inversão judicial, que “não é a fabricante do refrigerante Coca-Cola distribuído naquela região, ou mesmo demonstrar que efetuou vendas ao estabelecimento apontado pelo autor como aquele em que adquiriu o refrigerante” (fls. 715-716). Não produzida a prova, sem considerar sequer que não fora declinado na inicial nem o nome (ou endereço completo) do estabelecimento comercial onde adquirido o produto, presumiu que a empresa incorporada pela ora embargante fabricou o produto defeituoso, condenando-a ao pagamento da indenização pleiteada na inicial.

Ao apreciar o recurso especial, o acórdão embargado adotou o entendimento de que “a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do CDC, é regra de julgamento” (fl. 904). A 4ª Turma, em direção diametralmente oposta, entende que o referido dispositivo legal regula regra de instrução, conforme demonstram os acórdãos paradigmas: REsp n. 881.651-BA, REsp n. 662.608-SP e REsp n. 591.110-BA (fls. 936, 946 e 955). Manifesta, portanto, data maxima vênua, a divergência a justificar o conhecimento dos presentes embargos de divergência.

O presente recurso não tem, pois, por objeto verificar a existência do defeito no produto, o que demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7-STJ. Cuida-se de decidir se é possível inverter, no julgamento da apelação (como regra de julgamento, portanto, e não de instrução), o ônus da prova acerca do próprio nexos causal, no caso, a correta identificação do fabricante do produto defeituoso, sendo manifesta, pois, no ponto, a divergência de entendimento entre as Turmas que integram esta 2ª Seção. Não tem relevância a circunstância de os acórdãos paradigmas terem examinado, respectivamente, indenização por dano moral decorrente de agressão por segurança de estabelecimento comercial e revisão de cláusulas de contrato bancário, dado que em todos os casos a conclusão decorreu da interpretação do art. 6º, VIII, do CDC.

A propósito, apenas a título de exemplo, cito o seguinte acórdão da 2ª Seção:

Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Desnecessidade de acórdãos absolutamente idênticos, bastando a similitude entre os julgados para a configuração da divergência. Litisconsórcio. Inexistência de sucumbência de dois dos três litisconsortes. Ausência de interesse para recorrer, no que lhes toca. Inaplicabilidade do art. 191 do CPC. Precedente. Apelação da embargante que se diz manter o litisconsórcio entre embargada e hospital. Inaplicabilidade. Embargos acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

1. A existência de diferenças pontuais entre os acórdãos não impede a admissibilidade dos embargos de divergência, se a questão nuclear foi abordada pelos julgados confrontados, exibindo clara a divergência no tocante à aplicação ou não do disposto no art. 191 do CPC, em situações parelhas, como indicadas.

2. Inexistindo sucumbência e interesse de recorrer, porém, por parte dos litisconsortes, que restaram vitoriosos em primeira instância, não se aplica a dobra do prazo. Precedente: EREsp n. 222.405-SP, Corte Especial.

3. A apelação da embargante manteve o litisconsórcio tão-somente no que toca àquele recurso, mas não em relação ao apelo da embargada, onde a participação do litisconsorte seria inócua.

4. Embargos de divergência acolhidos, negando-se provimento ao recurso especial.

(EREsp n. 525.796-RS, 2ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 19.3.2007).

Diante disso, como bem delineado pelo Relator, Min. João Otávio de Noronha, “a matéria a ser apreciada por esta Segunda Seção, nos presentes autos, diz respeito ao momento em que se deve promover a inversão do ônus da prova”.

Esse tema, todavia, já está pacificado no âmbito desta 2ª Seção que, no recente julgamento do REsp n. 802.832-MG, consolidou a orientação de que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, inc. VIII do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade”.

Em face do exposto, conheço e dou provimento aos embargos de divergência para anular o processo desde a sentença e determinar ao juiz de primeiro grau que, caso considere presentes os requisitos da inversão do ônus da prova estabelecidos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, reabra a instrução do processo, a fim de propiciar à embargante a oportunidade de comprovar não ser a fabricante da garrafa de coca-cola adquirida pelo autor da ação.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, gostaria de reformular meu voto, em face das judiciosas razões trazidas pela eminente Ministra Isabel Gallotti, para conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, o assunto é bastante controvertido exatamente pelas sutilezas que contém. Lembrando aqui, no caso concreto, que a sentença deste processo é de 1998, e o acórdão é de 2001. Ocorre que, no caso concreto, o Tribunal de origem e esta Corte discutiram o caso à luz da interpretação do art. 6º, inciso VIII, do Código do Consumidor, e os acórdãos paradigmas também estão fundamentados no mesmo art. 6º.

Portanto, reconheço a divergência em relação à interpretação do art. 6º do Código do Consumidor à luz das decisões proferidas no acórdão embargado e nos acórdãos paradigmas. E como bem destacaram os eminentes Ministros João Otávio de Noronha e Isabel Gallotti, a regra do art. 6º é de produção de prova (ou de procedimento), e não de julgamento. Aliás, nesse ponto, os eminentes Ministros não discrepam do entendimento do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Em tais condições, e com a devida vênia dos entendimentos em contrário, acompanho o voto do Relator com os acréscimos trazidos pela eminente Ministra Isabel Gallotti.

RECURSO ESPECIAL N. 1.087.153-MG (2008/0197224-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Lania Maria Soares

Advogados: Regina Márcia Viegas Peixoto Cabral Gondim e outro(s)

Márcia Izabel Viegas Peixoto Onofre

Guilherme Luiz de Souza Pinho

Recorrido: Fhemig - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais
Advogado: Alexandre Santiago de Carvalho Rego e outro(s)

EMENTA

Direito Constitucional. Recurso especial. Ação indenizatória proposta por ex-empregado em face do ex-empregador. Ressarcimento do valor gasto a título de honorários contratuais com a propositura de reclamatória trabalhista julgada procedente. “Ações de indenizações por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (art. 114, inciso VI, CF/1988). Competência absoluta da Justiça do Trabalho.

1. No caso, cuida-se de *ação indenizatória* das perdas e danos que a autora alega ter experimentado com a contratação de advogado particular, tudo em razão de descumprimento de normas trabalhistas pelo ex-empregador, pelo que a autora foi obrigada a ajuizar ação reclamatória trabalhista, na qual veio a se sagrar vitoriosa.

2. A ação de indenização ajuizada pelo trabalhador em face do ex-empregador, com vistas ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais despendidos em reclamatória trabalhista outrora manejada, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, porquanto se subsume ao que dispõe o art. 114, inciso VI, CF/1988: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

3. Tratando-se de competência prevista na própria Constituição Federal/1988, nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça detém *jurisdição* para prosseguir no julgamento do recurso especial quanto ao mérito, não lhe sendo dado incidir nas mesmas nulidades praticadas pelos demais órgãos da Justiça Comum. No caso concreto, impropriedade da discussão sobre se o STJ pode conhecer de matéria de ordem pública de ofício e independentemente de prequestionamento.

4. Recurso especial conhecido para, aplicando o direito à espécie, reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar a causa e declarar a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo (art. 113, § 2º, CPC), com determinação de remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar a causa e declarar a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo, determinando a remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho da comarca de Belo Horizonte-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Raul Araújo. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 22.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Lânia Maria Soares ajuizou ação de indenização por danos materiais em face de FHEMIG - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais, noticiando que moveu, junto à 19ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, ação reclusória trabalhista em face da ré, objetivando recebimento de verbas devidas em razão da relação de trabalho que mantinha com a Fundação.

Argumentou que o não cumprimento de normas trabalhistas pelo empregador exigiu o acionamento da Justiça do Trabalho e a consequente contratação de profissional da advocacia, circunstância que ensejou um decréscimo da verba trabalhista no valor de R\$ 2.906,66, relativo aos honorários contratuais pagos ao causídico, montante corrigido que alcança R\$ 7.505,99.

Sustentou, por outro lado, que a competência para o julgamento do caso é da Justiça Comum, uma vez que não se está a discutir “o contrato de trabalho entre as partes, mas sim um fato - ato ilícito - gerador de imensos prejuízos” (fl. 10).

O Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Capital-MG julgou improcedente o pedido do autor, sobretudo porque no âmbito da

Justiça do Trabalho o trabalhador é detentor do chamado *jus postulandi*, o qual lhe permite acionar o Judiciário pessoalmente, sem advogado, nos termos do art. 791 da CLT (fls. 248-251).

O TJMG manteve a sentença em grau de apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

Ementa: ação de indenização. Danos materiais. Honorários contratuais de advogado. Justiça do Trabalho. Jus postulandi. Dever de indenizar afastado. "Se os honorários contratuais decorrem de acordo celebrado livremente ente a parte e o seu patrono, é totalmente alheio à relação de direito material que deu ensejo à ação. Não tendo o autor exercido o seu direito garantido no artigo 791 da CLT e nem se utilizado dos serviços oferecidos pelo sindicato para demandar na Justiça do Trabalho, preferindo contratar advogado particular, não pode agora pretender que o réu arque com os honorários advocatícios contratados para se fazer representar naquela Justiça especializada. Não havendo prova de algum dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil, não há que se falar em obrigação de indenizar" (TJMG - Ap. n. 1.0024.06.995992-2/001 - Rel. Des. Duarte de Paula). (fl. 271).

Opostos embargos de declaração (fls. 281-286), foram rejeitados (fls. 289-291).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 535 do CPC e arts. 186, 389, 395 e 404, todos do Código Civil de 2002.

Em síntese, argumenta a recorrente que seu ex-empregador violou normas trabalhistas e o contrato de trabalho, o que lhe causou danos patrimoniais com a contratação de advogado para o ajuizamento da ação trabalhista, na qual se sagrou vitoriosa.

Aduz que os honorários contratuais inserem-se nas perdas e danos a que fazem referência os artigos do Código Civil tidos por violados, circunstância que exige do empregador a integral reparação do dano experimentado pelo trabalhador.

Contra-arrazoado (fls. 354-360), o especial foi admitido (fls. 370-371).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Com o ajuizamento da presente demanda, pretende a recorrente o recebimento de indenização por

danos materiais consistentes nos valores gastos com a contratação de advogado para promoção de ação trabalhista outrora aforada na Justiça do Trabalho, objetivando reconhecimento das verbas decorrentes da rescisão de seu contrato de trabalho com a recorrida.

Sustenta, em síntese, que o descumprimento de normas trabalhistas, pelo empregador, acarretou-lhe perdas e danos, nas quais alega se inserir os honorários contratuais de advogado, nos termos do que preceituam os arts. 389, 395 e 404, todos do Código Civil de 2002, *verbis*:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado*.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado*.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e *honorários de advogado*, sem prejuízo da pena convencional.

Os dispositivos de lei tidos por violados foram prequestionados pelo acórdão impugnado, uma vez que a celeuma orbitou essencialmente em torno do cabimento da indenização dos honorários contratuais pagos pela autora.

Ademais, o dissídio está plenamente demonstrado, razão pela qual o recurso especial deve ser conhecido.

3. Nesse passo, cumpre ressaltar que a controvérsia instalada nos presentes autos não é nova no âmbito desta Corte, tendo as Turmas de Direito Privado se manifestado a respeito, muito embora em sentidos opostos.

Refiro-me ao REsp n. 1.027.897-MG, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, e REsp n. 915.882-MG, rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, ambos da Quarta Turma, julgados, respectivamente, em 16.10.2008 e 4.2.2010.

Em ambos os precedentes, seguiu-se, em síntese, a tese capitaneada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, segundo a qual “o gasto com advogado da parte vencedora, em ação trabalhista, não induz por si só a existência de ilícito gerador de danos materiais e morais por parte do empregador vencido na demanda laboral”.

A Terceira Turma, por sua vez, sufraga entendimento diverso, no sentido de que “os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/2002. [...] O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/2002, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT” (REsp n. 1.027.797-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.2.2011, DJe 23.2.2011).

4. A par dos dois posicionamentos acima mencionados, e refletindo com mais profundidade sobre a questão, ousou propor um terceiro caminho - não atinente ao mérito, em relação ao qual, se fosse analisado, alinhar-me-ia ao entendimento acolhido pela Quarta Turma, em julgamento do qual participei.

A bem da verdade, a causa de pedir e o pedido revelam que a competência para conhecer da matéria não é da Justiça Comum, mas sim da Justiça do Trabalho, sobretudo depois da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que, como se sabe, ampliou o âmbito de atuação da Justiça Obreira Especializada e colocou uma pá de cal nos questionamentos acerca das ações de reparação de danos morais e materiais decorrentes, ainda que indiretamente, da relação trabalhista.

No caso, cuida-se de *ação indenizatória* de perdas e danos que a autora, ora recorrente, alega ter experimentado com a contratação de advogado particular, em razão de descumprimento de normas trabalhistas pelo ex-empregador, pelo que a autora foi obrigada a ajuizar ação reclamatória trabalhista na qual veio a se sagrar vitoriosa.

As razões apresentadas por ocasião da oposição de embargos declaratórios bem explicitam a causa de pedir da presente demanda:

[...] a ação se funda em ato ilícito do empregador, qual seja, o decumprimento de obrigação, de ordem pública, de pagar os salários de seu empregado, até o 5º dia útil do mês seguinte ao trabalhado [...].

[...] tal ônus de imposição legal resulta, entretanto, da *obrigação de indenizar*, contida no art. 186/CC, porque, retendo os salários devidos e praticando um ato ilícito, inclusive, criminal, o réu há que ressarcir o prejuízo que causar, um deles, a contratação de advogado para a defesa judicial, posto que o trabalhador não dispõe de condições de promovê-la, pessoalmente. (fl. 282).

O acórdão recorrido, à sua vez, negou provimento ao recurso de apelação, apoiado nos clássicos elementos autorizadores da responsabilidade civil, *verbis*:

[...] em que pese seu inconformismo, entendo que a decisão combatida deve prevalecer, porquanto ausentes os pressupostos ensejadores da *reparação civil subjetiva, quais sejam, o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade*.

[...]

Em suma: não assiste razão à recorrente em pleitear o *ressarcimento dos danos materiais* sofridos em face da contratação de advogado para defendê-la em reclamação trabalhista proposta em face da Fundação-ré [...]. (fls. 273-277).

Nesse passo, como se sabe, como elemento identificador da demanda exsurge a *causa de pedir* (artigo 282, inciso IV, do CPC).

A doutrina distingue entre causa de pedir remota e próxima. Esta, imediata, é a alegada violação do direito que se busca proteger em juízo. Aquela (causa de pedir remota), mediata, é a fundamentação jurídica fática e que autoriza o pleito do autor.

Desse modo, “os fundamentos jurídicos do pedido” a que faz referência o art. 282 do CPC são os fundamentos de fato, ou os fatos constitutivos do direito do autor - aos quais corresponde a causa de pedir remota - e os fundamentos de direito - aos quais correspondem a causa de pedir próxima.

Desenganadamente, portanto, no caso em julgamento a causa de pedir remota é a relação de emprego, ensejadora da ação trabalhista e, por conseguinte, da contratação de advogado para a postulação.

4.1. Com efeito, cuidando-se de ação indenizatória por danos materiais decorrentes do descumprimento do contrato de trabalho, cuja causa de pedir remota é a relação de trabalho, a situação subsume-se ao que dispõe o art. 114, inciso VI, da Constituição Federal:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Importante ressaltar que o vínculo jurídico aperfeiçoado entre o cliente e o advogado não é discutido no presente caso, e nem se pretende uma espécie de execução ou cobrança do próprio contrato de honorários advocatícios.

Vale dizer, portanto, a *discussão não se localiza na relação de natureza civil estabelecida entre cliente e patrono.*

A controvérsia cinge-se a saber se o descumprimento de normas trabalhistas - descumprimento reconhecido pela Justiça do Trabalho com a procedência do pleito na reclamatória -, é também capaz de gerar o dever de indenizar o trabalhador pelos valores despendidos com a contratação de advogado.

Por esse ângulo, o dano patrimonial alegado decorre mesmo da própria relação de trabalho, assim também se fosse alegado algum dano moral que possuísse como pano de fundo o vínculo laboral.

Aliás, os próprios fundamentos dos votos que enfrentaram o mérito da questão, no âmbito do STJ, comprovam a assertiva de que a origem do dano alegado é o descumprimento de normas trabalhistas por ocasião do contrato de trabalho.

Colhe-se, por exemplo, do voto proferido pela zelosa Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do mencionado REsp n. 1.027.797-MG, que Sua Exa. entendeu que “aquele que deu causa ao ajuizamento da reclamação trabalhista deverá arcar com os honorários contratuais, de modo que o vencedor não suporte o *dano sofrido pelo inadimplemento da obrigação trabalhista*”.

Do voto proferido pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, no REsp n. 1.027.897-MG, dessume-se que seus fundamentos também estavam ancorados na não indenizabilidade do dano material decorrente do descumprimento de obrigações patronais, conforme revela o seguinte trecho:

[...] incabível a indenização por danos materiais e morais em razão da necessidade de contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista, porque descaracterizado qualquer ato ilícito. Ora, as verbas discutidas na reclamação eram controvertidas e somente se tornaram devidas após o trânsito em julgado da sentença, afastando, assim, qualquer alegação de ilicitude geradora do dever reparatório.

4.2. Nessa linha, é de se ressaltar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da E.C. n. 45/2004, há muito se consolidara o entendimento segundo o qual a fixação da competência da Justiça do Trabalho não depende da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, se de natureza civil ou trabalhista, mas *somente da origem da situação litigiosa*. Em sendo decorrente de relação trabalhista, será a Justiça do Trabalho a competente para dirimir o conflito de interesses.

Rememoro, por exemplo, o Conflito de Jurisdição n. 6.959-DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em maio de 1990, no qual se discutia a observância de condições negociais de promessa de compra e venda firmada entre o Banco do Brasil e um funcionário seu, negócio celebrado em decorrência da relação de trabalho.

Na oportunidade, o STF sufragou entendimento segundo o qual “à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho” (CJ. n. 6.959-DF, relator p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 23.5.1990, Tribunal Pleno).

Seguiram daí outros precedentes aplicando o mesmo entendimento para casos diversos, como em hipótese de ações de interdito proibitório ajuizadas por instituições financeiras em face de sindicatos de trabalhadores contra os conhecidos “piquetes” em portas de agências bancárias, por ocasião de movimentos paredistas (*e.g.* RE n. 579.648, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator para o acórdão, Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10.9.2008).

Quanto ao tema, o entendimento capitaneado pelo STF, inclusive, superou jurisprudência deste Sodalício, que considerava ser competente a Justiça Comum para conhecer da matéria, porquanto dizia respeito a direito possessório (*e.g.* CC n. 11.815-SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 8.2.1995; CC n. 92.507-RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 26.3.2008).

Em sentido paralelo, o STF, no julgamento do RE n. 238.737-SP, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 17.11.1998, firmou entendimento sintetizado na seguinte ementa:

Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.

A reformulação jurisprudencial acerca da competência da Justiça do Trabalho, a meu juízo, atingiu o ápice com a modificação do entendimento

quanto aos danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, cuja competência sempre se entendeu ser da Justiça Comum.

Refiro-me ao paradigmático CC n. 7.204-MG, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 29.6.2005, mediante o qual se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho.

O STF reconheceu que sempre foi da competência da Justiça Obreira conhecer de matérias desse jaez, tendo a E.C. n. 45/2004 apenas explicitado esse entendimento com a finalidade de afastar a equivocada conclusão antes apregoada pelos Tribunais.

Nesse sentido se manifestou o relator, Ministro Carlos Britto:

Nesse rumo de idéias, renove-se a proposição de que a nova redação do art. 114 da *Lex Maxima* só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perfilhada. Pois a Justiça do Trabalho, que já era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista*, agora é confirmativamente competente para processar e julgar *as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho*.

E o entendimento foi explicitado na ementa do acórdão:

Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça Comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

Também se mostraram profícuas as ponderações realizadas no voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, quanto à amplitude da competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões relativas a todos os danos materiais e morais decorrentes da relação laboral, dos quais os gerados por acidente do trabalho são apenas um exemplo:

É, portanto, dentro desse quadro, que há de interpretar-se a Emenda n. 45, quando, explicitando, no Inc. I do art. 114, o caráter geral da competência da Justiça do Trabalho, nela incluiu todas as ações oriundas da relação de trabalho.

[...]

Essa interpretação acomoda ambas as cláusulas constitucionais, reverencia a especialização e a funcionalidade da Justiça do Trabalho, alivia a Justiça Estadual e sustenta-se na necessária *unidade de convicção*, sem esvaziar o disposto no inc. VI, onde apenas se divisa a positivação, mediante relevo destinado a superar todas as dúvidas, da jurisprudência desta Casa, que, sob a redação original do art. 114, *caput*, entendia - a meu ver, com indiscutível acerto - que, para efeito dessa competência distribuída com apoio em vários princípios, entre os quais o da *unidade de convicção*, era e é irrelevante a província taxonômica das normas aplicáveis ao caso, se direito trabalhista ou civil, e, pois, também a natureza mesma da responsabilidade, se negocial ou aquiliana.

Essa conjugação conduz, portanto, a meu ver, ao seguinte resultado prático: são, agora, da competência exclusiva da Justiça do Trabalho todas as ações oriundas da relação de trabalho, sem exceção alguma, trata-se de ações acidentárias típicas ou de indenização de outra espécie e de outro título.

A consagração definitiva desse entendimento veio com a Súmula Vinculante n. 22, que apenas explicita o acidente do trabalho, na perspectiva de dar ênfase à situação mais controvertida, mas que sua principiologia abarca, certamente, todos os danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho, *ex vi* do art. 114, VI, CF/1988.

5. Esta Corte Superior de Justiça, por sua vez, também tem dado manifestações de que a competência da Justiça do Trabalho se faz presente mesmo em casos em que a relação de trabalho consubstancia-se como origem apenas remota da *causa petendi*, relação essa que se une, em alguma medida, apenas de forma circunstancial com a origem do dano alegado pelo trabalhador.

Para citar apenas alguns, relembro os seguintes precedentes:

a) CC n. 110.924-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 14.3.2011: reconheceu-se a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de indenização por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado contra empregada doméstica, embora não tenha sido o empregador o causador do dano. Entendeu-se, assim, competir “à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de compensação por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado contra empregado doméstico em seu

ambiente de trabalho, ainda que por parte de familiar que nesse não residia, mas que praticou o dano somente porque a ele livre acesso possuía”;

b) CC n. 94.165-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 8.9.2010: definiu-se ser da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização por danos ocorridos nas tratativas pré-contratuais, muito embora não tenha se concretizado o vínculo laboral. Cuidava-se de uma promessa de emprego não cumprida, tendo a Segunda Seção sufragado o seguinte entendimento: “I - Compete à Justiça do Trabalho julgar ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de promessa de contratação, que não se concretizou. II - Isso porque, com a nova redação dada ao art. 114, VI, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para dirimir as controvérsias relativas às ‘ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”;

c) CC n. 82.729-SC, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 27.11.2007: declarou-se competente a Justiça do Trabalho para julgar ação de indenização decorrente de furto de motocicleta ocorrido no estacionamento do local de trabalho. Entendeu-se, assim, que “se o furto ocorre no local indicado pelo empregador para o estacionamento de veículos de seus empregados, a indenização do dano patrimonial resultante deve ser perseguida na Justiça do Trabalho”.

Confirmam-se também os seguintes precedentes que reconheceram a competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões, em alguma medida, apenas reflexas e circunstancialmente ligadas à relação de trabalho: CC n. 89.953-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 25.6.2008; CC n. 58.881-SP, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, Segunda Seção, julgado em 9.5.2007.

6. A doutrina também consagra o entendimento de que mesmo os danos oriundos das fases pré-contratual e pós-contratual, sempre que decorrentes da relação do trabalho, devem ser reclamados na Justiça do Trabalho, *verbis*:

Em que pese os argumentos dos citados doutrinadores, entendemos que a razão está com os que pensam ser a Justiça do Trabalho competente para dirimir os danos que eclodem na fase pré-contratual, pois decorrem de um futuro contrato de trabalho. De outro lado, a controvérsia decorre da relação de trabalho e se embasa na culpa *in contrahendo*. O fato de não existir ainda a relação de emprego não é suficiente para afastar a competência da Justiça do Trabalho,

pois só houve o dano em razão de um futuro contrato de trabalho, se não fosse a relação de emprego ou de trabalho, que é o objeto do negócio jurídico, não haveria o dano.

[...]

Quanto à fase pós-contratual, parte da doutrina se pronuncia pela incompetência da Justiça do Trabalho, por já extinta a relação de emprego e pelas partes já não ostentarem mais o *status* de empregado e empregador. Entretanto, pensamos de forma diversa, pois o *status* se os danos eclodiram em razão da antiga existência do contrato de trabalho e com ele estão relacionados, a competência da Justiça do Trabalho se mantém, por força do art. 114, VI da CF, que menciona a competência da Justiça do Trabalho para as ações decorrentes *da relação de trabalho*.

O termo *decorrente* significa que se origina de uma relação de trabalho, vale dizer: que foi em razão desta relação que o dano eclodiu, independentemente se a relação de trabalho ou emprego ainda está vigente ou não, pois a Constituição assim não distinguiu. Se dúvidas podem surgir quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar o dano decorrente da fase pré-contratual, parece fora de dúvida que a competência para apreciar os danos decorrentes da fase pós-contratual é da Justiça especializada trabalhista, desde que relacionados à relação de trabalho. Por exemplo, se um empregador manda uma carta a uma empresa que pretende contratar seu antigo empregado, contendo informações desabonadoras a respeito da conduta do trabalhador, por fatos ocorridos durante a antiga relação de emprego. Ora, neste caso, a matéria está umbilicalmente atrelada ao antigo contrato de trabalho, restando forçosa a aplicação do art. 114, da CF (SCHIAVI, Mauro. *Competência material da justiça do trabalho brasileira à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: LTr, 2007, p. 102-104).

7. Com efeito, e retomando o curso do raciocínio para o caso concreto, a ação de indenização ajuizada pelo trabalhador em face do ex-empregador, com vistas ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais despendidos em reclamatória trabalhista outrora manejada, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, porquanto decorrente da relação do trabalho (art. 114, inciso VI, CF).

Até porque a Justiça do Trabalho vem apreciando esse tipo de celeuma, conforme demonstram os seguintes, entre muitos outros, precedentes do egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

Recurso de revista.

[...]

2. *Honorários advocatícios. Indenização por perdas e danos contratuais.* É inaplicável ao processo do trabalho o disposto no art. 389 do Código Civil, tendo em vista que, em reclamação trabalhista, os pressupostos para o deferimento dos

honorários advocatícios encontram-se previstos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR – n. 113-55.2011.5.24.0072, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11.4.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 13.4.2012).

[...]

II) Honorários advocatícios. Súmulas n. 219 e n. 329 do TST. Necessidade de preenchimento dos requisitos relativos à assistência sindical e à insuficiência econômica. Verba indevida. Súmulas n. 219 e n. 329 do TST.

1. A jurisprudência consolidada desta Corte, consubstanciada nas Súmulas n. 219 e n. 329, segue no sentido de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre simplesmente da sucumbência, mas condiciona-se ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970, referentes à assistência sindical e à insuficiência econômica.

2. Nesse contexto, a condenação ao pagamento de - honorários advocatícios contratuais -, com fundamento no Código Civil (sucumbência e perdas e danos) e com base na tese de que o Reclamante era - livre para contratar advogado - para defender seus interesses, olvidando-se dos requisitos insculpidos no art. 14 da Lei n. 5.584/1970, desatende ao disposto no referido preceito de lei e contraria a jurisprudência desta Corte, estratificada nos verbetes sumulares acima mencionados.

3. Ademais, não é viável o deferimento de ofício de - honorários advocatícios obrigacionais -, consoante sustentou o Regional, visto que a verba honorária constitui direito disponível e seu eventual deferimento pressupõe ser expressamente pleiteado pelo reclamante, sendo certo que entendimento em sentido contrário importa em julgamento fora dos limites da lide. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

(RR – n. 1184-23.2010.5.03.0069, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 9.8.2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 12.8.2011).

[...]

Preliminar de nulidade por julgamento extra petita. Honorários advocatícios Aplicação do art. 249, § 2º, do CPC. *Honorários advocatícios contratuais. Processo do trabalho. Incabíveis* A condenação ao pagamento de honorários advocatícios a título de perdas e danos não possui respaldo na seara trabalhista, mormente diante dos requisitos da Lei n. 5.584/1970 e das Súmulas n. 219 e n. 329 do TST.

[...]

(RR – n. 45740-09.2009.5.03.0114, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15.12.2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 17.12.2010).

Honorários advocatícios. Perdas e danos previstos na legislação civil. Infere-se do acórdão recorrido que o Regional condenou as reclamadas ao pagamento de indenização por perdas e danos para suprir as despesas do reclamante com a contratação de advogado, com amparo nos artigos 389, 404 e 944 do Código Civil, embora tenha reconhecido que o autor não se encontrava assistido pelo sindicato da sua categoria profissional. Os honorários advocatícios constituem acessório inseparável do pedido principal de pagamento das perdas e danos, visto que o pagamento da indenização advinda da contratação de advogado não existe por si só, visto que, pressupõe a existência do pedido principal de pagamento das perdas e danos, não se configurando, assim, a hipótese dos artigos 389 e 404 do Código Civil. No mais, no processo trabalhista, ao contrário do que estabelecido no processo civil, não vigora o princípio da sucumbência como único critério para a concessão da verba honorária, que é regulada pelo artigo 14 da Lei n. 5.584/1970, Assim, a sua concessão se encontra condicionada também ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula n. 219, item I, do TST. Esta Corte já se posicionou no sentido de que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do TST, conforme se infere dos termos da Súmula n. 329 do TST, que ratificou o mencionado precedente. Esse entendimento é igualmente confirmado pela Orientação Jurisprudencial n. 305 da SBDI-1. Extrai-se da decisão recorrida não terem, neste caso, ficado configurados os requisitos exigidos na Justiça Trabalhista para o deferimento da verba honorária, pelo menos no que se refere à assistência sindical. Assim, o Regional, ao deferir o pagamento da verba honorária, agiu em dissonância consonância com as Súmulas n. 219 e n. 329 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR – n. 80000-19.2009.5.02.0057, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 7.3.2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 16.3.2012).

[...] *Honorários advocatícios. Perdas e danos.* 1. Acórdão regional consonante com a jurisprudência sedimentada desta Corte, consubstanciada na OJ n. 305/SDI-I/TST (- Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato -) e na Súmula n. 219-TST (- A condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família -). 2. Havendo previsão expressa na Lei n. 5.584/1970 acerca dos pressupostos ao deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, não há falar em aplicação subsidiária do Código Civil, no caso, do art. 404 desse Digesto. Revista não conhecida, no tema.

(RR – n. 544-50.2010.5.02.0068, Relator Juiz convocado: Flavio Portinho Sirangelo, Data de Julgamento: 7.3.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 16.3.2012).

[...] *Honorários advocatícios. Perdas e danos.* A contratação de advogado particular para patrocinar a presente demanda decorreu da vontade da reclamante, o qual poderia ter se utilizado da faculdade do - *jus postulandi* -, ou então, se socorrido da assistência sindical gratuita. Se optou pela contratação de profissional particular, sem que este fosse imprescindível à reivindicação judicial dos seus direitos, deve arcar com as despesas daí resultantes. Não se há de falar, portanto, em perdas e danos, decorrentes de conduta da parte contrária. Incólume o artigo 404 do Código Civil. Acórdão proferido em consonância com a Súmula n. 219 do TST. Incidência do óbice previsto no § 5º do art. 896 da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.

(RR – n. 186400-91.2007.5.09.0652, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 8.2.2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 24.2.2012).

Deveras, mostra-se de todo conveniente que a Justiça do Trabalho decida, com base na sua especialização constitucionalmente conferida, a questão relativa ao cabimento do ressarcimento de honorários advocatícios contratuais reclamados pelo ex-empregado em face do ex-empregador, sobretudo para saber se o pleito é compatível com as regras peculiares de sucumbência aplicáveis ao processo do trabalho.

E, de fato, o TST tem sinalizado que a pretensão deduzida nos presentes autos é incompatível com o sistema de honorários da Justiça Obreira, não podendo a parte optar por uma espécie de segunda via, na Justiça Comum, visando a conseguir o que lhe é sistematicamente negado na Justiça Especializada, como bem demonstram os precedentes citados.

Na mesma linha, a Orientação Jurisprudencial n. 305 da SDI-I e a Súmula n. 219, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, ensaiam com clareza entendimento contrário aos interesses do trabalhador, *verbis*:

OJ 305, SDI-I:

Honorários advocatícios. Requisitos. Justiça do Trabalho (DJ 11.8.2003). Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Súmula n. 219-TST:

Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (Ex-Súmula n. 219 - Res. n. 14/1985, DJ 26.9.1985).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

Ademais, como bem salientou o eminente Ministro Aldir Passarinho Junior no precedente inicialmente citado, o reconhecimento da competência da Justiça Comum para julgar as causas desse jaez geraria um enorme desajuste no sistema, porquanto, para cada ação tramitando na Justiça do Trabalho, haveria mais uma a tramitar na Justiça Comum.

Por outro lado, no âmbito da Justiça Especializada, o pedido de indenização pode ser feito na própria reclamatória trabalhista, não onerando em nada aquele segmento do Judiciário.

8. Com efeito, a solução para o caso é a anulação de todos os atos decisórios praticados no processo, tendo em vista tratar-se de incompetência absoluta em razão da matéria, definida na Constituição Federal, sobretudo porque a ação foi distribuída em janeiro de 2006, depois da edição da E.C. n. 45/2004, devendo ser os autos remetidos à Justiça do Trabalho.

É bom ressaltar, ademais, que se mostra imprópria qualquer indagação acerca do efeito translativo do recurso especial para tal providência, ou se é cabível a apreciação de matérias de ordem pública de ofício e independentemente de prequestionamento nas instâncias extraordinárias.

Vale dizer, a solução que ora se propõe não encontra óbice no entendimento de ser defeso ao STJ conhecer de ofício de matéria de ordem pública sem o devido prequestionamento.

Isso por uma razão singela: tratando-se de tema previsto na própria Constituição Federal/1988, nem o Superior Tribunal de Justiça detém *jurisdição* para prosseguir no julgamento do recurso especial quanto ao mérito, não lhe

sendo dado incidir nas mesmas nulidades praticadas pelos demais órgãos da Justiça Comum.

Solução bastante semelhante foi adotada no julgamento do REsp n. 861.458-BA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.6.2011, no qual debatiam as partes se o foro competente para o julgamento de ação de acidente do trabalho era o do domicílio do autor ou o do local do fato. De ofício, reconheceu-se que a competência era da Justiça do Trabalho, e não se analisou a matéria de fundo, relativa à competência territorial, determinando-se a remessa dos autos à Justiça Especializada.

É que todos os precedentes que afirmam não ser possível ao STJ conhecer de ofício de questões de ordem pública, sem o devido prequestionamento, apoiam-se na premissa necessária de que o STJ é competente para, superada a questão de ordem pública, conhecer das demais presentes no recurso.

Tal situação não ocorre no caso em apreço.

O que está em questão não é a extensão cognitiva do recurso especial, mas a própria jurisdição do STJ.

9. Diante do exposto, aplicando o direito à espécie, reconheço a incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar a causa e declaro a nulidade de todos os atos decisórios praticados no processo (art. 113, § 2º, CPC), determinando a remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho da comarca de Belo Horizonte.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, entendo que, no caso, a causa de pedir remota é bem mais abrangente: é saber se quem quer que tenha que contratar um advogado para ingressar com uma ação ou para se defender em juízo tem, depois de lograr êxito – seja como autor ou réu, pelo fato de não ter sido condenado, o direito de pedir o ressarcimento de quem deu causa à demanda.

Então, isso não se prende propriamente a uma ação trabalhista ou de qualquer outro gênero; será uma tese a ser firmada para todos os casos em que alguém precisou contratar um advogado para se defender ou para ingressar com uma ação em função de outra pessoa.

Quer dizer, é muito mais amplo, muito mais abrangente. Se se deixar que essas causas corram na Justiça do Trabalho quando o questionamento vier em decorrência de relação de emprego – e, na Justiça Estadual, haverá também ações que terão esse mesmo objetivo –, nunca se terá a oportunidade fazer uma uniformização da jurisprudência a esse respeito.

Sabemos que, hoje, prevalece o entendimento de que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado. Talvez eles tenham sido concebidos, originariamente, pelo legislador, para compensar justamente a parte que logrou êxito na ação pelas despesas que teve com a contratação de advogado. Mas isso ficou superado, e hoje se entende que não, que os honorários sucumbenciais são pertencentes ao advogado. E isso é uniforme no País, porque essa questão foi dirimida pela Justiça Estadual.

Se se deixar essa repartição de competência, entre Justiça Comum e Trabalhista, haverá sempre um entendimento prevalecendo no âmbito trabalhista, acerca do tema, e um outro entendimento que poderá ou não ser convergente e que prevalecerá no âmbito da Justiça Comum, seja Federal, seja Estadual, porque, aí, virá para uniformização no STJ.

Então, peço vênias, mas entendo que a competência é mesmo sempre da Justiça Comum, porque essa causa de pedir transcende em muito o âmbito restrito da Justiça do Trabalho.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Sr. Presidente, acompanho inteiramente o voto do eminente Relator, entendendo que, na verdade, o que se está pedindo é uma complementação do pedido de indenização por danos materiais, amoldando-se ao que está previsto na Constituição como competência da Justiça do Trabalho.

Em função disso, acompanho integralmente.

VOTO-PRELIMINAR

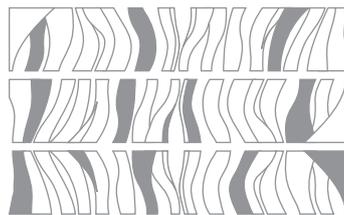
O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, pedindo vênias à divergência, tendo em vista o art. 114 da Constituição Federal e tratando-se

de ação de indenização por honorários advocatícios despendidos pela parte em decorrência de relação de trabalho, subscrevo integralmente o voto do eminente Relator.

VOTO-PRELIMINAR

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, com a devida vênia ao eminente Ministro Raul Araújo, acompanho o Sr. Ministro Relator, porque a causa remota é relação de trabalho. Se a pessoa teve que contratar o advogado para buscar o seu direito na Justiça Trabalhista, o consectário lógico é que esses honorários também terão que ser demandados.

Com todo o respeito, penso dessa maneira.



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 909.861-SC (2006/0271570-4)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Nazarino Tancredo Knabben e outros
Advogado: Ivocilio Oliveira
Recorrido: Fundação Codesc de Seguridade Social Fusesc
Advogados: Maurício Maciel Santos e outro(s)
Adacir Reis

EMENTA

Recurso especial. Ação ordinária. Critério de conversão em cruzeiros reais para reais dos benefícios mensais de aposentadoria privada. Adoção do mesmo critério de conversão determinado por lei aos salários, vencimentos e benefícios pagos pela previdência oficial. Impossibilidade. Ausência de natureza salarial, tampouco se confundem com os benefícios mantidos pela previdência social. Resolução do Conselho de Gestão de Previdência Complementar, a quem compete tutelar os contratos de previdência complementar, que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada, regulamentando o artigo 16, f, da Medida Provisória n. 542/1994. Observância. Necessidade. Recurso especial improvido.

I - Os benefícios mensais de aposentadoria privada não se revestem de natureza salarial, na medida em que não possuem qualquer subordinação direta com o contrato de trabalho, tampouco se confundem com os benefícios pagos pelo sistema de previdência oficial, circunstância que impede a adoção do critério de conversão (de cruzeiros reais para real) próprio dos vencimentos, soldos, salários e benefícios mantidos pela Previdência Social aos benefícios afetos à previdência privada, tal como pretendido;

II - Na verdade, as entidades de previdência privada, como pessoas jurídicas de direito privado que são, realizam atividades de natureza civil, sendo certo que a relação jurídica estabelecida entre as entidades de previdência privada, seus participantes, patrocinadores e

empresas, é puramente contratual. Assim, inexistente relação jurídica de natureza trabalhista entre o beneficiário da previdência complementar e a entidade de previdência privada. Aliás, a contratação de plano de previdência privada não pressupõe, necessariamente, a existência de vínculo trabalhista;

III - A lei de regência, ao dispor sobre os critérios de conversão das obrigações em cruzeiros reais para reais, não determinou que os benefícios mensais de aposentadoria privada observassem o mesmo critério de conversão conferido ao Regime da Previdência Oficial, não cabendo ao intérprete fazê-lo, notadamente pela distinção e independência existente entre ambos;

IV - O Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC, a quem compete, dentre outros órgãos estatais, tutelar o contrato de previdência complementar estabelecido entre a entidade de previdência privada e o participante, editou, em atendimento ao § 4º do artigo 16, da Medida Provisória n. 542/1994, a Resolução n. 2 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada, o que induz à conclusão de que a expressão "*operações da previdência privada*" não se restringiria, nos termos sustentado pelos ora recorrentes, às operações financeiras;

V - Ademais, considerando-se, pois, o caráter de fonte institucional de investimento intrínseco aos benefícios de aposentadoria privada, tem-se que estes não destoam (de forma absoluta, a ponto de afastar a presente exegese) da natureza das obrigações constantes nas outras alíneas do mencionado artigo 16, tal como saldos das cadernetas de poupança, os depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança, etc;

VI - 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, por

unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Dr(a). Lara Correa Sabino Bresciani, pela parte recorrida: Fundação Codesc de Seguridade Social Fusesc.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 11.5.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Nazarino Tancredo Knabben e outros*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 16, inciso VI, da Medida Provisória n. 542/1994; 18, § 8º, 19, § 3º, e 21, § 2º, da Medida Provisória n. 434/1994.

Subjaz ao presente recurso especial, *ação ordinária de reconhecimento de direito cumulada com indenização*, promovida por *Nazarino Tancredo Knabben e outros* em face da *Fundação Codesc de Seguridade Social - Fusesc*, tendo por objetivo a condenação da fundação-ré ao pagamento do reajuste de 46,84% (quarenta e seis vírgula oitenta e quatro por cento), a partir do mês de julho de 1994, cujo percentual deve, sob a ótica dos autores, ser incorporado ao valor do benefício que recebem a título de suplementação de aposentadoria, a contar desta data, bem como o pagamento de indenização, mês a mês, a partir de julho de 1994, de todos os valores que deixou de pagar nas épocas em que eram devidos, acrescido de juros legais e correção monetária, a ser apurado em liquidação.

Em sua exordial, os autores da ação aduzem que a ré sempre adotou, como fator de correção mensal, o índice de atualização dos depósitos de caderneta de poupança, com aniversário no dia 1º (primeiro) de cada mês, excluídos juros de 0,5% (meio por cento), sendo que a suplementação era liberada no dia 20 (vinte) de cada mês, tanto que na conversão da URV para o *Real*, a requerida teria expedido ofício (Circular n. 873/94), em 21.7.1994, explicando que: “essa alternativa provisória resultou na conversão de sua suplementação de junho, paga em cruzeiros-reais no dia 20, pelo valor da URV vigente naquele

dia”. Anotaram, outrossim, que a ré, no mês de julho de 1994, ao converter a suplementação da aposentadoria em *Reais*, teria deixado de incluir o reajuste referente a esse mês, que seria de 46,88% (sem os juros de 0,5%), referente ao índice da poupança do dia 1º (primeiro) de julho de 1994, pois o período aquisitivo para fruição desse reajuste já havia se consumado (fls. 02-11).

Citada, a *Fundação Codesc de Seguridade Social - Fusesc* rechaçou integralmente a pretensão exarada na inicial, aduzindo, em suma, que o pagamento da suplementação da aposentadoria dos autores da ação deu-se em estrita conformidade com os mandamentos legais pertinentes, em especial à Resolução n. 2/94 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (fls. 66-83).

O r. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca da Capital-Santa Catarina julgou a demanda parcialmente procedente para condenar a ré à incorporação de apenas 1,25112% (um inteiro e vinte e cinco mil, cento e doze centésimos de milésimos por cento), impondo aos apelantes os ônus sucumbenciais (fls. 281-296).

Irresignados, os autores da ação interpuseram recurso de apelação, ao qual o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento, em acórdão assim ementado:

Apelação cível. Previdência privada. Reajuste de benefício. Argüição de defasagem provocada pela instituição do plano real. MP n. 542/1994. Norma de ordem pública, cuja observância é obrigatória e imediata. Ofensa à direito adquirido e ao princípio da irredutibilidade. Inocorrência.

A Medida Provisória n. 542, que institui o Plano Real foi “editada por razões de inegável interesse nacional para afastar tormentosa crise social e econômica provocada pela inflação galopante”, (STJ, REsp n. 114.504-SP, Rel. Min. Vicente Leal). Por isso, reveste-se de caráter de ordem pública, cuja observância é obrigatória em todas as relações econômicas e cuja aplicabilidade é imediata, abarcando inclusive os contratos em curso.

Ônus da sucumbência. Distribuição e compensação. Impossibilidade. Decaimento de parte máxima do pedido. Honorários advocatícios. Fixação que atende aos parâmetros especificados no art. 20, § 3º, do CPC. Manutenção. Desprovimento do recurso.

Se os autores decaíram de parte máxima do pedido, devem arcar com os ônus da sucumbência, sem cogitar de distribuição ou compensação (art. 21, parágrafo único, do CPC).

Tendo em conta “o grau de zelo profissional; o lugar da prestação do serviço; a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço”, quer parecer que a importância arbitrada pelo magistrado “*a quo*” remunera condignamente a profissional do direito sem, todavia, inculcar-se excessiva, impondo-se sua manutenção. (fls. 397-410).

Buscam os recorrentes a reforma do v. acórdão, sustentando, em síntese, que, de acordo com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, a complementação da aposentadoria tem natureza salarial, e, como tal, não pode sofrer redução, quando do implemento do Plano Real. Aduz, no ponto, que a Entidade Privada, ao liberar o valor da complementação de aposentadoria, não está praticando, em termos jurídicos “*operação*” financeira, mencionada no artigo 16 da Lei n. 9.095/1995, não havendo falar, por conseguinte, em delegação ao Conselho Gestor da Previdência Complementar para regulamentar a conversão da obrigação *sub judice*. Assevera, outrossim, que “o Conselho Gestor da Previdência Complementar esta autorizado pelo inciso VI, do artigo 16, da Lei n. 9.095/1995, a regulamentar, exclusivamente, as operações praticadas pela Previdência Complementar, nestas não se incluem a complementação de aposentadoria, por sua natureza salarial”.

É o relatório.

VOTO

Ementa: Recurso especial. Ação ordinária. Critério de conversão em cruzeiros reais para reais dos benefícios mensais de aposentadoria privada. Adoção do mesmo critério de conversão determinado por lei aos salários, vencimentos e benefícios pagos pela previdência oficial. Impossibilidade. Ausência de natureza salarial, tampouco se confundem com os benefícios mantidos pela previdência social. Resolução do Conselho de Gestão de Previdência Complementar, a quem compete tutelar os contratos de previdência complementar, que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada, regulamentando o artigo 16, f, da Medida Provisória n. 542/1994. Observância. Necessidade. Recurso especial improvido.

II - Na verdade, as entidades de previdência privada, como pessoas jurídicas de direito privado que são, realizam atividades de

natureza civil, sendo certo que a relação jurídica estabelecida entre as entidades de previdência privada, seus participantes, patrocinadores e empresas, é puramente contratual. Assim, inexistente relação jurídica de natureza trabalhista entre o beneficiário da previdência complementar e a entidade de previdência privada. Aliás, a contratação de plano de previdência privada não pressupõe, necessariamente, a existência de vínculo trabalhista;

III - A lei de regência, ao dispor sobre os critérios de conversão das obrigações em cruzeiros reais para reais, não determinou que os benefícios mensais de aposentadoria privada observassem o mesmo critério de conversão conferido ao Regime da Previdência Oficial, não cabendo ao intérprete fazê-lo, notadamente pela distinção e independência existente entre ambos;

IV - O Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC, a quem compete, dentre outros órgãos estatais, tutelar o contrato de previdência complementar estabelecido entre a entidade de previdência privada e o participante, editou, em atendimento ao § 4º do artigo 16 da Medida Provisória n. 542/1994, a Resolução n. 2 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada, o que induz à conclusão de que a expressão "*operações da previdência privada*" não se restringiria, nos termos sustentado pelos ora recorrentes, às operações financeiras;

V - Ademais, considerando-se, pois, o caráter de fonte institucional de investimento intrínseco aos benefícios de aposentadoria privada, tem-se que estes não destoam (de forma absoluta, a ponto de afastar a presente exegese) da natureza das obrigações constantes nas outras alíneas do mencionado artigo 16, tal como saldos das cadernetas de poupança, os depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança, etc;

VI - Recurso Especial improvido.

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo recursal não merece prosperar.

Com efeito.

A celeuma instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se, por ocasião da instituição do Plano Real, o critério de conversão das obrigações em cruzeiro real para real *a ser aplicado aos benefícios mensais de aposentadoria privada* é o estabelecido nos artigos 18, 19, 20 e 21 da Medida Provisória n. 343 (convertida na Lei n. 8.880/1994), que tratam da conversão de vencimentos, soldos, salários e benefícios mantidos pela Previdência Social, ou é o estabelecido no artigo 16 da Medida Provisória n. 542/1994 (reeditada sob o n. 566/1995 e convertida na Lei n. 9.069/1995), que cuida das “operações praticadas pelo sistema de seguros, previdência privada e capitalização (letra f)”, delegando, inclusive, competência ao Conselho de Gestão de Previdência Complementar (CGPC) para regulamentá-lo.

De início, assinala-se que as Instâncias Ordinárias, com base na prova pericial produzida nos autos, constaram que a *Fundação Codesc de Seguridade Social - Fusesc*, ao proceder a conversão em cruzeiro real para real dos benefícios mensais de aposentadoria privada dos ora recorrentes, observou detidamente o critério estabelecido no artigo 16 da Medida Provisória n. 542/1994, regulamentado pela Resolução n. 2 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar, restando evidenciado, apenas, a existência de erro de cálculo quanto aos dias *pro rata tempore* que ocasionou uma defasagem de 1,25112% (um inteiro e vinte e cinco mil, cento e doze centésimos de milésimos por cento). É o que se denota, claramente, do seguinte excerto do acórdão recorrido:

A observância da Resolução n. 2 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) pela apelada restou sobejamente evidenciada por meio da perícia acostada às fls. 192-220, exceção feita ao equívoco atinente aos lapsos temporais considerados para o cálculo da atualização “*pro rata tempore*” (no mês de junho computou 10 dias ao invés de 11 e em julho contou 25 ao invés de 19), que resultou em defasagem para os apelantes na ordem de 1.25112%, diferença esta já reconhecida na sentença.

Nos termos relatados, as Instâncias Ordinárias, de forma uníssona, reconheceram a correção do critério estabelecido no artigo 16 da Medida Provisória n. 542/1994, regulamentado pela Resolução n. 2 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar, sob os fundamentos de que: *i)* o termo “*operações de previdência privada*” constante do referido artigo 16 abarca a relação jurídica entabulada entre as partes, não se limitando às operações financeiras; *ii)* inexistência de direito adquirido, na medida em que a Medida Provisória n. 542/1994, por ser de ordem pública, tem incidência imediata e plena, aplicando-

se sobre os contratos em curso; *iii*) independente da natureza jurídica da verba, se salarial ou previdenciária, não há se falar em redução da verba *sub judice*, notadamente porque a discussão travada refere-se tão-somente a sua correta atualização.

O desfecho conferido pelas Instâncias Ordinárias, na compreensão deste relator, não comporta alteração.

Das razões do recurso especial, constata-se que o principal argumento veiculado pelos recorrentes consiste na alegação de que os benefícios mensais de aposentadoria privada possuem natureza salarial, e, como tal, deveriam ser convertidos pelo critério estabelecido nos artigos 18, 19, 20 e 21 da Medida Provisória n. 343 (convertida na Lei n. 8.880/1994), que tratam da conversão de vencimentos, soldos, salários e benefícios mantidos pela Previdência Social.

Por tais dispositivos legais, os valores das tabelas de vencimentos, soldos, salários e benefícios mantidos pela Previdência Social deveriam ser convertidos em URV em 1º de março de 1994, dividindo-se o valor nominal vigente em cada um dos quatro meses imediatamente anteriores à conversão pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV - Unidade Real de Valor no último dia do mês de competência, extraindo-se a média dos valores resultantes.

Por oportuno, transcreve-se, no que importa à controvérsia, os artigos 18, 19, 20 e 21 da Medida Provisória n. 343 (convertida na Lei n. 8.880/1994):

Art. 18 - O salário mínimo é convertido em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

Parágrafo Único - Da aplicação do disposto neste artigo não poderá resultar pagamento de salário inferior ao efetivamente pago ou devido, relativamente ao mês de fevereiro de 1994, em cruzeiros reais, de acordo com o art. 7º, inciso VI, da Constituição.

Art. 19 - Os salários dos trabalhadores em geral são convertidos em URV no dia 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV na data do efetivo pagamento, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

[...]

Art. 20 - Os benefícios mantidos pela Previdência Social são convertidos em URV em 1º de março de 1994, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em cruzeiros reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei; e

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior.

[...]

Art. 21 - Nos benefícios concedidos com base na Lei n. 8.213, de 1991 [Previdência Social], com data de início a partir de 1º de março de 1994, o salário-de-benefício será calculado nos termos do art. 29 da referida Lei, tomando-se os salários-de-contribuição expressos em URV.

[...]

Entretanto, ao contrário do sustentado pelos ora recorrentes, os benefícios mensais de aposentadoria privada não se revestem de natureza salarial, na medida em que não possuem qualquer subordinação direta com o contrato de trabalho, tampouco se confundem com os benefícios pagos pelo sistema de previdência oficial, circunstância que impede a adoção do critério de conversão (de cruzeiros reais para real) próprio dos vencimentos, soldos, salários e benefícios mantidos pela Previdência Social para os benefícios afetos à previdência privada, tal como pretendido.

Na verdade, as entidades de previdência privada, como pessoas jurídicas de direito privado que são, realizam atividades de natureza civil, sendo certo que a relação jurídica estabelecida entre as entidades de previdência privada, seus participantes, patrocinadores e empresas, é puramente contratual. O contrato de previdência complementar estabelecido entre a entidade de previdência privada e o participante, não se descarta, em razão de sua concepção (complementar) e finalidade (concessão de benefícios de caráter previdenciário), possui a peculiaridade de ser tutelado por órgãos estatais, quais sejam, a Secretaria de Previdência Complementar - SPC, o Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC e o Conselho Monetário Nacional - CMN.

Assim, inexistente relação jurídica de natureza trabalhista entre o beneficiário da previdência complementar e a entidade de previdência privada. Aliás, a

contratação de plano de previdência privada não pressupõe, necessariamente, a existência de vínculo trabalhista.

Por oportuno, destaca-se o escólio de Leonardo André Paixão que, ao abordar a autonomia do regime de previdência privada em relação ao contrato de trabalho do participante, evidencia a desvinculação entre os institutos, consignando que:

- a relação de um participante com um plano de previdência pode começar, perdurar e se extinguir de forma autônoma em relação a seu contrato de trabalho;
- a celebração de contrato de trabalho não implica adesão automática do empregado ao plano de previdência patrocinado pelo empregador;
- a relação civil-previdenciária entre participante, patrocinador e entidade de previdência complementar não se confunde com a relação trabalhista entre empregado e empregador;
- as contribuições que o empregador fizer ao plano previdenciário, em favor de todos os seus empregados que forem participantes do referido plano, não serão consideradas salário indireto;
- as reservas acumuladas em favor de um participante não são computadas como remuneração quando da rescisão do contrato de trabalho; (Paixão, Leonardo André, "A previdência complementar fechada: uma visão geral". São Paulo - Curitiba: Associação Paulista do Ministério Público - Associação Paranaense do Ministério Público, 2007. 31 p.).

Em reconhecimento à inexistência de vinculação entre o benefício pago pela entidade de previdência privada (de viés civil-previdenciário) e o contrato de trabalho, assinala-se que a jurisprudência pacífica desta augusta Corte posiciona-se no sentido de afastar a competência da Justiça Trabalhista para conhecer e julgar as ações correlatas, justamente por entender que de verba salarial não se trata (*ut* CC n. 116.228-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção Data do Julgamento 28.9.2011 Data da Publicação/ Fonte DJe 3.10.2011; AgRg no CC n. 109.085-SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010, DJe 17.3.2010; AgRg no Ag n. 788.928-RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 12.3.2007).

Como assinalado, os benefícios mensais de aposentadoria privada também não se confundem com os benefícios pagos pelo sistema de previdência oficial, inexistindo, por conseguinte, previsão legal para converter aqueles, de cruzeiros reais para reais, aos moldes destes.

No ponto, anota-se que, a partir do regramento constitucional (artigo 202, *in verbis*, “o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”) e infraconstitucional (Lei Complementar n. 109/2001), abalizada doutrina, para melhor delimitação do instituto, extrai as principais características da Previdência Complementar, quais sejam: “facultatividade, acessoriedade, solidariedade e poupança individual e coletiva, opção particular, além de fonte institucional de investimento” (*ut* Martinez, Wladimir Novaes, Primeiras Lições de Previdência Complementar, São Paulo: LTr, 1996. p. 33).

Veja-se, assim, que as características de complementaridade (este compreendido no fato de que o participante do plano de previdência complementar não se desonera da inscrição como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social - com exceção dos servidores públicos a partir da Emenda Constitucional n. 41/2003), de autonomia (consistente na independência da concessão de benefício pago pela Previdência Social e aquele pago pela Previdência Privada, salvo previsão contratual de vinculação), e de facultatividade (consistente num direito subjetivo do participante de aderir ou não à previdência complementar) bem demonstram a independência entre estes Regimes.

Verificada, assim, a distinção de tais Regimes, é certo que a Lei de regência, ao dispor sobre os critérios de conversão das obrigações em cruzeiros reais para reais, não determinou que os benefícios mensais de aposentadoria privada observassem o mesmo critério de conversão conferido ao Regime da Previdência Oficial, não cabendo ao intérprete fazê-lo.

Resta, assim, perscrutar se o critério adotado pela recorrida, *Fundação Codesc de Seguridade Social - Fusesc*, observou corretamente o critério de conversão determinado por lei. Como assinalado, a recorrida observou detidamente o critério estabelecido no artigo 16, inciso VI, da Medida Provisória n. 542/1994, *in verbis*:

Art. 16. Observado o disposto nos parágrafos deste artigo, serão igualmente convertidos em *Real*, em 1º de julho de 1994, de acordo com a paridade fixada para aquela data:

I - os saldos das cadernetas de poupança;

II - os depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança;

III - os saldos das contas do Fundo de Garantia do Tempo do Serviço - FGTS, do Fundo de Participação PIS/Pasep e do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT;

IV - as operações de crédito rural;

V - as operações ativas e passivas dos Sistemas Financeiro da Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), observado o disposto nos arts. 20 e 21 desta Lei;

VI - as operações de seguro, de previdência privada e de capitalização;

VII - as demais operações contratadas com base na Taxa Referencial - TR ou no índice de remuneração básica dos depósitos de poupança; e

VIII - as demais operações da mesma natureza, não compreendidas nos incisos anteriores.

§ 1º A conversão de que trata este artigo será precedida de atualização *pro rata tempore*, desde a data do último aniversário até 30 de junho de 1994, inclusive, mediante a aplicação da Taxa Referencial - TR ou do referencial legal ou contratual pertinente, na forma da legislação vigente.

§ 2º Na data de aniversário no mês de julho, incidirá, *pro rata tempore*, desde a data de conversão, sobre o valor convertido, a Taxa Referencial - TR ou o referencial legal ou contratual pertinente e juros, na forma da legislação vigente.

§ 3º O crédito da remuneração básica e dos juros, no que diz respeito às cadernetas de poupança, ocorrerá somente nas datas de aniversário, que são mantidas para todos os efeitos.

§ 4º Observadas as diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, o Ministro de Estado da Fazenda, o Conselho Monetário Nacional, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar e o Conselho Nacional de Seguros Privados, dentro de suas respectivas competências, regulamentarão o disposto neste artigo.

No ponto, argumentam os ora recorrentes, que o termo utilizado pela Lei “*operações de previdência privada*” refere-se, em termos jurídicos, à operações financeiras praticadas pela Previdência Privada, atividade que seria distinta daquela consistente na liberação de valor da complementação de aposentadoria.

Para o deslinde da controvérsia, curial sopesar o real alcance da expressão legal “*operações de previdência privada*”.

Nesse jaez, relevante destacar que o Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC, a quem compete, dentre outros órgãos estatais, tutelar o contrato de previdência complementar estabelecido entre a entidade de previdência privada e o participante, editou, em atendimento ao § 4º do artigo

16 da Medida Provisória n. 542/1994, a Resolução n. 2 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada. Aliás, como bem ponderado pelo Tribunal de origem, referida resolução em nada inovou em relação ao que dispôs o artigo 16 da Medida Provisória n. 542/1994, apenas o regulamentou.

Sob este aspecto, levando-se em conta a destacada atribuição do Conselho Gestor de Previdência Complementar - CGPC, qual seja, tutelar o contrato de previdência complementar estabelecido entre a entidade de previdência privada e o participante, bem como o teor da Resolução expedida, regulamentando o supracitado artigo 16 justamente quanto à conversão dos benefícios mensais de aposentadoria privada, já é possível verificar que a expressão “*operações da previdência privada*” não se restringiria, nos termos sustentado pelos ora recorrentes, às operações financeiras.

Se não bastasse tal constatação, a argumentação dos recorrentes revela-se insubsistente, ainda, quando se coteja as demais alíneas tratadas no referido artigo 16 com uma das características da previdência privada retrocitadas, qual seja, a “*fonte institucional de investimento*”.

As demais alíneas do artigo 16, como visto, referem-se “aos saldos das cadernetas de poupança; aos depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança; aos saldos das contas do Fundo de Garantia do Tempo do Serviço - FGTS, do Fundo de Participação PIS/Pasep e do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT; às operações de crédito rural; às operações ativas e passivas dos Sistemas Financeiro da Habitação e do Saneamento (SFH e SFS), observado o disposto nos arts. 20 e 21 desta Lei”.

O benefício mensal de aposentadoria privada, por sua vez, como é de sabença, decorre da formação de reserva, por meio de aplicações financeiras e conseqüente formação de poupança, sob o regime de capitalização, consubstanciando, por isso, verdadeira fonte institucional de investimento.

Sobre o caráter “*de fonte institucional de investimento*” do benefício pago por entidade de previdência privada (ainda que aberta), esta augusta Corte, em recente julgamento decidiu que:

[...] O saldo de depósito em PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre não ostenta nítido caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo

prazo, de relevante natureza de poupança previdenciária, porém susceptível de penhora. O mesmo sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que, embora possam ter originalmente natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo titular, perdem essa característica no decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passando a se constituir em investimento ou poupança. (ut REsp n. 1.121.719-SP, Relator Ministro Raul Araújo, DJe 27.4.2011).

Desta forma, considerando-se o caráter de fonte institucional de investimento intrínseco aos benefícios de aposentadoria privada, tem-se que estes não destoam (de forma absoluta, a ponto de afastar a presente exegese) da natureza das obrigações constantes nas outras alíneas do mencionado artigo 16, tal como saldos das cadernetas de poupança, os depósitos compulsórios e voluntários mantidos junto ao Banco Central do Brasil, com recursos originários da captação de cadernetas de poupança etc.

Bem de ver, assim, que a adoção, pela entidade recorrida, Fusesc, do critério de conversão das obrigações em cruzeiros reais para reais estabelecido no artigo 16, da Medida Provisória n. 542/1994 aos benefícios mensais de aposentadoria privada, nos termos assentados, não se revela, na compreensão deste Ministro, passível de censura.

Por fim, anota-se que esta augusta Corte, nas poucas oportunidades em que a questão *sub judice* acendeu a este Tribunal, reconheceu a correção do proceder da entidade de previdência privada.

Pela relevância da matéria, transcreve-se excerto de precedente proveniente desta colenda Terceira Turma, da Relatoria do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direitos, exarado por ocasião do julgamento do REsp n. 693.453-DF, DJ 5.9.2005, que bem retrata o caso dos autos:

[...] A interpretação do acórdão foi no sentido de que todos os casos previstos no art. 16 referem-se a operações no sistema financeiro, com o que a indicação das “operações praticadas pelo sistema de seguros, previdência privada e capitalização” (fl. 1.198) deveriam ser entendidas nesse contexto. Com isso, aplicar-se-ia ao caso o disposto no art. 19, que dispõe sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social, determinando a conversão para URV em 1º de março de 1994, conjugado com o art. 19 que contém igual comando para o salário dos trabalhadores em geral. Para o acórdão, existe afinidade entre os benefícios pagos pela Previdência Social e aqueles pagos pela previdência privada. Daí o reconhecimento de que houve erro suscetível de correção, cerca de cinco anos depois, se o reajuste foi feito com base no art. 16, porque “converter

os benefícios apenas no mês de julho violou a Medida Provisória n. 434/1994, e portanto deve adequar seu procedimento à norma pertinente, de maneira que a r. Decisão hostilizada afigura-se *contra legem*" (fl. 1.199).

Com todo respeito, entendo que não se pode acoimar a interpretação que cobriu o reajuste dos benefícios pelo art. 16 da Medida Provisória n. 434/1994 de erro suscetível de correção, porque contrário ao comando legal. Ao revés, a interpretação tem toda pertinência. Primeiro, não se pode incorporar os benefícios pagos aos salários dos trabalhadores em geral, porquanto têm natureza díspar; segundo, os benefícios pagos pelo sistema de previdência privada têm requisitos diversos daqueles pagos pelo sistema de previdência oficial; terceiro, embora o acórdão não mencione, há resolução oriunda do Ministério da Previdência Social cuidando exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada em virtude da Medida Provisória n. 556/1994.

Ora, de fato, não se pode configurar na interpretação originária da entidade de previdência privada violação da Medida Provisória. Tratava-se de interpretação perfeitamente compatível. [...]. Ora, no presente caso, como tenho por claro, não se pode apontar no caso que tenha havido interpretação contra a lei, à medida que possível aquela oferecida pela entidade de previdência privada. Tenho, portanto, como correta a sentença que deferiu o pleito da associação autora. Em conclusão, conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença.

No mesmo sentido, confira-se ainda:

Processo Civil. Recurso especial. Agravo regimental. Norma legal apontada como violada não debatida na instância de origem. Falta de prequestionamento. Súmula n. 356-STF. Violação a dispositivo constitucional. Impossibilidade de análise. Previdência privada. Benefício de aposentadoria. Complementação. Reajuste. Aplicação dos arts. 14 e 16 da Medida Provisória n. 542/1994.

1 - [...]

2 - [...]

3 - Os arts. 38 da Lei n. 8.880/1994 e 24 da Medida Provisória n. 566/1994, apontados como violados na via especial, não se aplicam à hipótese dos autos, porquanto, para o reajuste dos benefícios previdenciários dos agravados, à época expressos em Cruzeiros Reais, deveriam ter sido aplicados os arts. 14 e 16 da Medida Provisória n. 542/1994. As normas apontadas como violadas referem-se apenas ao cálculo da correção monetária realizado em julho e agosto de 1994, sendo que os atos contestados na ação de rito ordinário em questão são anteriores àquelas normas.

4 - Agravo regimental conhecido, porém, desprovido. (AgRg no REsp n. 434.872-RN, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ 17.12.2004).

Por fim, destaca-se precedente oriundo da c. Quarta Turma desta augusta Corte, REsp n. 332.964-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 1º.12.2008 (apontado pelos recorrentes em seu Memorial), que, apesar de assentar que o artigo 16, letra f, seria aplicável tão-somente às operações de previdência privada e não aos benefícios pagos pela Previdência Privada, ao final negou provimento ao recurso dos beneficiários, para reconhecer a correção da conversão efetuada pela entidade de previdência privada, que se pautou no referido artigo 16. É o que se verifica do seguinte excerto do voto condutor:

O ven. acórdão, ao exame do tema colocado sob apreciação judicial na apelação, destaca haver a recorrida - Fundação Caemi de Previdência Privada - procedido à conversão do benefício do recorrente em cruzeiros reais para reais, de acordo com a norma do art. 16 da Medida Provisória n. 542/1994, relativa à implantação do Plano Real, inclusive com obediência aos parâmetros ditados pela Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar do MPAS, "a cujas diretivas está subordinada, por determinação da Lei n. 6.435/1977." (fls. 207). Dispõe o art. 16 e parágrafos da Medida Provisória n. 542/1994: [...] Este foi o procedimento adotado pela recorrida, abonado e respaldado pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar, que fez expedir regulamentação sobre a conversão de obrigações em Cruzeiros Reais para Reais (Resolução n. 2, de 8 de agosto de 1994). Na verdade, como destaca a recorrida, o acolhimento da tese do recurso, com apoio no art. 21, implicaria em atualizar um valor já convertido em moeda forte (Real) por um índice relativo à inflação em moeda fraca, já extinta (cruzeiro). [...] O acórdão, por seu turno, ministrando à espécie a melhor hermenêutica, mostra não ter havido redução do benefício. Seria aberrante, fugindo não apenas à lógica jurídica, a adoção do critério de corrigir-se moeda nova e forte por índice de atualização relativo a moeda velha e fraca e, a seu tempo, já devidamente indexada. Não houve mudança quanto ao índice de reajustamento e a periodicidade prevista no contrato. Feita a conversão, em 1º de julho de 1994, de cruzeiro real para real (proporção de CR\$2.750,00/R\$1,00), sobre o valor resultante incidirão os reajustes previstos contratualmente na periodicidade determinada. Conversão - adverte NAGIB SLAIBI FILHO - não significa vencimento, nem reajuste. A norma do art. 16, letra f, da Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994, aplica-se às operações de previdência privada e, em princípio, não aos benefícios pagos pela Previdência Privada. Incide o art. 21. O art. 16 versa sobre saldos, operações, depósitos, em uma palavra, aplicações financeiras. A complementação tem periodicidade maior que o pagamento mensal, donde a regra do art. 21. Não conheço do especial.

De todo modo, nos moldes delineados, tem-se que a recorrida, *Fundação Codesc de Seguridade Social - Fusesc*, ao aplicar o critério de conversão das

obrigações em cruzeiros reais para reais estabelecido no artigo 16 da Medida Provisória n. 542/1994, aos benefícios de previdência privada, que, como assinalado, não possuem natureza salarial, tampouco se confundem com os benefícios pagos pela Previdência oficial, ateve-se à determinação legal regente, notadamente à Resolução n. 2 do Conselho de Gestão de Previdência Complementar que cuidou exatamente da conversibilidade e do reajuste dos benefícios para as entidades fechadas de previdência privada.

Nega-se, pois, provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.131.385-RJ (2009/0148741-7)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Fernanda Ribeiro de Abreu

Advogado: Luiz Antônio Alves Corrêa e outro

Recorrido: Itauna's Expressa Farmácia Ltda. Me

Advogado: Oswaldo Monteiro Ramos e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Acidente de consumo. Fato do serviço. Injeção em farmácia. Danos morais. Inversão do ônus da prova.

1. Demanda indenizatória ajuizada por consumidora contra farmácia, alegando que seu preposto teria utilizado seringa já usada anteriormente para administrar injeção de medicamento anticoncepcional, obrigando-a a se submeter ao tratamento preventivo contra Aids e Sífilis, e, assim, ocasionando danos morais.

2. Acórdão recorrido que, dando provimento à apelação da farmácia, reformou a sentença de procedência da demanda por não reconhecer a presença de prova idônea acerca da existência do alegado serviço defeituoso ou inseguro.

3. Prequestionamento implícito da regra do art. 14, § 3º, I, do CDC, acerca da inversão do ônus da prova, pois a parte recorrente prequestionara expressamente apenas o art. 6º, VIII, do CDC.

4. Reconhecimento da responsabilidade civil pelo fato do serviço em face da não comprovação pelo fornecedor da excludente da inexistência de defeito na prestação de serviço.

5. Verossimilhança da versão dos fatos apresentada pela autora, jovem cirurgiã-dentista, conforme reconhecido na sentença pela Magistrada que presidiu a instrução do processo.

6. *Recurso especial provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator e da manifestação da Sra. Ministra Nancy Andrichi se dando apta para o julgamento, por maioria, dar provimento ao recurso especial. Vencidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Massami Uyeda. Votaram com o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 28.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial manejado por *Fernanda Ribeiro de Abreu* frente a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, integrado pelo proferido em sede de embargos de declaração, assim ementado:

Responsabilidade civil. Defeito na prestação de serviço que teria consistido na aplicação indevida de injeção, com emprego de material possivelmente infectado, capaz de transmitir à paciente doenças como a Aids, obrigando-a a se submeter

aos tratamentos apropriados, causando danos psicológicos à mesma. Ausência de prova idônea da existência do fato caracterizador do alegado serviço defeituoso ou inseguro. Sentença condenatória reformada. (fls. 251).

Na origem, a autora propôs ação de indenização contra a farmácia demandada, pois foi-lhe aplicada injeção do medicamento anticoncepcional Meigyna com a utilização de seringa já usada anteriormente em outra pessoa. Em face da possibilidade de contaminação pelo vírus da Aids ou Sífilis, teve de se submeter aos tratamentos preventivos fornecidos gratuitamente por instituições públicas ou custeados pelo seu plano de saúde.

Em sua resposta, a farmácia recorrida negou a veracidade dos fatos, além de impugnar o tratamento a que se submeteu a autora, que teria sido precipitado e inadequado.

Houve a realização de audiência de instrução.

Na sentença, o Magistrado, após analisar a prova colhida, julgou procedente o pedido e condenou a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor correspondente a quarenta salários mínimos.

A farmácia requerida apresentou apelação, que foi provida pelo Tribunal de origem no acórdão acima ementado.

Foram interpostos embargos de declaração, que não foram acolhidos.

Houve, então, a interposição pela autora de recurso especial, alegando, em suas razões recursais, violação aos arts. 333, 473, 515, 516 e 535 do Código de Processo Civil e 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990, sustentando, em síntese, que “a inversão do ônus da prova tem o condão de conferir às alegações do autor presunção *juris tantum*”. (fls. 284).

Negado seguimento na origem, o recurso especial aportou a esta Corte por força do provimento de agravo de instrumento pelo Ministro Paulo Furtado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Inicialmente, rejeito a alegação de violação do art. 535, II, do CPC. No que concerne à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que as questões submetidas ao Tribunal de origem foram adequadamente apreciadas, com abordagem

integral do tema e fundamentação compatível. Ademais, quando o magistrado pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, ainda que sucintamente, não se configura ofensa ao artigo 535 do CPC.

De outro lado, reconheço a ocorrência de prequestionamento implícito da regra do art. 14, § 3º, I, do CDC, que versa acerca da inversão do ônus da prova na responsabilidade civil pelo fato do serviço, atribuindo-se ao fornecedor a comprovação da inexistência de defeito na prestação do serviço.

No acórdão recorrido, discutiu-se a questão relativa à inversão do ônus da prova, tendo a recorrente alegado a violação do art. 6º, VIII, do CDC, prequestionando esse dispositivo legal, inclusive em sede de embargos de declaração.

Ocorre que a disposição legal aplicável ao caso é a regra do art. 14, § 3º, I, do CDC, *verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3.º O fornecedor de serviços só não será responsabilizados quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

A diferença entre as regras é que, enquanto no art. 6º, VIII, do CDC, há necessidade de um ato judicial para inversão do ônus probatório, na hipótese regulada pelo 14, § 3º, I, do mesmo diploma legal, há regra específica acerca da distribuição do ônus da prova, atribuindo ao fornecedor a demonstração da “inexistência de defeito”.

Esse tratamento diferenciado conferido pelo legislador é sutil, mas de extrema importância na prática processual.

O fornecedor, no caso o dono da farmácia, na precisa dicção legal, “só não será responsabilizado quando provar (...) a inexistência do defeito.”

Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do serviço era do fornecedor, no caso, do dono da farmácia demandada.

A inversão do ônus da prova, nesse caso específico, não decorreu de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuinto a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova “*ope legis*” (ato do legislador) e a inversão “*ope judicis*” (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto – art. 12 – ou fato do serviço – art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca da questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (“*ope legis*”) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova “*ope judicis*”, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nesse ponto, no julgamento do REsp n. 802.832-MG, na Segunda Seção, já manifestei minha posição no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa.

O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que a consumidora demandante foi vítima da indevida utilização de uma injeção já usada anteriormente para ministrar um medicamento anticoncepcional.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 14 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do serviço.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 14, § 3º, inciso I, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fornecedor, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, sempre constituiu um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito.

Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação.

Por isso, tendo o fornecedor as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto ou no serviço colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

Assim, no caso, deve-se reconhecer que ocorreu o prequestionamento da questão processual relativa à inversão do ônus da prova, embora com a invocação equivocada da regra do art. 6º, VIII, do CDC, e não do art. 14, § 3º, I, do CDC, que se considera implicitamente prequestionado na linha dos precedentes desta Corte:

Processual Civil. Prequestionamento implícito. Pretensão de anulação de lançamento fiscal. Prescrição quinquenal a partir da notificação. Art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

1. No acórdão recorrido, há um título inteiro dedicado à análise da ocorrência ou não da prescrição. Portanto, ainda que não se tenha feito expressa menção ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, a matéria por ele regulada foi devidamente enfrentada, o que basta para a ocorrência do prequestionamento implícito.

2. O prazo prescricional adotado na ação declaratória de nulidade de lançamentos tributários é quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, contado a partir da notificação fiscal do ato administrativo do lançamento.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.276.518-MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2011).

Processual Civil. Tributário. ICMS. Adoção de regime especial de fiscalização e tributação. Possibilidade. Questão jurídica debatida na instância *a quo*. Prequestionamento implícito. Ocorrência. Razões da decisão agravada devidamente infirmadas. Conhecimento do agravo. Não incidência da Súmula n. 7-STJ ao caso.

1. "O juízo de admissibilidade recursal é ato discricionário do relator, máxime quando efetuado o prequestionamento implícito e tratar-se de dissídio notório" (AgRg no REsp n. 976.148-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9.9.2010).

2. *É possível o conhecimento de recurso especial na hipótese em que o Tribunal a quo aprecia questão jurídica mesmo sem fazer menção expressa ao artigo relacionado à matéria discutida, pois se admite o prequestionamento implícito, para fins de conhecimento de recurso especial interposto pela alínea a do permissivo constitucional, quando as questões debatidas no recurso tenham sido decididas no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram, conforme entendimento do STJ.*

3. As razões do agravo infirmam a decisão agravada, o que enseja seu conhecimento.

4. No caso, não houve qualquer análise de provas, visto que o recurso limitou-se a questionar a possibilidade de aplicação do regime especial de tributação, o que, nesta Corte, foi reconhecida sua legalidade, determinando-se, aí sim, para evitar análise de provas, o retorno dos autos ao Tribunal de origem para verificar a presença dos requisitos para a adoção do regime especial de fiscalização e tributação. Não incidência da Súmula n. 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 25.722-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18.10.2011).

Ademais, uma vez conhecido o recurso especial, impõe-se seja aplicado o direito à espécie para o julgamento da causa, nos termos da Súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No mérito, merece provimento o recurso especial para se julgar procedente a demanda indenizatória na mesma linha da douta sentença do Magistrado de primeiro grau.

A situação fática está bem delineada nos autos eletrônicos.

A autora, ora recorrente, no dia 17 de fevereiro de 2001, procurou a farmácia requerida, ora recorrida, para a aquisição do medicamento anticoncepcional Meigyna, que deve ser injetado de forma intravenosa na nádega.

Não há controvérsia de que a autora esteve na farmácia, adquiriu o medicamento e que lhe foi ministrada a indigitada injeção, merecendo ser transcrita, neste ponto, a douta sentença, *verbis*:

Assim, incumbia à suplicada o ônus da comprovação de que não houve o acidente narrado pela autora quando da aplicação de uma injeção, no seu estabelecimento.

A versão apresentada pela suplicante a respeito dos fatos que deram origem ao processo está sintetizada às fls. 164-166, onde encontra-se o termo de seu depoimento em audiência:

Que os fatos ocorreram exatamente como descreve a inicial; Que a depoente encontrou o medicamento que lhe fora receitado por sua médica na farmácia ré; Que aquela seria a primeira oportunidade em que faria uso do anticoncepcional injetável; Que a depoente entrou em contato com o dono da farmácia e o balconista, que veio a ser a pessoa encarregada da aplicação do remédio; Que a depoente analisou a embalagem, verificou a data da validade e também percebeu que constatava do rótulo o aviso de que o remédio já vinha com a própria seringa; Que a depoente chegou a alertar o aplicador, chamado Edilson a respeito da desnecessidade da seringa descartável que ele estava separando, enquanto colocava álcool e demais materiais sobre o balcão; Que a depoente tranquilizou-se quando assistiu a abertura da embalagem do remédio e a seringa, que já vinha preparada, foi colocada à sua frente; Que Edilson pediu um tempo para preparar o quarto onde seria feita a aplicação, até porque constava da receita que ela devia ser feita nas nádegas do paciente. Que a depoente chegou a estranhar a demora de Edilson, porque embora estivesse vazia a farmácia, aguardou seu retorno por quinze minutos, aproximadamente; *Que depois de levada ao referido quarto, a depoente colocou-se de costas e sentiu a picada da agulha; Que, todavia, ao voltar-se para assistia a aplicação verificou que a seringa utilizada por Edilson não era aquela que havia visto sair da embalagem; Que na realidade, aquela que estava sendo utilizada era grande e de plástico, enquanto a certa era pequena e de vidro; Que a depoente assustou-se, e Edilson imediatamente reconheceu seu erro, afirmando apenas*

que havia se enganado; Que em seguida aplicou-lhe a injeção certa, tanto assim que a depoente ficou com duas marcas de injeção naquela região; Que de plano não tomou qualquer atitude, até porque ficou sem reação; Que minutos após, já voltada ao automóvel de seu namorado, comentou com ele a respeito do incidente, e ele decidiu retornar à farmácia; Que a depoente sabe que seu namorado recolheu no lixo as duas únicas seringas que existiam ali; Que ele também lhe relatou que o dono da farmácia já estava ciente do incidente quando ele chegou ali; Que a depoente, analisando a seringa recolhida por seu namorado, verificou que ela tinha resto de medicamento, donde concluiu que estava sendo reutilizada.

A versão da ré, por sua vez, sintetiza-se na seguinte frase, proferida por seu representante legal em audiência: “Que o depoente acredita que toda a narrativa seja apenas uma versão elaborada pela autora e seu namorado, para ardidamente conseguirem dinheiro”.

A tese, todavia, não é sustentável. Os momentos de aflição descritos pela suplicante, corroborados pelos documentos acostados aos autos, são incompatíveis com a alegação de que tudo não teria passado de uma farsa destinada a arrancar dinheiro fácil da suplicada:

Que ante o risco de contaminação pelo vírus da Aids, a depoente procurou orientação médica, primeiro no Barra Dor, e posteriormente, por orientação do médico ali, no Hospital Lourenço Jorge; Que o próprio chefe do plantão autorizou o fornecimento de um remédio chamado Biovir, (...) Que por orientação do chefe de plantão a depoente retornou posteriormente para procurar um Infectologista, e tomou remédios por vinte e oito dias que esta última lhe prescreveu (...) Que a depoente ratifica seu depoimento em Sede Policial, ressaltando que ali, como nesta oportunidade, relatou que chegou a ser aplicada a primeira seringa e a depoente ignora porque tal não constou claramente do termo de declarações de fls. 133-134; Que a depoente não teria se preocupado em procurar atendimento médico caso não houvesse sido aplicada a tal injeção; Que sentiu a aplicação da primeira seringa como uma pontada igual a de qualquer injeção; Que a médica não lhe deu receita para todos os vinte e oito dias completos, e foi exigido da depoente que retornasse ao Hospital semanalmente, para receber ali receitas; (...) Que não conhece por nome o Dr. Arlindo Ricon, mas conhece a Dra. Valéria; Que estagiou por seis meses no hospital Lourenço Jorge, no setor de Emergência da Odontologia; Que não chegou a conhecer as pessoas que vieram a lhe atender, anos depois; Que não sabe o nome do chefe do plantão, mas, como já esclareceu, ele foi o primeiro a lhe prescrever o medicamento; Que realmente esse chefe de plantão, segundo lhe foi relatado na ocasião, era ortopedista, e que vendo a urgência da situação autorizou que

o medicamento fosse entregue a depoente; Que tanto assim que ele mesmo lhe recomendou que voltasse para que fosse atendida por uma infectologista (fls. 164-166).

Também não são compatíveis com a tese defensiva a própria estrutura da ré, uma micro-empresa, cujo sócio optou por trabalhar sozinho, no balcão, para economizar o salário de empregados:

Que o depoente é sócio da farmácia ré, e passou a administrá-la, com seu irmão, cerca de uma semana antes dos fatos que deram origem a ação terem ocorridos; Que portanto não conhecia bem o funcionário Edilson, e sequer tinha a intenção de mantê-lo, pois era antigo na farmácia e seu objetivo era funcionar sem outros empregados, além do entregador; Que de fato essa é a situação que hoje se encontra na farmácia.

Ora, admita-se que, em se tratando de um golpe, este necessariamente envolveria sujeitos ativo e passivo bem diferentes das partes deste processo. Uma fraude dificilmente seria articulada por uma jovem cirurgiã-dentista, com endereço certo e reputação ilibada, e certamente teria por alvo uma grande e próspera rede de farmácias. Além disso, a autora prestou depoimentos seguros, harmoniosos e coerentes entre si, em sede policial e em Juízo (fls. 133-134 e fls. 164-166), ao contrário do representante da ré e o seu ex-empregado. Eles forneceram versões incompatíveis entre si para o episódio, e indubitavelmente o aplicador da injeção mente deslavadamente:

Que Edilson relatou ao depoente que tinha um certificado da Ascoferj (Associação das Farmácias do Rio de Janeiro) que lhe habilitava para fazer aplicações de injeção; Que Edilson não trabalhava há dez meses na empresa ré, aproximadamente, tendo se tornado entregador de comida chinesa; Que recorda-se do dia em que a autora esteve em sua farmácia, e nada de incomum percebeu na ocasião; Que na farmácia são aplicadas em média quatro injeções por dia, por isso é natural que houvesse outra seringa no lixo, além daquela utilizada na autora; Que meia hora depois que partiram, a autora e seu namorado retornaram; Que até então o seu funcionário Edilson não lhe havia relatado qualquer coisa de anormal; Que o depoente, após ouvir do namorado da autora sua versão sobre o ocorrido, indagou de Edilson que continuou garantindo que nada de anormal havia ocorrido; Que acreditava nisso porque a reação da autora não foi imediata, como seria a do depoente caso estivesse numa situação como aquela que relata a autora (Luiz Augusto Costa da Silva, às fls. 167-168).

Que o depoente nunca chegou a saber exatamente qual a versão da autora para os fatos da inicial, porque depois que aplicou a seringa normalmente na autora, *ali só retornou seu namorado, minutos depois,*

solicitando a injeção aplicada nela e qualquer outra que estivesse usada; Que o depoente, gentil e inocentemente, atendeu ao namorado da autora; Que não imaginou na hora a que se prestaria as duas seringas usadas; Que o depoente esteve todo o tempo ao lado do representante da ré, que prossegue presente a esta sala de audiências; Que o depoente assegura que naquele momento o namorado da autora não apresentou a versão segundo a qual teria ocorrido um incidente, envolvendo a aplicação de uma injeção usada; Que não houve qualquer discussão entre o namorado da autora e o depoente e na ocasião o depoente não foi acusado de ter feito nada errado, e tampouco assistiu qualquer conversa entre o namorado da autora e o representante da ré; Que soube sobre o incidente através do representante da ré, que lhe relatou que teria recebido uma ocorrência e prontificou-se a comparecer onde fosse necessário; Que o depoente saiu da farmácia porque conseguiu um emprego melhor, num restaurante. (Edilson Soares do Nascimento, às fls. 169-170).

A divergência existente entre o relato do empregado da ré e seu próprio representante é insuperável e evidencia que aquele primeiro falta com a verdade. Ele apenas não pratica crime pelo falso testemunho pois é evidente que agiu no exercício de seu direito constitucionalmente assegurado à auto-defesa, já que responde a inquérito na esfera criminal pelo fato, e já esteve encarcerado sob acusação de prática de furto (fls. 141), sendo natural que não pretenda retornar à prisão. Persiste, assim, a versão da autora inabalada, cuja credibilidade não logrou a ré desconstituir.

A gravidade da situação ante os riscos aos quais esteve exposta a suplicante são evidentes - em seu corpo inseriu-se uma agulha de seringa já utilizada - e estão corroborados pelos documentos acostados aos autos. Ela procurou auxílio médico, consciente da possibilidade de ter sido contaminada por vírus transmissor de doença incurável e fatal. Este temor da autora não decorreu de sua fantasia, e muito menos de intenção maliciosa de vir a locupletar-se: a expectativa era concreta e plausível, o que se conclui pela seriedade com que a autora foi atendida pela classe-médica, demonstrada nos autos pelas receitas, prontuários e exames (fls. 15-26 e 104-110). A suplicada questionou a autenticidade destes documentos, mas não logrou demonstrar a sua alegada falsidade.

Resulta indubitoso, assim, a responsabilidade da suplicada de indenizar a autora pelos danos experimentados, resultando a mesma do fato de haver confiado o serviço a quem, na melhor das hipóteses, não se portou com o dever de cuidado necessário, caracterizando-se a chamada culpa *in eligendo*.

Fica evidente, assim, a verossimilhança da versão da autora, ora recorrente, devidamente reconhecida pela Magistrada de Primeiro Grau, que procedeu à colheita da prova.

Mais, não é crível que uma jovem cirurgiã-dentista tivesse criado toda a história sem nenhuma base fática, comparecendo a uma Delegacia de Polícia e se submetendo ao tratamento preventivo contra Aids.

Ou seja, a autora comprovou a prestação do serviço e os danos morais sofridos em decorrência do alegado defeito do serviço prestado.

O ônus da prova da inexistência de defeito era da farmácia recorrida, que deveria, no mínimo, comprovar a habilitação do técnico que ministrou a injeção na recorrente.

Não tendo sido feita a prova da inexistência de defeito, há responsabilidade civil da farmácia pelo fato do serviço, na forma do art. 14 do CDC, como, aliás, já havia sido reconhecido corretamente pela sentença.

Assim, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, julgando procedente a demanda.

Fica a farmácia requerida condenada ao pagamento de indenização no montante correspondente a quarenta salários mínimos, conforme consignado na sentença, que será corrigido a partir da data de hoje pela variação do IPC (Súmula n. 362-STJ), sendo também acrescido de juros legais moratórios desde a data do evento danoso (Súmula n. 54-STJ).

Condeno, ainda, ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 15% sobre o valor atualizado da causa.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

Trata-se de recurso especial interposto por *Fernanda Ribeiro de Abreu*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiam os autos que a ora recorrente propôs ação contra *Itauna's Expressa Farmácia Ltda. Me*, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais (e-STJ fls. 3-10).

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido “para condenar a ré ao pagamento da importância correspondente a quarenta salários mínimos,

vigentes à época do seu efetivo desembolso para reparação dos danos morais” (e-STJ fl. 191).

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 196-203), tendo a parte autora manejado recurso adesivo (e-STJ fls. 218-224).

A Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu provimento ao apelo e julgou prejudicado o adesivo, em aresto assim ementado:

Responsabilidade civil. Defeito na prestação de serviço, que teria consistido na aplicação indevida de injeção, com emprego de material possivelmente infectado, capaz de transmitir à paciente doenças como a Aids, obrigando-a a se submeter aos tratamentos apropriados, causando danos psicológicos à mesma. Ausência de prova idônea da existência do fato caracterizador do alegado serviço defeituoso ou inseguro. Sentença condenatória reformada (e-STJ fl. 251).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 262-263).

Daí a interposição do presente recurso especial (e-STJ fls. 266-295), invocando violação dos artigos 333, 473, 515, *caput*, 516 e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil e artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta a recorrente, em síntese, que: (i) o pedido deveria ter sido julgado procedente, considerando-se a inversão do ônus da prova e a inexistência de prova confiável acerca dos fatos descritos; (ii) “a apelação não devolve ao Tribunal o conhecimento de questões já decididas e precluídas” (e-STJ fl. 286) e que (iii) houve negativa de prestação jurisdicional por não ter o Tribunal de origem, mesmo após provocado mediante a oposição de embargos declaratórios, enfrentado temas que considera imprescindíveis para o deslinde da controvérsia.

Com as contrarrazões (e-STJ fls. 297-299), e não admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 301-304), foi provido o recurso de agravo de instrumento para melhor exame do recurso especial (e-STJ fl. 419).

Levado o feito a julgamento pela egrégia Terceira Turma, em 24.4.2012, após a prolação do voto do ilustre relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, dando provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos e ora apresento meu voto.

É o relatório.

No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional, agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios, por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada. A propósito os seguintes julgados:

Processo Civil. Agravo. Exceção de pré-executividade. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência de omissão ou contradição.

1. O artigo 535 do Código de Processo Civil dispõe sobre omissões, obscuridades ou contradições existentes nos julgados. Trata-se, pois, de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que se verifica a existência dos vícios na lei indicados.

2. Afasta-se a violação do art. 535 do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia. (...).

(AgRg no Ag n. 1.176.665-RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 19.5.2011).

Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência (...)

1. Os embargos de declaração consubstanciam-se no instrumento processual destinado à eliminação, do julgado embargado, de contradição, obscuridade ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado. (...).

(REsp n. 1.134.690-PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.2.2011).

No que se refere ao conteúdo normativo dos artigos 473, 515, *caput*, e 516 do Código de Processo Civil, não foi debatido no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração.

Desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211-STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Vale afastar, de pronto, eventual alegação de que contraditória a decisão ao concluir pela não ocorrência de negativa de prestação jurisdicional ao mesmo tempo em que entende não prequestionados alguns dispositivos infraconstitucionais apontados como malferidos.

Isso porque tais dispositivos não foram e nem deveriam ter sido objeto de apreciação, ficando evidente, em verdade, o intuito infringente da irresignação posta em sede de embargos declaratórios.

Quanto ao mais, verifica-se que os outros dispositivos apontados como violados (artigo 333 do Código de Processo Civil e artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor) não têm incidência na hipótese dos autos.

Consoante bem consignado pelo relator, o caso em apreço versa sobre fato do serviço, que se submete à regra de inversão do ônus da prova de que trata o art. 14, § 3º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

(...).

Referido dispositivo legal, contudo, não foi apontado como malferido nas razões do especial, o que atrai à hipótese a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

De qualquer sorte, mesmo que superado o mencionado obstáculo ao conhecimento do recurso especial, não identifique ofensa ao art. 14, § 3º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

É certo que, em se tratando de fato do serviço, a inversão do ônus da prova decorre diretamente da lei, sem a necessidade, portanto, de decisão judicial.

Cuida-se de opção legislativa como forma de concretizar o princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor e a garantia constitucional da ampla defesa.

Em tais hipóteses - de inversão “*ope legis*” -, milita em prol do consumidor a presunção do defeito, de modo que cabe ao fornecedor, para se eximir da responsabilidade de indenizar, o ônus da prova de que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste.

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a responsabilidade por danos causados aos consumidores em virtude da prestação de serviços defeituosos, não afasta, contudo, a necessidade de demonstração

pelo consumidor dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam, a prestação do serviço, o dano e o nexos causal.

Nesse sentido, as lições de Sérgio Cavalieri Filho:

(...)

Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova *ope legis*, isto é, por força da lei, que não se confunde com aquela prevista no art. 6º, inciso VIII (*ope judicis*), que já foi objeto do nosso exame. Isso não importa dizer, todavia, que o consumidor fica dispensado de produzir provas em juízo. *Como autor da ação indenizatória deverá provar a ocorrência do acidente de consumo (fato do produto ou do serviço) e o respectivo dano. O que a lei inverte, na inversão ope legis, é a prova quanto ao defeito do produto ou do serviço, e não a prova da própria ocorrência do acidente do consumo, ônus esse do consumidor.*

Precisa e oportuna a observação de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino neste ponto: *“Deve ficar claro que o ônus de provar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexos causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC”* (Responsabilidade no Código do consumidor e a defesa do fornecedor, Saraiva, 2. ed., p. 344). (Programa de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, págs. 358-359 - grifou-se)

Na mesma linha:

(...)

Vale rememorar que, tratando-se de acidentes de consumo, seja decorrente de produtos ou de serviços (arts. 12 e 14), a responsabilidade do fornecedor é objetiva, de sorte que, para fazer surgir o dever indenizatório, basta o consumidor provar a ocorrência do dano (acidente) e o respectivo nexos de causalidade entre o dano e o produto/serviço fornecido. *Ou seja, ainda que a responsabilidade seja objetiva, o consumidor não está exonerado de provar o dano e o nexos de causalidade.*

Nessas circunstâncias, podemos afirmar que a inversão do ônus da prova decorre da própria lei, isto é, *ope legis*, logo não ficando na dependência do arbítrio do juiz, já que a única forma de o fornecedor se exonerar do dever indenizatório é provar uma das excludentes do nexos de causalidade, expressamente previstas nos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Rememore-se: *o consumidor não está isento de nenhuma prova, já que deverá provar a ocorrência do dano e o respectivo nexos de causalidade, conforme já afirmado. Quer dizer, o consumidor deverá provar, no mínimo, a existência do fato indenizável (acidente) e o liame entre o fato e o produto ou serviço (nexos causal).*

(MELO, Nehemias Domingos de. Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 164).

No caso em apreço, da análise do quadro fático, conforme delineado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise do conjunto probatório, pode-se concluir que a parte autora não se desincumbiu do ônus de demonstrar, ainda que minimamente, a configuração de nenhum dos três requisitos acima referidos: prestação do serviço conforme a narrativa da inicial, dano e nexa causal.

É o que se extrai da leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, a seguir parcialmente transcrito:

(...)

Essas circunstâncias conduzem a razoável certeza de que efetivamente a autora dirigiu-se ao Hospital Municipal Lourenço Jorge, e forneceu as informações constante da supra aludida 'Notificação, mas como destacou com propriedade o primeiro recorrente, *resta de todo incompreensível a tentativa de concatenar a informação da autora, constante da inicial, de que ali, naquela noite de 17/02/01, fora-lhe fornecido desde logo o 'coquetel' de medicamentos de combate à AIDS, uma vez que somente dois dias depois foi solicitado o primeiro exame tendente a avaliar se efetivamente estaria infectada pelo vírus correspondente, ou pelo da hepatite B (fls. 17), o que provoca dúvidas incontornáveis a respeito da seriedade das afirmações lançadas pela mesma, e da veracidade de seu depoimento em Juízo.*

Causa espécie, ainda, a narrativa do episódio ocorrido no recinto onde teriam sido aplicadas as injeções na mesma, porquanto é profissional habilitada na área médica, tratando-se de cirurgiã-dentista, evidentemente conhecedora dos riscos à saúde que envolve a aplicação incorreta ou imperita de uma injeção, e apesar disso, segundo suas afirmações, embora tenha constatado precipitação ou erro grosseiro do aplicador ao proceder à mesma açodadamente, sem os cuidados técnicos adequados (fls. 133-134), e empregando outra seringa e agulha, contendo medicamento diverso do adquirido para esse fim, tenha se submetido, logo em seguida, a outra aplicação pelo mesmo operador; ademais, na peça inaugural, para justificar, entre outras razões, os danos psicológicos sofridos, relata que além da perspectiva de se ter assim contaminado, manifestou receio de restar sujeita a uma gravidez indesejada, o que é inteiramente colidente com a afirmação de que efetivamente lhe foi ministrado, por fim, por via injetável, o medicamento por ela adquirido, que é anticoncepcional.

Desconcertante é, ainda, que fosse utilizada a primeira seringa, constatando a autora, posteriormente, quando seu namorado a recolheu, juntamente com a segunda, que continha aquele resíduo de medicamento diverso, indício de que fora aplicada anteriormente em outra pessoa (fls. 165), e, apesar disso, não tenha relatado qualquer desconforto ou sensação dolorosa quando isso teria ocorrido, porquanto a

reutilização daquela seringa, nessas condições, provocaria algo semelhante a uma embolia, ainda que de reduzidas proporções, deixando necessariamente vestígios na localidade onde fora aplicada, e certamente dores de acentuada intensidade.

De qualquer modo, inexistente prova alguma confiável e idônea de que tais fatos tenham efetivamente ocorrido, o que seria indispensável evidenciar, diante da negativa do réu a esse respeito, ainda que o douto Juízo, através de decisão prolatada ao longo da Audiência de Conciliação de fls. 111, tenha invertido os ônus da prova, porquanto não se pode exigir que alguém prove negativamente, ou seja, que determinado fato não ocorrerá, como curial. Com efeito, salvo as alegações da autora, constantes de sua inicial, e do seu próprio depoimento, nada demonstra a veracidade da alegada aplicação indevida de uma primeira injeção com materiais já utilizados em pessoa diversa, uma vez que ninguém, salvo ela mesma e o aplicador da indigitada injeção - o qual também negou a ocorrência sempre que teve oportunidade de se pronunciar sobre o episódio (fls. 135, 140-141 e 169-170) - teriam presenciado o fato, pois, segundo consta, apenas os dois se encontravam no espaço reservado para a aludida aplicação, e, após ser ali atendida, simplesmente se retirou ela da farmácia sem manifestar qualquer contrariedade ou fazer alguma observação a respeito do suposto episódio, seja ao dono do estabelecimento, efetuando o pagamento do serviço prestado (fls. 13), seja a seu namorado, a quem teria comentado a ocorrência algum tempo depois, dentro do automóvel, após saírem do local, o que igualmente não corresponde ao que habitualmente acontece, como ensina a experiência comum.

De qualquer modo, como acima já adiantado, não existe a demonstração da existência do fato que serve de "causa petendi" à postulação feita, não se podendo, por conseguinte, imputar ao réu a obrigação de indenizar os danos de que se queixa a demandante (e-STJ fls. 252-254).

O que se vê, portanto, é que as conclusões da Corte de origem no sentido da ausência de indícios mínimos da demonstração do fato descrito na inicial decorreram inquestionavelmente da análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, cujo reexame é interdito a esta Corte por força da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Ademais, não cabe a este Superior Tribunal reexaminar as premissas de fato que levaram o Tribunal de origem a tal conclusão, sob pena de usurpar a competência das instâncias ordinárias, a quem cumpre amplo juízo de cognição da lide.

Ausente, portanto, indício bastante sequer da ocorrência do evento danoso e do nexos de causalidade, não há falar, a meu ver, em presunção de defeito no serviço a ensejar a responsabilização do fornecedor.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Ação de adimplemento contratual e exibição de documentos. Contrato de promessa de assinatura Telerj. Acórdão que afastou a aplicação do CDC por entender a inexistência de prova mínima do direito alegado pelo autor. Impossibilidade de rever esse entendimento por incidência da Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido. Aplicação de multa.

1. *O Tribunal local afastou a inversão do ônus probatório, por entender que não se juntou à inicial nenhum documento que comprovasse ter a autora utilizado linha telefônica, inexistindo qualquer verossimilhança a amparar o pleito de inversão da prova.*

Incide, ao caso, o Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

2. Agravo regimental não provido. Aplicação de multa.

(AgRg no Ag n. 1.260.584-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22.11.2011, DJe 29.11.2011).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Análise de disposição de direito local. Impossibilidade. Óbice do Enunciado n. 280 da Súmula-STF. Ilegitimidade passiva da instituição financeira. *Ausência de indícios mínimos que demonstrem o fato constitutivo do direito. Entendimento obtido com base no exame da matéria fático-probatória. Incidência do Enunciado n. 7-STJ.* Inverossimilhança das alegações e prova de fato negativo. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade, na espécie. Recurso improvido.

(AgRg no Ag n. 1.115.059-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 31.8.2009).

Processual Civil. Responsabilidade civil. Código do Consumidor. Ônus da prova. Inexistência de provas dos fatos alegados na petição inicial. Decisões anteriores fundadas nas provas acostadas aos autos. Impossibilidade de reexame. Súmula n. 7-STJ. Não comprovação dos alegados danos materiais e morais sofridos.

- *Ao autor, incumbe a prova dos atos constitutivos de seu direito.*

- *Em que pese a indiscutível aplicação da inversão do ônus da prova ao CDC, tal instituto não possui aplicação absoluta. A inversão deve ser aplicada “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.*

- *Entenderam as instâncias ordinárias, após análise das provas dos autos, que o recorrente não comprovou as falhas na prestação dos serviços contratados. Necessidade de revolvimento de todo o conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula n. 7 do STJ.*

- O recorrente não provou a ocorrência de vícios no serviço que pudessem lhe conferir direito a uma indenização por danos materiais ou morais.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 741.393-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5.8.2008, DJe 22.8.2008).

Em vista de todo o exposto, com a devida vênia, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, li antecipadamente o voto de V. Exa., ocasião em que, na primeira assentada, deu provimento ao recurso. Aguardei o voto do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva, em voto-vista, e, com todo respeito, também acompanho a divergência, negando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.180.237-MT (2010/0024327-6)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Sul América Companhia Nacional de Seguros

Advogado: Flávia Silva Ribeiro e outro(s)

Recorrido: Aparecido Donizete Gomes da Silva

Advogado: Julierme Romero e outro(s)

Interessado: Transportadora Solasol Ltda.

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Prescrição da pretensão indenizatória. Suspensão prevista no artigo 200 do Código Civil. Necessidade de instauração de inquérito policial ou de ação penal. Inaplicabilidade da regra ao caso.

1. Ação de reparação de danos derivados de acidente de trânsito ocorrido em 26 de agosto de 2002 proposta apenas em 7 de fevereiro de 2006, ensejando o reconhecimento pela sentença da ocorrência da prescrição trienal do art. 206 do CC.
2. Reforma da sentença pelo acórdão recorrido, aplicando a regra do art. 200 do CC de 2002.
3. Inaplicabilidade da regra do art. 200 do CC/2002 ao caso, em face da incoerência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e criminal, pois não instaurado inquérito policial ou iniciada ação penal.
4. Interpretação sistemática e teleológica do art. 200 do CC/2002, com base na doutrina e na jurisprudência cível e criminal desta Corte.
5. *Recurso especial provido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 22.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recurso especial* interposto por *Sul América Cia Nacional de Seguros S.A.* contra acórdão da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Na origem, o autor, ora recorrido, propôs ação de indenização para reparação de danos sofridos em acidente de trânsito ocorrido em 26 de agosto

de 2002 na Cidade de Várzea Grande no Estado do Mato Grosso, quando dirigia a sua motocicleta, ensejando graves danos pessoais.

A sentença reconheceu a ocorrência da prescrição trienal do CC/2002, pois a demanda apenas foi proposta no mês de fevereiro de 2006, transcorridos mais de três anos da vigência do novo estatuto civil.

No acórdão recorrido, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso afastou o reconhecimento da prescrição, com fundamento no art. 200 do CC/2002, em acórdão ementado nos seguintes termos, *verbis*:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenização por danos morais e estéticos. Reconhecimento da prescrição. Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Prescrição, contudo, não configurada. Fato que deve ser apurado no crime. Contagem da sentença definitiva criminal. Art. 200, CC/2002. Sentença cassada. Recurso provido. Art. 200 do Código Civil: "Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente alegou que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 206, § 3º, V, e 2.028, ambos do Código Civil de 2002. Apontou dissídio jurisprudencial entre o entendimento dado pelo Tribunal de origem e o ditado por esta Corte Superior. Postulou conhecimento e provimento do recurso.

Houve contrarrazões.

O recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. A polêmica do presente recurso especial devolvida ao conhecimento desta Corte situa-se em torno da interpretação do enunciado do art. 200 do Código Civil de 2002, que estatui o seguinte, *verbis*:

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

A questão é relevante, pois o Tribunal de origem, no julgamento da apelação interposta pelo autor, ora recorrido, deu provimento ao recurso para afastar o reconhecimento da prescrição trienal da sua pretensão indenizatória,

que fora reconhecida na sentença, com fundamento no artigo 200 do Código Civil, considerando que deve ser apurado no juízo criminal a lesão corporal culposa.

Relembre-se que o fato ocorreu em 26 de agosto de 2002, na Cidade de Várzea Grande no Estado do Mato Grosso, quando o autor dirigia a sua motocicleta, colidindo com a carreta pertencente à empresa interessada, ensejando-lhe danos pessoais.

Como a demanda foi proposta apenas no mês de fevereiro de 2006, transcorridos mais de três anos desde a data da vigência do novo estatuto civil (11.1.2003), a sentença reconheceu a ocorrência da prescrição trienal do CC/2002.

O acórdão recorrido reformou a sentença, estabelecendo que a prescrição da pretensão indenizatória não havia sequer iniciado, aplicando a regra do artigo 200 do Código Civil.

Não era caso, porém, de aplicação dessa regra por inexistência de relação de prejudicialidade entre as esferas cível e criminal.

Esse enunciado normativo deve ser interpretado em consonância com o princípio da independência relativa entre os juízos cível e criminal, consagrado pelo art. 935 do Código Civil de 2002:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

A independência entre os juízos cível e criminal, afirmada pelo art. 935 do CC, é apenas relativa, pois existem situações em que a decisão proferida na esfera criminal pode interferir diretamente na decisão proferida no juízo cível, fazendo neste, aliás, coisa julgada.

O próprio Código Civil, no art. 935, ressalva na parte final do enunciado normativo: “(...) não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Essa regra do art. 935 deve ser complementada pelo Código de Processo Penal, que, nos arts. 63 e seguintes, trata, no capítulo da ação civil, dos efeitos civis produzidos pelas sentenças penais condenatórias e absolutórias, nos seguintes termos:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. (Vide Lei n. 5.970, de 1973).

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

O principal efeito civil de uma sentença penal é produzido pela condenação criminal, pois a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível.

O próprio Código Penal, em seu art. 91, I, diz que são efeitos extrapenais da condenação criminal tornar certa a obrigação de reparação dos danos.

Do mesmo modo, o CPC, em seu atual art. 475-N, quando trata dos títulos executivos judiciais, coloca entre eles a sentença penal condenatória, atribuindo-lhe o condão de ensejar o cumprimento de sentença, apenas exigindo antes uma fase de liquidação de sentença.

Reconhece, desse modo, que é título executivo judicial, não sendo necessária nova ação de conhecimento para o reconhecimento da responsabilidade.

A regra do art. 63 do CPP vai exatamente na mesma linha, ao permitir que “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito de reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Esse conjunto de normas, que encontramos em vários pontos do nosso ordenamento jurídico, mostra que a relevância da sentença penal condenatória, que faz coisa julgada no cível, tornando certa a obrigação de reparação dos danos.

Em 2008, o CPP sofreu importantes alterações pela Lei n. 11.719/2008, que acrescentou dois enunciados normativos relacionados à reparação dos danos causados pelo ato criminoso.

De um lado, no art. 387, inciso IV, estabeleceu-se que, na sentença penal condenatória, o juiz fixará um valor mínimo para a reparação dos danos, considerando os prejuízos sofridos pela vítima (CPP, art. 387, IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido).

De outro lado, acrescentou-se um parágrafo único no art. 63, permitindo que, “transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.

Em suma, o juiz poderá fixar, na sentença penal condenatória, um valor mínimo a título de indenização pelos danos causados pelo evento criminoso, em face das provas produzidas no processo penal, que poderá ser objeto, desde logo, de execução.

Ademais, a vítima, que não foi parte no processo-crime, poderá postular, na esfera cível, a ampliação do montante da indenização, demonstrando que os prejuízos sofridos foram mais amplos do que aqueles contemplados pela indenização mínima arbitrada pela sentença penal condenatória.

Além dessa eficácia mais conhecida da sentença penal condenatória, existem também situações em que a sentença absolutória criminal também faz coisa julgada no cível, sendo bastante clara a regra do art. 65 do Código de Processo Penal, já aludida, ao estatuir que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito”.

Essa regra compreende as causas excludentes da antijuridicidade. Com isso, não apenas se houver condenação criminal, mas também se houver absolvição criminal, reconhecendo uma excludente da ilicitude, essa decisão fará coisa julgada no cível.

Desse modo, a independência entre as instâncias é apenas relativa, valendo a regra não apenas para a hipótese de condenação criminal, mas também para algumas situações de absolvição criminal.

A independência efetiva entre os juízos cível e criminal aparece nas hipóteses previstas pelos arts. 66 e 67, que indicam as situações em que ela ocorre.

A principal é a absolvição por falta de provas, que é o caso mais comum, o famoso art. 386, inciso VI, do CPP.

Frequentemente, o juiz adota esse fundamento para a absolvição criminal exatamente para não fechar a porta da discussão cível em torno do fato.

Além disso, têm-se o arquivamento do inquérito policial, a decisão que julga extinta a punibilidade, especialmente pela prescrição (arts. 107 e 108 do Código Penal) e a sentença absolutória que reconhece que o fato não constitui crime.

Os artigos 66 e 67 do CPP, pois, indicam as hipóteses em que é possível a rediscussão da matéria na esfera cível, embora não tenha havido condenação criminal na esfera penal.

Por outro lado, o CPC autoriza, no art. 265, IV, letra **a**, a possibilidade de suspensão do processo, já que é comum as duas ações tramitarem paralelamente.

O juiz do processo cível pode suspendê-lo até o julgamento da ação penal por até um ano.

A regra do art. 200 do Código Civil, ao obstar o transcurso do prazo prescricional antes da solução da ação penal, situa-se nesse contexto.

A finalidade dessa norma é evitar a possibilidade de soluções contraditórias entre os juízos cível e criminal, especialmente quando a solução do processo penal seja determinante do resultado do processo cível.

Por isso, permite-se à vítima aguardar a solução da ação penal para apenas depois desencadear a demanda indenizatória na esfera cível.

De todo modo, é fundamental que exista processo penal em curso ou, pelo menos, a tramitação de inquérito policial até o seu arquivamento.

No caso, não há qualquer notícia no processo acerca da tramitação de inquérito policial ou da existência de ação penal em curso, tendo por objeto o fato em julgamento.

Como se trata de lesão corporal culposa, prevista no artigo 303 do CTB, cuja pena máxima é de dois anos de detenção, constituindo infração de menor potencial ofensivo, dependeria de representação do ofendido.

Dispõe o enunciado normativo do art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), *verbis*:

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.

Registrou o acórdão recorrido, *verbis*:

No caso, não há no autos elementos que autorizem o reconhecimento da prescrição da ação civil, já que não há notícias sequer da ação penal instaurada para apurar o fato no juízo criminal.

Ora, o crime de lesão corporal culposa, ocorrido no trânsito de veículos automotores terrestres, enquadra-se como infração de menor potencial ofensivo previsto pela Lei n. 9.099/1995, que dispõe em seu art. 61:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei n. 11.313, de 2006).

O CTB, em seu art. 291, expressamente faz remissão à Lei n. 9.099/1995:

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008.

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo

automotor, não autorizada pela autoridade competente; (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008).

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008).

§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal. (Incluído pela Lei n. 11.705, de 2008).

Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, era necessária a representação da vítima para o início da persecução penal, na forma do art. 88 da Lei n. 9.099/1995:

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Nesse sentido, o pontual exame de Arnaldo Rizzardo ao art. 291 do CTB (*Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, 8ª ed., São Paulo: 2011, p. 580), que professa:

Consoante o art. 88 da Lei n. 9.099/1995, o exercício da ação penal, nos crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa dependerá de representação do ofendido ou de seu representante legal.

Sobrelevando a natureza de infração de menor potencial ofensivo, pontificou a Colenda Terceira Seção desta Corte:

Conflito negativo de competência. Processual Penal. Delito de trânsito. Lesão corporal culposa. Infração de menor potencial ofensivo. Competência dos Juizados Especiais.

1. Lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor descreve a figura do art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro com pena máxima abstratamente cominada em 2 (dois) anos.

2. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 11.313/2006 conceituaram os delitos de menor potencial ofensivo, alterando o art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

3. Competência do Juizado Especial Criminal para conhecer e julgar crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena não ultrapasse 2 (dois) anos, independente de rito especial. Competência absoluta, fixada em razão da matéria.

4. Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Juízo de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal de Uberlândia-MG.

(CC n. 93.128-MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 25.3.2009, DJe 24.4.2009).

Ressalto, que dos autos não se extrai, ainda, mínimo indício de qualquer das exceções previstas nos incisos do § 1º do art. 291 do CTB, que tornariam incondicionada a presente ação penal pública.

A representação, com efeito, possui prazo decadencial de seis meses, prazo que, para que não haja dúvida, está previsto no art. 38 do CPP, *verbis*:

Art. 38 - Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Essa questão, inclusive, já foi objeto de análise pelas Turmas criminais desta Corte Superior:

Penal. Processual Penal. Recurso ordinário de "*habeas corpus*". Lesões corporais leves. Representação (art. 38 do CPP, art. 103 do CP e art. 91 da Lei n. 9.099/1995). Interesse recursal.

I - nos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas, se o fato ocorreu na vigência da "novatio legis", o prazo para o oferecimento da representação e de 6 meses "ex vi" arts. 38 do CPP e 103 do CP.

II - o disposto no art. 91 da Lei n. 9.099/1995 exterioriza regra de transição referente aos casos anteriores.

III - se, em relação a um dos pacientes, foi declarada extinta a punibilidade, não ha que se falar, ai, em interesse recursal. Recurso parcialmente conhecido e ai desprovido.

(RHC n. 7.003-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 9.12.1997, DJ 25.2.1998, p. 93).

Consequentemente, não havendo qualquer notícia no processo dessa representação, cujo prazo decadencial já transcorreu, não se mostra possível a aplicação da regra do art. 200 do Código Civil.

Na jurisprudência deste Egrégio Tribunal, acerca da aplicação do art. 200 do Código Civil, merecem referência, ainda, os seguintes precedentes:

Civil. Responsabilidade civil do Estado. Prescrição. Se o ato do qual pode exsurgir a responsabilidade civil do Estado esta sendo objeto de processo criminal, o termo inicial da prescrição da ação de reparação de danos inicia,

excepcionalmente, da data do trânsito em julgado da sentença penal. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 137.942-RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 5.2.1998, DJ 2.3.1998, p. 64).

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Prisão ilegal. Ação de indenização. Prescrição. Termo inicial.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. É assente na Corte que a coisa julgada na instância penal constitui o termo inicial da contagem do prazo de prescrição da ação de indenização em face do Estado. Precedentes: AEREsp n. 302.165-MS, Primeira Seção, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 10.6.2002; AGA n. 441.273-RJ, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 19.4.2004;

REsp n. 254.167-PI, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 1º.2.2002; REsp n. 442.285-RS, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 4.8.2003; AGREsp n. 347.918-MA, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 21.10.2002.

3. Funda-se a jurisprudência no fato de que nesses casos o termo *a quo* é o trânsito em julgado da sentença condenatória penal, porquanto a reparação do dano *ex delicto* é conseqüente, por isso que, enquanto pende a incerteza quanto à condenação, não se pode aduzir à prescrição, posto instituto vinculado à inação.

4. Isto porque "se o ato ou fato danoso está sendo apurado na esfera criminal, com ilícito, em nome da segurança jurídica aconselha-se a finalização, para só então ter partida o prazo prescricional, pelo princípio da *actio nata*." (REsp n. 254.167-PI).

5. In casu, versa hipótese de arquivamento de inquérito policial, por isso que o autor alegou ter sido preso ilegalmente, indiciado, mas não chegou a ser ajuizada a competente ação penal.

6. Nesta hipótese, o termo a quo da prescrição da pretensão indenizatória moral conta-se da data do arquivamento do inquérito policial, inaplicando-se, como evidente, o Código Civil com eficácia retroativa a fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

7. Ademais, é diversa a hipótese da ação de indenização calcada em reparação de dano *ex delicto* e ação de dano moral pela veiculação de representação penal arquivada.

8. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 618.934-SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24.11.2004, DJ 13.12.2004, p. 239).

Processual Civil. Ação indenizatória. Ato ilícito praticado por agentes do Estado. Ação penal. Reconhecimento da autoria e do fato no juízo criminal. Prescrição. Termo inicial. Precedentes.

1. As jurisdições cível e criminal intercomunicam-se. A segunda repercute de modo absoluto na primeira quando reconhece o fato ou a autoria. Nesse caso, a sentença condenatória criminal ou decisão concessiva de *habeas corpus* constituem títulos executórios no cível.

2. O art. 1.525 do Código Civil de 1916 impede que se debata no juízo cível, para efeito de responsabilidade civil, a ocorrência do fato e a sua autoria quando tais questões tiverem sido decididas no juízo criminal.

3. O próprio CPC confere executoriedade à sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 548, II). Assim, não se poderia, coerentemente, obrigar a vítima a aforar a ação civil dentro dos cinco anos do fato criminoso. Remanesce o ilícito civil.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que o termo inicial para a propositura da ação indenizatória, em face de ilícito penal que está sendo objeto de processo criminal, é do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, no caso, se, reconhecidos a autoria e o fato no juízo criminal, da suspensão do processo (trânsito em julgado da decisão concessiva de *habeas corpus*).

5. Precedentes das 1ª, 2ª e 4ª Turmas desta Corte Superior.

6. Recurso provido, nos termos conclusivos do voto.

(REsp n. 622.117-PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 6.5.2004, DJ 31.5.2004, p. 246).

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Policial militar. Licenciamento *ex officio*. Inquérito policial. Arquivamento. Prazo prescricional na esfera cível. Suspensão. Possibilidade. Art. 200 do Código Civil. Aplicabilidade. Recurso especial conhecido e provido.

1. Quando a ação cível se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, sendo irrelevante que a respectiva ação penal não tenha sido proposta, se houve a abertura de inquérito policial posteriormente arquivado. Inteligência do art. 200 do atual Código Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 920.582-RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.9.2008, DJe 24.11.2008).

Com efeito, não há notícia de que tenha sido ajuizada ação penal para apuração desse fato ou da própria situação do inquérito policial, se é que fora instaurado.

Assim, não se estabeleceu a relação de prejudicialidade entre a ação penal e a ação indenizatória em torno da existência *de fato que deva ser apurado no juízo criminal*, como exige o texto legal (art. 200 do CC/2002).

Na doutrina, merece destaque a seguinte lição no sentido de que, muito embora o texto legal não se refira *a fato que constitui crime, mas a fato que deva ser apurado no juízo criminal, a verificação dessa circunstância só se dá com o recebimento da denúncia ou queixa-crime* (*Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso - 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malone, 2011, p. 154*).

Nos citados comentários ao art. 200 do CC, na obra coordenada pelo e. Min. Peluso, faz-se interessante menção ao magistério de Fabrício Zamprogna Matiello, por todo condizente com a presente linha interpretativa: “A suspensão da prescrição se dá desde o dia em que tiver início a ação penal, através do recebimento da denúncia ou medida afim, até que transite em julgado correspondente sentença”.

Finalmente, na jurisprudência recente desta Corte, merece menção o acórdão desta 3ª Turma do STJ, da relatoria do Ministro Massami Uyeda, cuja ementa é a seguinte, *verbis*:

Recurso especial. Responsabilidade civil. Atropelamento com morte. Reparação de danos. Prescrição trienal. Incidência do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Aplicação. Artigo 200 do Código Civil. Inaplicabilidade. Questão prejudicial. Inexistência. Prévia discussão no juízo civil da questão subjacente. Divergência jurisprudencial. Ausência de fundamentação. Incidência da Súmula n. 284-STF. Recurso especial improvido.

I - É de se aplicar a prescrição trienal prevista no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil de 2002, isso porque, conforme assentou a jurisprudência desta Corte Superior, se não houver o transcurso de mais de metade do prazo prescricional da lei anterior, impõe-se a incidência das disposições do Novo Código Civil.

Ocorrência, na espécie.

II - O falecimento do irmão do ora recorrente ocorreu em 16 de junho de 2000 e a presente ação foi distribuída em junho de 2007. Assim, o início da contagem do prazo trienal ocorreu a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, vale dizer, 11 de janeiro de 2003 e a prescrição da presente ação operou-se em 11.1.2006.

III - A eventual apuração no âmbito criminal do fato que ensejou o falecimento do irmão do ora recorrente, no caso um atropelamento em via pública, não era questão prejudicial ao ingresso de pedido reparatório na esfera civil. Ademais, uma vez afastada a discussão acerca da culpabilidade pelo fato ou, pelo contrário, no caso

de sua admissão, tal circunstância não retira o fundamento da reparação civil. Dessa forma, há, na espécie, evidente independência entre as Instâncias civil e criminal, afastando-se, por conseguinte, a possibilidade da existência de decisões conflitantes, bem como a incidência do art. 200 do Código Civil.

IV - A ausência de qualquer fundamentação relativa ao alegado dissenso jurisprudencial impõe, para a hipótese, a incidência da Súmula n. 284-STF.

V - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.131.125-RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 18.5.2011).

Portanto, não ocorreu, no presente caso, a suspensão ou obstrução da prescrição da pretensão indenizatória prevista no artigo 200 do Código Civil, pois a verificação da circunstância fática não era prejudicial à ação indenizatória, sequer se tendo notícia acerca da representação do ofendido e, conseqüentemente, da existência e recebimento de denúncia.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença em seu inteiro teor.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.219.093-PR (2010/0200049-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Eduly Reginato Ross

Advogado: Guilherme Kloss Neto e outro(s)

Recorrido: CANP - Comercial Agrícola Norte Paranaense Ltda.

Advogado: Marcelo Farinha e outro(s)

Interessado: Sinval Leite Macedo

Advogado: Luís Eduardo Grassani

EMENTA

Recurso especial. Execução. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Alegação de fraude à execução em

processo distinto por meio de simples petição. Inviabilidade. Carta de arrematação expedida. Anulação. Necessidade de ação autônoma. Expropriação sob a tutela jurisdicional. Presunção de higidez da titulação do arrematante.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Após a expedição da carta de arrematação, não pode a desconstituição da alienação ser feita nos próprios autos de execução, mas sim por meio de ação própria.

3. Tendo a expropriação sido efetivada sob a tutela jurisdicional, no curso de processo judicial, presume-se a higidez da titulação do arrematante.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de março de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 10.4.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Eduly Reginato Ross*, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Noticiam os autos que, em 24.8.1999, *Comercial Agrícola Norte Paranaense Ltda.* - CANP propôs ação de execução para entrega de coisa incerta (autuada sob o n. 426/1999) contra *Sinval Leite Macedo*, amparada em duas cédulas de produto rural (e-STJ fls. 97-101).

Em 23.9.1999, o executado foi citado para entregar o objeto das cédulas (e-STJ fl. 154).

Tendo o feito sido convertido em execução de quantia certa, foi determinada nova citação (e-STJ fl. 159), levada a efeito em 14.10.1999 (e-STJ fl. 162).

Decorrido o prazo sem manifestação, sem que o executado pagasse ou nomeasse bens à penhora, foi requerida pelo exequente e deferida pelo magistrado condutor do processo a penhora de bens, efetivada na data de 30.7.2001 (e-STJ fls. 165-166 e 292-294).

Em petição, datada de 27.10.2005 (e-STJ fls. 641-645), a exequente, ora recorrida, pugnou pela decretação de nulidade, por fraude à execução, da arrematação havida em processo executório distinto (n. 700/2000), promovido pela ora recorrente em desfavor do mesmo executado.

O juízo singular acolheu o pedido formulado pela exequente, por meio de decisão, proferida em 9.12.2005, reconhecendo a fraude à execução e declarando “ineficaz a arrematação do bem imóvel descrito no auto juntado às fls. 431 dos autos, relativamente ao exequente nesta execução, vez que oferecido o bem para garantia em contrato particular celebrado entre o executado e sua sogra” (e-STJ fl. 679).

Irresignada, *Eduly Reginato Ross*, na condição de terceira interessada e de arrematante do bem em questão, interpôs agravo de instrumento (e-STJ fls. 5-31).

A Segunda Câmara Cível Suplementar do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de execução. Fraude de execução. Presença dos requisitos. Ineficácia da arrematação. Ação própria. Desnecessidade. Penhora secundária. Reconhecimento. Impossibilidade. Decisão mantida. Recurso não provido (e-STJ fl. 890).

Os embargos de declaração opostos (e-STJ fls. 903-913) foram rejeitados com a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Omissões e contradições incoerentes. Contradição do julgado com interpretação de lei. Impossibilidade de discussão nesta via. Acórdão suficientemente fundamentado. Embargos rejeitados (e-STJ fl. 943).

Referido acórdão ensejou a interposição de recurso especial nesta Corte (e-STJ fls. 952-1.001), provido, por ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, em decisão da lavra do Desembargador Convocado Vasco Della Giustina, que determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para manifestação acerca de temas abordados nos embargos de declaração (e-STJ fls. 1.065-1.069).

Procedido novo julgamento pelo Tribunal estadual, em 25.11.2009, o acórdão recebeu a seguinte ementa:

Embargos de declaração. Acórdão que julgou embargos de declaração anulado por decisão do Superior Tribunal de Justiça. Retorno dos autos a este Tribunal para novo julgamento. Contradição. Inocorrência. Inexistência de incompatibilidade interna ou proposições inconciliáveis no acórdão que equacionou as matérias debatidas no agravo de instrumento. Omissão verificada apenas em relação a um dos pontos. Demais pretensões da embargante que revelam inconformismo com a orientação adotada pelo Tribunal no julgamento do agravo de instrumento. Pretensão de revisão do resultado desfavorável. Inviabilidade na espécie. Alegação de cerceamento de defesa não apreciada no acórdão embargado, mas afastada nesta oportunidade. Embargos parcialmente acolhidos para suprir a omissão, sem efeitos infringentes (e-STJ fl. 1.097).

Daí a interposição do presente recurso especial (e-STJ fls. 1.114-1.159), invocando, além de dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos com as respectivas teses:

(i) artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil - ao argumento de que persiste a omissão no julgado, especialmente a respeito dos requisitos da fraude à execução e da necessidade de ação própria para o desfazimento da arrematação judicial;

(ii) artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil - apontando vício de nulidade no acórdão recorrido que, ao fundamentar a ocorrência de fraude à execução, teria alterado a causa de pedir declinada pela recorrida;

(iii) artigo 593, inciso II, do Código de Processo Civil - considerando ausentes os requisitos caracterizadores da fraude à execução, porquanto: a) “o bem não foi alienado ou onerado pelo devedor, mas foi objeto de excussão judicial” (e-STJ fl. 1.142); b) “não há no caso qualquer prova de insolvência do

Interessado e a presente execução, ao tempo em que se passaram os atos tidos como fraudulentos, estava garantida por bens suficientes e livres ao pagamento da dívida” (e-STJ fl. 1.145) e c) não há como se presumir a ciência da recorrente da presente execução;

(iv) artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil - porque seria da exequente o ônus de provar a insolvência do devedor; e

(v) artigo 694, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil - alegando a inviabilidade de decretação incidental de ineficácia da arrematação homologada por sentença judicial transitada em julgado em processo executório distinto.

Com as contrarrazões (e-STJ fls. 1.195-1.215) e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 1.219-1.222), subiram os autos a esta colenda Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O recurso merece ser parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

De início, inviável o acolhimento da pretensão recursal no tocante ao art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Segundo o recorrente, o Tribunal de origem teria deixado de se pronunciar acerca de pontos relevantes, especialmente a respeito dos requisitos da fraude à execução e da necessidade de ação própria para o desfazimento da arrematação judicial.

O que se verifica dos autos, entretanto, é que o Tribunal de origem, instando em virtude da anulação do acórdão que julgou os anteriores aclaratórios, emitiu pronunciamento acerca das questões debatidas, ainda que não no sentido pretendido pela parte.

Logo, tendo a Corte *a quo* motivado adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese, não há falar em negativa de prestação jurisdicional. Sobre o tema, o seguinte precedente:

Civil e Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Embargos de declaração. Negativa de prestação jurisdicional. (...)

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao art. 535 do CPC (...).

(AgRg no Ag n. 1.160.319-MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 26.4.2011, DJe 6.5.2011).

Também não é o caso de violação dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Compulsando os autos, verifica-se que, desde a petição que ensejou o pronunciamento singular que decretou a ineficácia da arrematação, a matéria envolvia a análise dos requisitos ensejadores da fraude à execução. Nesse contexto, estava livre o Tribunal de origem para analisar o tema sem que a alteração da fundamentação jurídica ensejasse violação dos dispositivos legais mencionados.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processual Civil. Violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Inexistência. Grau de sucumbência.

Aferição. Inviabilidade em sede especial. Súmula n. 7-STJ. Decisão que se manteve nos limites da ação. Juros compensatórios. Alinhamento à jurisprudência do STJ.

1. Inexistência dos vícios tipificados nos arts. 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil.

2. A verificação da proporção em que cada parte restou vencedora ou vencida é providência que foge à competência desta Corte por implicar revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, atraindo a incidência do óbice contido na Súmula n. 7-STJ.

3. *Não é "extra petita" a sentença que se manteve dentro dos limites traçados pela petição inicial, considerando seus pedidos e causa de pedir.*

4. Em relação à incidência dos juros compensatórios, a jurisprudência deste Tribunal é firme quanto ao seu descabimento na repetição de indébito e na compensação de tributos. (AgRg no Ag n. 628.232-SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 28.8.2006).

4. Decisão agravada mantida pelos seus próprios fundamentos.

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no Ag n. 1.262.424-PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16.2.2012, DJe 29.2.2012).

Recurso especial. Contrato de transporte aéreo. Ação de indenização por danos causados em mercadoria transportada. Prazo prescricional. Prequestionamento da matéria. Ocorrência. Diploma aplicável: Código Civil. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Apreciação da causa sob ótica jurídica diversa da sustentada pelas partes e pela instância *a quo*. Admissibilidade. Princípio do *jura novit curia*. Aplicação do direito à espécie pelo STJ. Possibilidade. Não-ocorrência de prescrição no caso concreto. Recurso especial provido.

I - Admite-se o prequestionamento implícito, de forma que, apesar dos dispositivos tidos por violados não constarem do acórdão recorrido, se a matéria controvertida foi debatida e apreciada no Tribunal de origem à luz da legislação federal pertinente - sendo esta a hipótese dos autos -, tem-se como preenchido o requisito da admissibilidade recursal;

II - Segundo a jurisprudência do STJ, o prazo prescricional relativo à reparação de danos causados em razão de perda ou avarias causadas em mercadorias objeto de transporte aéreo é o prazo ordinário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), e no art. 205 do Código Civil de 2002 (dez anos);

III - *Respeitados os limites da causa de pedir e do pedido, pode o julgador apreciar a questão sob fundamento jurídico diverso do suscitado pelas partes ou pela Instância a quo, em virtude do princípio do jura novit curia;*

IV - Afastado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cumpre a esta Corte Superior julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456-STF;

V - Aplicando-se o direito à espécie e tomando-se por base o prazo prescricional ordinário de 20 (vinte) anos do Código Civil de 1916, bem como os termos inicial e final da prescrição, afere-se que a prescrição não ocorreu no caso concreto, devendo ela ser afastada;

VI - Recurso especial provido.

(REsp n. 1.151.758-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 13.9.2011, DJe 10.10.2011).

No tocante à apontada ofensa ao artigo 694, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, contudo, merece prosperar a irresignação.

A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no mesmo rumo da tese defendida nas razões do especial, qual seja, após a expedição da carta de arrematação, não pode a desconstituição da alienação ser feita nos próprios autos de execução, mas sim por meio de ação anulatória, consoante se observa dos seguintes precedentes:

Direito Processual Civil. Agravo regimental. Carta de arrematação expedida e transcrita no registro de imóveis. Anulação de adjudicação judicial. Necessidade de ajuizamento de ação autônoma.

1. *Expedida a carta de arrematação e transcrita no registro imobiliário, o pedido de desfazimento da alienação somente poderia ser acolhido, se o caso, em ação autônoma anulatória, nos termos do artigo 486 do CPC. Precedentes do STJ.*

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.137.761-CE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º.12.2011, DJe 7.12.2011).

Recurso especial. Locação e Processo Civil. Carta de arrematação expedida. Nulidade. Ajuizamento de ação própria para sanar o vício. Necessidade. Agravo improvido.

1. *De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, uma vez expedida carta de arrematação e transferida a propriedade do bem, o reconhecimento de causa legal apta a anular a arrematação demanda a propositura de ação própria, anulatória, nos termos do artigo 486 do CPC.*

2. Nulidade decorrente da ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública acerca da realização da hasta pública não pode ser sanada após a expedição da carta de arrematação, pois o reconhecimento de tal vício também demanda o ajuizamento de ação própria.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 945.726-MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 18.10.2010).

Direito Processual Civil. Execução. Garantidores hipotecários pertencentes ao mesmo grupo econômico da executada. Identidade de representantes legais. Inércia conforme a conveniência de momento. Adoção de manobras procrastinatórias. Presunção de ciência acerca da ação. Arrematação concluída. Anulação. Ação própria. Necessidade.

- As circunstâncias presentes na hipótese específica dos autos: (i) da executada e das garantidoras hipotecárias pertencerem ao mesmo grupo econômico e terem os mesmos representantes legais; (ii) de inércia apenas enquanto lhes convinha; e (iii) de adoção premeditada de artifícios para tumultuar o processo e frustrar a execução; permitem inferir que tinham amplo conhecimento do andamento da execução, tornando dispensável a cientificação pessoal das garantidas acerca do processo.

- A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos e procedimentos que cumprem a sua finalidade essencial.

- Solução que não se equipara à desconsideração da personalidade jurídica, a qual possui requisitos e procedimentos próprios, distintos daqueles ora aplicados. Não se cogita, na espécie, de fraude ou de confusão patrimonial entre as empresas do grupo. Ademais, os bens das recorridas só foram abrangidos pela execução frente à sua condição de garantidoras hipotecárias da dívida assumida pela executada.

- *Quando já houver sido expedida a carta de arrematação, bem como quando já transferida a propriedade do bem, não pode a desconstituição da alienação ser feita nos próprios autos de execução, devendo ser realizada por meio de ação própria, anulatória. Precedentes.*

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.031.037-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.8.2009, DJe 14.12.2009).

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Arrematação. Artigo 694, parágrafo único, do CPC. Arguição de nulidade mediante mera petição nos autos da execução, após a expedição de carta de arrematação. Necessidade de ação própria. Desfazimento da arrematação. Impossibilidade. Necessidade de ação própria (ação ordinária). Artigo 486, do CPC.

1. A arrematação, malgrado considerada perfeita, acabada e irretroatável com a assinatura do auto pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou leiloeiro, pode ser desfeita, dentre outros, por vício de nulidade, *ex vi* do disposto no artigo 694, parágrafo único, inciso I, do CPC (redação anterior à Lei n. 11.382/2006).

2. *A arguição, pelo credor, da existência de causa legal ensejadora da anulação da arrematação, após a expedição da respectiva carta (bem como quando já ocorrida a tradição do bem arrematado), demanda a propositura de ação própria, anulatória (artigo 486, do CPC) (Precedentes do STJ: REsp n. 577.363-SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 7.3.2006, DJ 27.3.2006; e RMS n. 22.286-PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 22.5.2007, DJ 4.6.2007).*

3. *In casu*, consoante assentado na instância ordinária: (i) o bem leiloado restou penhorado no âmbito da execução fiscal ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Sul; (ii) a arrematação ocorreu em 24.4.2003, tendo o arrematante apresentado crédito decorrente de precatório expedido em face do Estado do Rio Grande do Sul; (iii) por determinação do Juízo, o cartório judicial, em 16.5.2003, certificou o decurso do prazo para remição (artigo 788, do CPC) e para oposição de embargos à arrematação; (iv) após a lavratura da carta de arrematação, houve a efetiva entrega do bem penhorado ao arrematante em 6.8.2003; (v) o exeqüente restou ciente da entrega do bem ao arrematante em 14.8.2003; e (vi) em 27.1.2004, o Estado do Rio Grande do Sul (exeqüente) apresentou petição, nos autos da execução fiscal, arguindo nulidades perpetradas quando da arrematação,

consistentes na aceitação de precatório para pagamento do lanço, e por se tratar, o arrematante, de procurador da executada, o que configuraria simulação.

4. Consectariamente, a despeito de qualquer discussão acerca da possibilidade ou não de utilização de precatório (expedido pelo próprio exequente) para pagamento do lanço que resultou na arrematação do bem penhorado, a inadequação da via eleita (mera petição apresentada nos autos da execução fiscal) obstaculiza a análise da pretensão deduzida pelo credor com fulcro no artigo 694, parágrafo único, inciso I, do CPC.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 859.614-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 4.12.2008, DJe 17.12.2008).

Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Anulação de processo executivo. Citação por edital. Atos posteriores. Expedição de carta de arrematação. Registro imobiliário. Venda posterior do imóvel. Necessidade de ação própria. Desfazimento da arrematação. Recurso especial provido.

1. *A arrematação pode ser desconstituída, ainda que já tenha sido considerada perfeita, acabada e irretroatável, caso ocorra alguma das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 694 do CPC.*

2. *O desfazimento da arrematação por vício de nulidade, segundo a jurisprudência consagrada neste Superior Tribunal de Justiça, pode ser declarado de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte interessada nos próprios autos da execução.*

3. *Há exceção a essa orientação. Quando já houver sido expedida a carta de arrematação, bem como quando já transferida a propriedade do bem, não pode a desconstituição da alienação ser feita nos próprios autos de execução, devendo ser realizada por meio de ação própria, anulatória, nos termos do art. 486 do CPC.*

4. A carta de arrematação transcrita no registro de imóvel confere presunção *juris tantum* de propriedade em nome daquele a quem se transcreve o imóvel arrematado.

5. No caso dos autos, considerando que houve expedição da carta de arrematação, registro do imóvel adquirido, bem como sua posterior transferência a terceiro, é necessário que o pedido de desconstituição da arrematação seja efetuado em ação própria.

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 577.363-SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 7.3.2006, DJ 27.3.2006).

No caso dos autos, a execução (n. 700/2000) promovida pela ora recorrente *Eduy Reginato Ross* contra o executado comum - *Sinval Leite Macedo* - foi

proposta em 30.6.2000, com a penhora do bem em 13.9.2000 (e-STJ fl. 753), registrada em 5.10.2000 (e-STJ fl. 81), arrematação em 17.10.2001 (e-STJ fl. 654) e expedição da respectiva carta em 30.10.2001 (e-STJ fl. 69).

Nesse contexto, não pode prevalecer a decisão emitida pela instância ordinária, que, mais de quatro anos depois da expedição da carta de arrematação (em 9.12.2005 - e-STJ fl. 679), decreta a sua ineficácia, nos próprios autos de execução.

A situação é agravada pela circunstância de o reconhecimento ter ocorrido em processo executório distinto, sem a oitiva da arrematante.

O eventual reconhecimento de fraude à execução por má-fé do adquirente não poderia prescindir da sua manifestação prévia, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido:

Recurso ordinário. Anulação de arrematação de ofício após expedição de carta de arrematação. Impossibilidade. Necessidade de ação própria. Devido processo legal. Contraditório e ampla defesa.

- *Após expedição de carta de arrematação, a anulação do ato deve ser objeto de ação autônoma contra o arrematante com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Não é lícito ao juiz declarar ex-officio a nulidade de tal arrematação.*

(RMS n. 22.286-PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 22.5.2007, DJ 4.6.2007).

Essa também é a lição da doutrina:

Exatamente porque é preciso demonstrar a má-fé do terceiro beneficiário, exige-se o respeito ao prévio contraditório. Antes do reconhecimento da fraude à execução, é preciso garantir a oportunidade de o terceiro manifestar-se, principalmente antes da realização de qualquer ato de expropriação (...) (DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 3. ed. v. 5. Salvador: *Jus Podium*, 2011, p. 316).

Registre-se, ademais, que é desarrazoado supor a ocorrência de fraude à execução quando a expropriação do bem foi feita de forma coativa, sob a tutela jurisdicional, porquanto a presunção é inversa, ou seja, de hígidez da titulação do arrematante.

A propósito:

Processual Civil. Execução. Embargos do devedor. Penhoras sucessivas. Arrematação concluída em execução trabalhista. Venda a terceiros pelo arrematante. Pretensão de desconstituição do ato no juízo cível. Impossibilidade. Fraude não configurada. Aquisição. Boa-fé. Súmula n. 7-STJ. Incidência.

I. Não se desconstitui arrematação resultante de execução trabalhista, inclusive pela impossibilidade disso ser feito pela Justiça Comum em processo diverso, cabendo ao credor, em favor do qual preexistia penhora em cobrança no cível, apresentar-se para fazer valer sua ordem de prelação.

II. *Fraude à execução não configurada, porquanto decorrente a posse e titularidade dos terceiros embargantes de aquisição feita ao arrematante, presumida, nesse caso, a higidez da titulação do vendedor, arrematante, que provém de ato judicial.*

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

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 194.306-MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 3.6.2003, DJ 19.12.2003).

Processual Civil e Tributário. Alienação judicial de bem na pendência de execução fiscal. Preferência do crédito tributário. Fraude à execução não configurada. Inexistência de ato de vontade do devedor.

1. *O artigo 593 do Código de Processo Civil é inaplicável na hipótese de expropriação judicial do bem litigioso, posto que a invalidade nele prevista apenas pode ser reconhecida quando a venda é realizada por manifestação volitiva e providência do proprietário-devedor.*

2. *A expropriação levada a efeito sob a tutela jurisdicional, no curso de processo judicial, possui caráter oficial, não havendo que se cogitar da ocorrência de fraude, nos termos do que dispõem os arts. 593 do Código de Processo Civil e 185 do Código Tributário Nacional, porquanto trata-se de ato de soberania estatal.*

3. *Na hipótese de arrematação ou adjudicação judicial a vontade do devedor é irrelevante, o que obsta a caracterização da fraude.*

4. A regra decorrente da penhorabilidade múltipla é a possibilidade de penhora sobre penhora, resguardando-se as preferências legais e o princípio *prior tempore portior in jure*. O fato de a Fazenda ter penhorado o mesmo bem expropriado apenas lhe confere o direito de receber em primeiro lugar, posto não estar sujeita ao concurso de credores quirografários.

5. Recurso Especial desprovido.

(REsp n. 538.656-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16.10.2003, DJ 3.11.2003).

Nesse contexto, eventual desconstituição da arrematação, amparada em vício do instrumento de confissão de dívida - título embasador da execução

que culminou com a alienação judicial do bem em tela - deve ser buscada em procedimento próprio com a participação de todos os interessados na controvérsia (exequente, executado e arrematante), em obediência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse rumo:

Processual Civil. Recurso especial. Recurso de terceiro prejudicado. Ação anulatória de arrematação. Arrematante. Litisconsorte necessário. Art. 47, do CPC. Nulidade do processo.

1. O terceiro prejudicado, legitimado a recorrer, cuja relação jurídica é atingida de forma reflexiva, por força do nexo de interdependência judicial (art. 499, § 1º, do CPC), é aquele que sofre um prejuízo na sua relação jurídica em razão da sentença.

2. O litisconsórcio é compulsório, vale dizer, necessário, quando a eficácia da decisão depender da citação de todos os sujeitos que sofrerão nas suas esferas jurídicas, sob pena de a sentença ser considerada *inutiliter data*, por isso que se o terceiro não for convocado para o processo, legitima-se à impugnação recursal, à luz do disposto no art. 499, § 1º, do CPC.

3. *O arrematante é litisconsórcio necessário na ação de nulidade da arrematação, porquanto o seu direito sofrerá influência do decidido pela sentença, que nulifica o ato culminante da expropriação judicial.*

4. *A ação anulatória de arrematação, na jurisprudência desta Corte, reclama a participação de interessados na controvérsia (arrematante, exequente e executado), que ostentam manifesto interesse jurídico no resultado da demanda, cuja finalidade é desconstituir o ato judicial que favorece o ora recorrente, terceiro prejudicado.* Precedentes: RMS n. 18.184-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavaski, DJ 25.4.2005; REsp n. 316.441-RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 21.6.2004; REsp n. 116.879-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 17.10.2005.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 927.334-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.10.2009, DJe 6.11.2009).

Assim, ficam prejudicadas as demais questões articuladas no recurso especial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para tornar sem efeito a decisão de primeiro grau (e-STJ fls. 677-679), objeto do acórdão recorrido (e-STJ fls. 890-895).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.293.006-SP (2011/0144139-6)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Centro de Terapia Aquática Integrada Ltda.
Advogado: Odair Roberto Vertamatti e outro(s)
Recorrido: Companhia de Seguros Aliança do Brasil
Advogado: Fabiano Salineiro e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Contrato de seguro. Relação de consumo. Cláusula limitativa. Ocorrência de furto qualificado. Abusividade. Identificação, na espécie. Violação ao direito de informação ao consumidor. Recurso especial provido.

I - Não há omissão no aresto *a quo*, tendo sido analisadas as matérias relevantes para solução da controvérsia.

II - A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microssistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor.

III - A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do CDC.

IV - A condição exigida para cobertura do sinistro - ocorrência de furto qualificado - por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. Precedente da eg. Quarta Turma.

V - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 29.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Centro de Terapia Aquática Integrada Ltda.*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, em que se alega violação dos artigos 2º, 47 e 51, do Código de Defesa do Consumidor; 131, 300, 302, 319, 334 e 535 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Os elementos existentes nos presentes autos noticiam que o recorrente, *Centro de Terapia Aquática*, ajuizou, em face da ora recorrida, *Companhia de Seguros Aliança do Brasil*, ação de indenização securitária, ao fundamento de que, em resumo, nos termos de contrato de seguro, pactuado entre as partes, pretendeu proteger-se de eventuais sinistros que pudessem atingir seus bens ou de terceiros que utilizam de seus serviços. Nesse contexto, efetuou o pagamento do prêmio, cumprindo, segundo alega, sua obrigação contratual. Todavia, apontou que, em 28.12.2006, na vigência do contrato de seguro, houve furto em seu estabelecimento, o que motivou a cobertura securitária. Entretanto, procurada a realizar o adimplemento da obrigação securitária a ora recorrida, *Companhia de Seguros Aliança do Brasil*, recusou-se a fazê-lo porquanto não estaria prevista a cobertura, por não se tratar de furto qualificado. Sendo assim, o ora recorrente, *Centro de Terapia Aquática*, alegou que a cláusula limitativa de cobertura é abusiva em razão do caráter defeituoso na informação ao consumidor

acerca das coberturas contratuais. Requereu, assim, a procedência do pedido e o adimplemento dos bens descritos no boletim de ocorrência (fls. 02-27 e-STJ).

Devidamente citada, a ora recorrida, *Companhia de Seguros Aliança do Brasil*, apresentou defesa, na forma de contestação. Em linhas gerais, sustentou que o sinistro ocorrido não está garantido pelo contrato tendo em conta que não se tratou de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo. Afirmou, nesse contexto, a validade da cláusula contratual. Pediu, ao final, a improcedência do pedido (fls. 74-89 e-STJ).

O r. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Santo André-SP, julgou improcedente a demanda. Dentre seus fundamentos, é possível destacar, *in verbis*: “(...) a limitação da cobertura é lícita, na medida em que expressamente autorizada por lei e, portanto, a cláusula que estabelece os eventos assumidos pelo contrato e, especialmente, os eventos excluídos da cobertura contratual, por si só, não ofende o Código de Defesa do Consumidor, já que é válida a restrição dos riscos segurados.” Além disso, sustentou que “(...) A autora não nega que teve plena e prévia ciência dos instrumentos contratuais e, assim, do teor das cláusulas limitativas do direito à cobertura e nem poderia ser diferente, já que ela mesma trouxe aos autos o manual do segurado (fls. 43.” Disse, ao final, que “(...) o fato ocorrido no estabelecimento da autora não envolveu rompimento de obstáculo, conforme declarou sua representante perante a autoridade policial, ao elaborar o boletim de ocorrência (fls. 41) e, deste modo, não se enquadra no modelo de cobertura contratado, o que afasta a pretensão indenizatória.” (fls. 167-171 e-STJ).

Irresignado, o ora recorrente, *Centro de Terapia Aquática Integrada Ltda.*, interpôs recurso de apelação. Sustentou, em resumo, que “(...) a estipulação que limita a cobertura aos furtos qualificados por rompimento de obstáculo ou arrombamento viola as disposições do Código de Defesa do Consumidor.” Alegou, ainda, que o furto qualificado, nos termos do dispõe o Código Penal, pode ser praticado por diversos modos e, nesse contexto, a interpretação da disposição contratual, deve ser realizada em favor do consumidor. Pediu, assim, o provimento do recurso (fl. 174-193 e-STJ).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da 36ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de Apelação. A ementa, por oportuno, está assim redigida:

Seguro. Furto qualificado. Cláusula que limita a cobertura à hipótese de furto qualificado do qual resultem vestígios de arrombamento ou rompimento de obstáculo. Admissibilidade. Recurso desprovido.

Os embargos de declaração opostos às fls. 240-253 e-STJ, foram rejeitados às fls. 256-260 e-STJ.

Nas razões do especial, o ora recorrente, *Centro de Terapia Aquática Integrada Ltda.*, sustenta, em resumo, negativa de prestação jurisdicional. Diz, ainda, que o contrato entabulado entre as partes é regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Aduz, também, que a diferenciação entre os dispositivos penais apenas tem referência no Direito Penal, não sendo possível esse alcance na contratação do seguro. Nesse contexto, aponta que o condicionamento da indenização somente no caso do rompimento ou destruição do obstáculo ou de meio de subtração da coisa constitui cláusula abusiva. Alega, outrossim, violação ao dever de prestação informações corretas acerca da pactuação. Requer, dessa forma, o provimento do recurso especial (fls. 263-289, e-STJ).

Devidamente intimada, a ora recorrida, *Companhia de Seguros Aliança do Brasil*, apresentou contrarrazões, oportunidade em que pugnou pelo improvimento do recurso especial por incidência das Súmulas n. 5 e n. 7-STJ, bem como pela ausência de demonstração de divergência jurisprudencial (fls. 308-317 e-STJ).

Às fls. 319-320 e-STJ, sobreveio juízo negativo de admissibilidade, oportunidade em que, por meio do Agravo em Recurso Especial n. 52.172-SP, esta Relatoria determinou sua conversão em Recurso Especial a fim de propiciar o julgamento colegiado da presente demanda (fls. 380 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A irresignação merece prosperar. Com efeito.

Resumidamente, na vigência de contrato de seguro pactuado entre as partes, sobreveio sinistro de furto, o que motivou o ora recorrente, *Centro de Terapia Aquática Ltda.*, a pedir indenização sucritária que restou-lhe negada pela ora recorrida, *Companhia Aliança de Seguros*, ao fundamento de inexistência de vestígio de ocorrência de furto qualificado por arrombamento ou rompimento de obstáculo. Sendo assim, ajuizou-se a presente ação indenizatória que restou julgada improcedente pelo r. Juízo *a quo*, decisão mantida pelo egrégio Tribunal

de origem. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Daí a interposição do presente recurso especial.

Inicialmente, acerca da negativa de prestação jurisdicional, observa-se que, diferente do que pretendido pelo ora recorrente, *Centro de Terapia Aquática Ltda.*, o v. acórdão recorrido examinou, adequadamente, os principais pontos da lide, notadamente acerca do cabimento da indenização securitária, dando-lhe, por conseguinte, a interpretação que melhor entendeu para a questão (fls. 232-237 e-STJ).

Na verdade, esta Corte Superior tem repetido, em diversos julgados, que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*ut* AgRg no REsp n. 705.187-SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26.9.2005).

Acerca do *meritum causae*, é importante deixar consignado que a relação jurídica estabelecida entre as partes é nitidamente de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microssistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor, tendo em conta a relevante circunstância de que o mesmo não participou, sequer implicitamente, da elaboração do conteúdo contratual, tratando-se, pois, de típico contrato de adesão.

Além disso, a circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a condição exigida para cobertura do sinistro - ocorrência de furto qualificado -, por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. Com essa orientação, registra-se a seguinte ementa:

Consumidor. Seguro empresarial contra roubo e furto contratado por pessoa jurídica. Microempresa que se enquadra no conceito de consumidor. Cláusula limitativa que restringe a cobertura a furto qualificado. Reprodução da letra da lei. Informação precária. Incidência do art. 54, § 4º, do CDC.

1. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa, física ou jurídica, é “destinatária final” do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a venda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem.

2. É consumidor a microempresa que celebra contrato de seguro com escopo de proteção do patrimônio próprio contra roubo e furto, ocupando, assim, posição jurídica de destinatária final do serviço oferecido pelo fornecedor.

3. Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque destas -, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido.

4. O esclarecimento contido no contrato acerca da abrangência da cobertura securitária que reproduz, em essência, a letra do art. 155 do Código Penal, à evidência, não satisfaz o comando normativo segundo o qual as cláusulas limitadoras devem ser claras, por óbvio, aos olhos dos seus destinatários, os consumidores, cuja hipossuficiência informacional é pressuposto do seu enquadramento como tal.

5. Mostra-se inoperante a cláusula contratual que, a pretexto de informar o consumidor sobre as limitações da cobertura securitária, somente o remete para a letra da Lei acerca da tipicidade do furto qualificado, cuja interpretação, ademais, é por vezes controvertida até mesmo no âmbito dos Tribunais e da doutrina criminalista.

6. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 814.060-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 13.4.2010).

De mais a mais, acrescenta-se que o objeto do contrato de seguro procurou resguardar o patrimônio do segurado contra possíveis desfalques, independentemente da sua modalidade, se decorrente de roubo ou de furto, seja simples ou qualificado, tendo em conta que o segurado deve estar resguardado contra o fato e não contra determinado crime.

Sendo assim, dá-se provimento ao recurso especial para julgar procedente a demanda e, por conseguinte, determinar o adimplemento da indenização securitária, corrigida monetariamente pelo IGP-M, desde o ajuizamento da

ação e acréscimos de juros legais, no importe de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Ônus sucumbenciais invertidos, mantendo-se, contudo, os percentuais fixados pelas Instâncias ordinárias.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.300.161-RS (2011/0190256-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: José Leonardo Bopp Meister

Advogado: José Renato Bopp Meister e outro(s)

Recorrido: Microsoft Informática Ltda.

Advogado: Dartagnan Paulsen Vieira e outro(s)

EMENTA

Civil e Consumidor. *Internet*. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de correio eletrônico (*e-mail*). Fiscalização prévia das mensagens enviadas. Desnecessidade. Mensagem ofensiva. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Bloqueio da conta. Dever. Identificação do usuário. Indicação do provedor de acesso utilizado. Suficiência.

1. A exploração comercial da *Internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *Internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. O provedor de correio eletrônico (*e-mail*) é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois propicia o envio de mensagens aos

destinatários indicados pelos usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem.

4. A fiscalização prévia, pelo provedor de correio eletrônico, do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens encaminhados.

5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas pelo usuário via *e-mail* não constitui risco inerente à atividade dos provedores de correio eletrônico, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002.

6. Ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor de correio eletrônico agir de forma enérgica, suspendendo a respectiva conta de *e-mail*, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

7. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de correio eletrônico ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

8. Por mais que se intitule um *site* de seguro, a *Internet* sempre estará sujeita à ação de *hackers*, que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações. Assim, a impossibilidade de identificação da pessoa responsável pelo envio de mensagem ofensiva não caracteriza, necessariamente, defeito na prestação do serviço de provedoria de e-mail, não se podendo tomar por legítima a expectativa da vítima, enquanto consumidora, de que a segurança imputada a esse serviço implicaria a existência de meios de individualizar todos os usuários que diariamente encaminham milhões de *e-mails*.

9. Mesmo não exigindo ou registrando os dados pessoais dos usuários do *Hotmail*, a *Microsoft* mantém um meio suficientemente eficaz de rastreamento desses usuários, que permite localizar o seu provedor de acesso (esse sim com recursos para, em tese, identificar o IP do usuário), medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de correio eletrônico.

10. Recurso especial a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 19 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 26.6.2012

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *José Leonardo Bopp Meister*, com fulcro no art. 105, III, **a**, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-RS.

Ação: indenizatória, ajuizada pelo recorrente em desfavor de *Microsoft Informática Ltda.*, sob a alegação de ter sido alvo de ofensas veiculadas em *e-mail* encaminhado a terceiros por intermédio do serviço de correio eletrônico *Hotmail*, prestado pela *Microsoft*.

Houve o prévio ajuizamento de medida cautelar, objetivando a identificação do responsável pela mensagem difamatória e bloqueio da respectiva fonte, com liminar, deferida. Nesse processo, a *Microsoft* denunciou à lide o provedor

Malbanet Serviços On-Line, que viabilizou o acesso à *Internet* para o envio do *e-mail* ofensivo, mas o pedido foi indeferido.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos formulados na ação ordinária, entendendo que inexistiu falha no serviço prestado pela *Microsoft*, tendo havido culpa exclusiva do usuário do correio eletrônico. Os pedidos da medida cautelar foram julgados procedentes, com a ressalva de que todas as determinações judiciais foram, na medida do possível, atendidas pela *Microsoft* (fls. 895-898, e-STJ).

Acórdão: o TJ-RS negou provimento ao apelo do recorrente, nos termos do acórdão (fls. 927-932, e-STJ) assim ementado:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Dano moral. Provedor de serviço de correio eletrônico. Hotmail. Conteúdo de *e-mail* difamatório. Culpa exclusiva de terceiro. Ausência do dever de indenizar.

I - A responsabilidade objetiva do requerido resta afastada por excludente que rompe com o nexo de causalidade, qual seja, a culpa exclusiva de terceiro, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, parágrafo 3º, inciso II.

II - No caso em tela, o requerido não pode ser responsabilizado pelo conteúdo difamatório de *e-mail* enviado por terceiro mal intencionado, salvo se estivesse se recusando a identificá-lo, o que não ocorreu. Ademais, não se pode exigir o monitoramento do conteúdo da mensagem, pois implicaria lesão ao princípio constitucional do sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

À unanimidade, negaram provimento ao apelo.

Recurso especial: alega violação do art. 14, § 3º, II, do CDC (fls. 937-948, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ-RS negou seguimento ao especial (fls. 970-972, e-STJ), dando azo à interposição do AREsp n. 75.900-RS, conhecido para determinar o julgamento do recurso principal (fl. 1.005, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a lide a determinar o alcance da responsabilidade do provedor de correio eletrônico pelo conteúdo dos *e-mails* transmitidos por seus usuários.

I. A natureza jurídica do serviço prestado pelo HOTMAIL.

Inicialmente, é preciso determinar a natureza jurídica dos provedores de serviços de *Internet*, em especial da *Microsoft*, pois somente assim será possível definir os limites de sua responsabilidade.

A *world wide web* (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na *Internet*, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (*webpages*).

Os provedores de serviços de *Internet* são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da *Internet*, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a *Internet*; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na *Internet*; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da *web*.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de *Internet*; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Na hipótese específica do *Hotmail*, correio eletrônico gratuito para envio e recebimento de mensagens via *Internet*, verifica-se que a *Microsoft* atua como uma provedora de *e-mail* (endereço eletrônico), uma espécie do gênero provedor de conteúdo, visto que o *site* propicia o encaminhamento de mensagens aos destinatários indicados pelos seus usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem.

II. A sujeição dos serviços de *Internet* ao CDC.

Parece inegável que a exploração comercial da *Internet* sujeita as relações jurídicas de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990. Newton De Lucca

aponta o surgimento de “uma nova espécie de consumidor (...) – a do consumidor internauta – e, com ela, a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia tradicional” (**Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27).

Com efeito, as peculiaridades inerentes a essa relação virtual não afastam as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei.

Fernando Antônio de Vasconcelos observa que “o serviço preconizado na Lei n. 8.078/1990 é o mesmo prestado pelas várias empresas que operam no setor [rede virtual]. Fica, pois, difícil dissociar o prestador [provedor] de serviços da *Internet* do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor” (**Internet. Responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 116).

Vale notar, por oportuno, que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

Na lição de Cláudia Lima Marques, “a expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço” (**Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º ao 74**. São Paulo: RT, 2003, p. 94).

No caso da *Microsoft*, é clara a existência do chamado *cross marketing* – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outro. Apesar de gratuito, o *Hotmail* exige que o usuário realize um cadastro e concorde com as condições de prestação do serviço, gerando um banco de dados com infinitas aplicações comerciais.

Retomando os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, a autora anota que “estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu *marketing* e de seu preço total, pois são remunerados na manutenção do negócio principal”, concluindo que “no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exemplo do ‘enriquecimento’ dos fornecedores pelos serviços ditos ‘gratuitos’ pode comprovar” (*op. cit.*, p. 95).

Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de *Internet*, ainda que prestados gratuitamente.

III. Os limites da responsabilidade da MICROSOFT.

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado por intermédio do *Hotmail*, a responsabilidade da *Microsoft* deve ficar restrita à natureza da atividade por ele desenvolvida naquele *site*, que, como visto linhas acima, corresponde à típica provedoria de conteúdo, encaminhando mensagens via *Internet* aos destinatários indicados pelos seus usuários.

Nesse aspecto, o serviço da *Microsoft* deve garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das mensagens por eles encaminhadas, bem como o funcionamento e a manutenção das páginas na *Internet* que contenham as contas individuais desses usuários.

No que tange à fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra o material nele inserido.

Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de *Internet* age “como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros” (**Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901).

Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor por danos decorrentes do conteúdo de mensagens enviadas por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/2002.

No julgamento do REsp n. 1.067.738-GO, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, minha relatoria p/ acórdão, DJe de 25.6.2009, tive a oportunidade de enfrentar o tema, tendo me manifestado no sentido de que “a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”.

Roger Silva Aguiar bem observa que o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único, do CC/2002 “inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em ‘perigo’ para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo” (**Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50).

Com base nesse entendimento, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, aprovou o Enunciado n. 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo. A esse respeito Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na *Internet* não são “de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial” (Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da *Internet*. In Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, **Conflitos sobre nomes de domínio**. São Paulo: RT, 2003, p. 361).

Ademais, o controle editorial prévio do conteúdo das mensagens caracteriza quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/1988.

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor, do conteúdo de todas as mensagens encaminhadas via *web* eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da *Internet*, que é a transmissão de dados em tempo real.

Carlos Affonso Pereira de Souza vê “meios tecnológicos para revisar todas as páginas de um provedor”, mas ressalva que esse procedimento causaria “uma descomunal perda na eficiência do serviço prestado, quando não vier a impossibilitar a própria disponibilização do serviço” (A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na *Internet*. In **Manual de direito eletrônico e Internet**. São Paulo: Aduaneiras, 2006, p. 651).

No mesmo sentido opina Paulo Nader, que considera inviável impor essa conduta aos provedores, “pois tornaria extremamente complexa a organização de

meios para a obtenção dos resultados exigidos, além de criar pequenos órgãos de censura” (**Curso de direito civil**. Vol. VII, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 385).

Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social e tecnológico extremamente negativo.

Mas, mesmo que, *ad argumentandum*, fosse possível vigiar a conduta dos usuários sem descaracterizar o serviço prestado pelo provedor, haveria de se transpor outro problema, de repercussões ainda maiores, consistente na definição dos critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada mensagem ou documento a ela anexado. Ante à subjetividade que cerca o dano moral, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se uma mensagem ou imagem é potencialmente ofensiva. Por outro lado, seria temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo dessas informações aos provedores.

Por todos esses motivos, não vejo como obrigar a *Microsoft* a realizar a prévia fiscalização do conteúdo das mensagens enviadas via *Hotmail*.

Entretanto, também não é razoável deixar a sociedade desamparada frente à prática, cada vez mais corriqueira, de se utilizar de mensagens eletrônicas como artifício para a consecução de atividades ilegais. Antonio Lindberg Montenegro bem observa que “a liberdade de comunicação que se defende em favor da *Internet* não deve servir de passaporte para excluir a ilicitude penal ou civil que se pratique nas mensagens por ela transmitidas” (**A Internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 174).

Trata-se de questão global, de repercussão internacional, que tem ocupado legisladores de todo o mundo, sendo possível identificar, no direito comparado, a tendência de isentar os provedores de serviço da responsabilidade pelo monitoramento do conteúdo das informações veiculadas em seus *sites*.

Os Estados Unidos, por exemplo, alteraram seu *Telecommunications Act*, por intermédio do *Communications Decency Act*, com uma disposição (47 U.S.C. § 230) que isenta provedores de serviços na *Internet* pela inclusão, em seu *site*, de informações encaminhadas por terceiros.

De forma semelhante, a Comunidade Europeia editou a Diretiva n. 2000/31, cujo art. 15, intitulado “ausência de obrigação geral de vigilância”, exime os provedores da responsabilidade de monitorar e controlar o conteúdo das informações de terceiros que venham a transmitir ou armazenar.

Contudo, essas normas não livram indiscriminadamente os provedores de responsabilidade pelo tráfego de informações em seus *sites*. Há, em contrapartida, o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização.

Existe no Brasil iniciativa semelhante, corporificada no Projeto de Lei n. 4.906/2001 do Senado Federal, que, além de reconhecer expressamente a incidência do CDC ao comércio eletrônico (art. 30), isenta de responsabilidade os “provedores de transmissão de informações” da responsabilidade pelo conteúdo das informações transmitidas (art. 35) e desobriga-os de fiscalizar mensagens de terceiros (art. 37), mas fixa a responsabilidade civil e criminal do provedor de serviço que, tendo conhecimento inequívoco da prática de crime em arquivo eletrônico por ele armazenado, deixa de promover a imediata suspensão ou interrupção de seu acesso (art. 38).

Realmente, esse parece ser o caminho mais coerente. Se, por um lado, há notória impossibilidade prática de controle, pelo provedor de conteúdo, de toda a informação que transita em seu *site*; por outro lado, deve ele, ciente da existência de texto ou imagem ilícitos, removê-los sem delongas.

Patrícia Peck comunga dessa ideia e apresenta exemplo que bem se amolda à hipótese dos autos. A autora considera “tarefa hercúlea e humanamente impossível” que “a empresa Google [típica provedora de conteúdo] monitore todos os vídeos postados em seu sítio eletrônico ‘youtube’, de maneira prévia”, mas entende que “ao ser comunicada, seja por uma autoridade, seja por um usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deve tal empresa agir de forma enérgica, retirando-o imediatamente do ar, sob pena de, daí sim, responder de forma solidária juntamente com o seu autor ante a omissão praticada (art. 186 do CC)” (**Direito digital**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 401).

Do quanto exposto até aqui, conclui-se que não se pode considerar de risco a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo, tampouco se pode ter por defeituosa a ausência de fiscalização prévia das correspondências enviadas via correio eletrônico, inexistindo justificativa para a sua responsabilização objetiva pela veiculação de mensagens de teor ofensivo.

Por outro lado, ainda que, como visto, se possa exigir dos provedores um controle posterior, vinculado à sua efetiva ciência quanto à existência de mensagens de conteúdo ilícito, a medida se mostra insuficiente à garantia dos consumidores usuários da rede mundial de computadores, que continuam sem ter contra quem agir: não podem responsabilizar o provedor e não sabem quem foi o autor direto da ofensa.

Cabe, nesse ponto, frisar que a liberdade de manifestação do pensamento, assegurada pelo art. 5º, IV, da CF/1988, não é irrestrita, sendo “vedado o anonimato”. Em outras palavras, qualquer um pode se expressar livremente, desde que se identifique.

Dessa forma, ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários encaminhem livremente mensagens, deve o provedor ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada correspondência eletrônica um remetente certo e determinado.

A esse respeito, Marcel Leonardi observa que o provedor deve exigir do usuário, conforme a natureza do serviço prestado, “os números de IP atribuídos e utilizados pelo usuário, os números de telefone utilizados para estabelecer conexão, o endereço físico de instalação dos equipamentos utilizados para conexões de alta velocidade e demais informações que se fizerem necessárias para prevenir o anonimato do usuário” (**Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 82).

Portanto, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

Com efeito, o provedor que, movido pela ânsia de facilitar o cadastro e aumentar exponencialmente o número de usuários, ou por qualquer outro motivo, opta por não exercer um mínimo de controle daqueles que se filiam ao seu *site*, assume o risco dessa desídia, respondendo subsidiariamente pelos danos causados a terceiros.

Antonio Jeová Santos esclarece que a não identificação, pelo provedor, das pessoas que hospeda em seu *site*, “não o exime da responsabilidade direta, se o anônimo perpetrou algum ataque causador de dano moral. Não exigindo identificação dos seus usuários, assume o ônus e a culpa pelo atuar indiscreto,

criminoso ou ofensivo à honra e intimidade acaso cometido” (**Dano moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001, p. 143).

Note-se, por oportuno, que não se está, aqui, a propor uma burocratização desmedida da *Internet*. O crescimento e popularidade da rede devem-se, em grande medida, justamente à sua informalidade e à possibilidade dos usuários a acessarem sem identificação. Essa liberdade tornou-se um grande atrativo, especialmente nos *sites* de relacionamento, em que pessoas desenvolvem “personalidades virtuais”, absolutamente distintas de suas próprias, assumindo uma nova identidade, por meio da qual se apresentam e convivem com terceiros. Criou-se um “mundo paralelo”, em que tudo é intangível e no qual há enorme dificuldade em se distinguir a realidade da fantasia.

Outrossim, não se pode ignorar a importância e os reflexos econômicos da *Internet*. O dinamismo e o alcance da rede a transformou num ambiente extremamente propício ao comércio. Porém, ainda que concretizados de forma virtual, esses negócios exigem segurança jurídica. E, nesse universo, a identificação das pessoas se torna fundamental.

Dessarte, quanto mais a *web* se difunde, maior o desafio de se encontrar um limite para o anonimato dos seus usuários, um equilíbrio entre o virtual e o material, de modo a proporcionar segurança para as inúmeras relações que se estabelecem via *Internet*, mas sem tolher a informalidade que lhe é peculiar.

Nesse aspecto, por mais que se queira garantir a liberdade daqueles que navegam na *Internet*, reconhecendo-se essa condição como indispensável à própria existência e desenvolvimento da rede, não podemos transformá-la numa “terra de ninguém”, onde, sob o pretexto de não aniquilar as suas virtudes, se acabe por tolerar sua utilização para a prática dos mais variados abusos.

A *Internet* é sem dúvida uma ferramenta consolidada em âmbito mundial, que se incorporou no cotidiano de todos nós, mas cuja continuidade depende da criação de mecanismos capazes de reprimir sua utilização para fins perniciosos, sob pena dos malefícios da rede suplantarem suas vantagens, colocando em xeque o seu futuro.

Diante disso, ainda que muitos busquem na *web* o anonimato, este não pode ser pleno e irrestrito. A existência de meios que possibilitem a identificação de cada usuário se coloca como um ônus social, a ser suportado por todos nós objetivando preservar a integridade e o destino da própria rede.

Isso não significa colocar em risco a privacidade dos usuários. Os dados pessoais fornecidos ao provedor devem ser mantidos em absoluto sigilo – como

já ocorre nas hipóteses em que se estabelece uma relação sinalagmática via *Internet*, na qual se fornece nome completo, números de documentos pessoais, endereço, número de cartão de crédito, entre outros – sendo divulgados apenas quando se constatar a prática de algum ilícito e mediante ordem judicial.

Também não significa que se deva exigir um processo de cadastramento imune a falhas. A mente criminosa é sagaz e invariavelmente encontra meios de burlar até mesmo os mais modernos sistemas de segurança. O que se espera dos provedores é a implementação de cuidados mínimos, consentâneos com seu porte financeiro e seu *know-how* tecnológico – a ser avaliado casuisticamente, em cada processo – de sorte a proporcionar aos seus usuários um ambiente de navegação saudável e razoavelmente seguro.

Em suma, pois, tem-se que os provedores de correio eletrônico: (i) não respondem objetivamente pelo envio por terceiros, via *site*, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das mensagens encaminhadas por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco do envio de mensagens ilegais, suspender imediatamente a respectiva conta, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.

Ainda que não ideais, certamente incapazes de conter por completo a utilização da rede para fins nocivos, a solução ora proposta se afigura como a que melhor equaciona os direitos e deveres dos diversos *players* do mundo virtual.

Na análise de Newton De Lucca “a implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na *Internet* deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas” (*op. cit.*, p. 400).

As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a *Internet* é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria tolice contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.

IV. A hipótese dos autos.

O recorrente interpôs a presente ação objetivando compelir a *Microsoft* a identificar o responsável pela mensagem cujo conteúdo considera ofensivo à sua pessoa, bloquear a respectiva conta de correio eletrônico e ser indenizado pelos danos materiais e morais que diz ter suportado. Ele admite não haver como responsabilizar a *Microsoft* pelo conteúdo da mensagem, mas entende que a empresa deve ser responsabilizada “pela precisa identificação do seu autor” (fl. 942, e-STJ), suscitando a existência de defeito na prestação do serviço.

Pelo que se depreende dos autos, uma vez ciente dos fatos, a *Microsoft* imediatamente: (i) providenciou a suspensão da conta de correio eletrônico de onde partiu a mensagem ofensiva; e (ii) identificou o provedor utilizado pelo usuário no acesso à *Internet* para a criação dessa conta e para o envio do *e-mail*.

Vale, nesse ponto, remissão aos comentários contidos na sentença acerca do resultado da perícia técnica produzida nos autos. Ressalta o Juiz de 1º grau de jurisdição que, de acordo com o *expert*, “o *Hotmail* não é um sistema de *e-mail* anônimo, existindo um processo de cadastramento onde devem ser informados os dados do usuário e para acessar o serviço é preciso fornecer as credenciais de acesso cadastradas e que são validadas pelo *Hotmail*” (fl. 898, e-STJ).

O perito esclarece, ainda, que a identificação do usuário que enviou o *e-mail* somente poderia ser feita pelo provedor de acesso por ele utilizado, ainda assim sem total garantia de êxito, pois os obstáculos na localização da origem da mensagem “decorrem da própria natureza da *Internet*, como meio eletrônico que é, pois existem inúmeras maneiras de um usuário mal intencionado burlar qualquer sistema de identificação disponível na *Internet* e mascarar um IP verdadeiro, de modo a não ser identificado quando do envio de mensagens eletrônicas” (fl. 898, e-STJ).

O IP (sigla que corresponde à expressão em inglês *Internet Protocol*), é um número de protocolo único, exclusivo, que individualiza cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica.

Conclui-se, portanto, que mesmo não exigindo ou registrando os dados pessoais dos usuários do *Hotmail*, a *Microsoft* mantém um meio suficientemente eficaz de rastreamento desses usuários, que permite localizar o seu provedor de acesso (esse sim com recursos para, em tese, identificar o IP do usuário), medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de correio eletrônico.

Não se ignora o fato de a *Microsoft* anunciar o *Hotmail* como um serviço seguro, mas esta propaganda deve ser contextualizada, lembrando que o serviço de correio eletrônico se desenvolve em um ambiente virtual, que sabidamente não é imune a falhas.

Por mais que se intitule um *site* de seguro, a *Internet* sempre estará sujeita à ação de *hackers* – técnicos em informática que se dedicam a conhecer e modificar dispositivos, programas e redes de computadores, buscando resultados que extrapolam o padrão de funcionamento dos sistemas – que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações.

Assim, a impossibilidade de identificação da pessoa responsável pelo envio da mensagem em tela não caracteriza, necessariamente, defeito na prestação do serviço de provedoria de *e-mail*, não se podendo tomar por legítima a expectativa do recorrente, enquanto consumidor, de que a segurança que a *Microsoft* imputa ao seu serviço de correio eletrônico implicaria a existência de meios de assegurar a individualização de todos os usuários que diariamente encaminham milhões de *e-mails* via *Hotmail*.

Repiso que a imposição de obrigações aos provedores de serviços de *Internet* deve ser feita com temperamento, sobretudo no campo da identificação daqueles que navegam na rede – um ambiente por essência virtual – com vistas a preservar as indiscutíveis vantagens que a *web* trouxe para o cotidiano de todos nós.

Por tudo isso, não vislumbro responsabilidade da *Microsoft* pela veiculação das mensagens cujo conteúdo o recorrente considerou ofensivo à sua moral, tampouco defeito na prestação do serviço de correio eletrônico denominado *Hotmail*, mesmo diante da impossibilidade de identificação do remetente da referida mensagem.

Forte nessas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.313.641-RJ (2012/0032506-8)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Maria da Paz Tomaz de Lemos

Advogado: Sara Maria Horta Feitosa - defensora pública e outros
Recorrido: Vera Lúcia Azevedo Xavier
Advogado: Carlos Alberto Amaral Dourado - defensor público e outros

EMENTA

Indenização. Dano moral. Condenação. Direito de Vizinhança. Danos em apartamento inferior provocados por infiltração em apartamento superior. Duração por longo tempo resultando constante e intenso sofrimento psicológico. Desídia de responsável em reparar a infiltração.

1. - Condena-se ao pagamento de indenização por dano moral o responsável por apartamento de que se origina infiltração não reparada por longo tempo por desídia, provocadora de constante e intenso sofrimento psicológico ao vizinho, configurando mais do que mero transtorno ou aborrecimento.

2. - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 29.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Maria da Paz Tomaz de Lemos* interpõe recurso especial com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da

Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o Desembargador *Jessé Torres*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 166):

Apelação. Danos decorrentes de infiltração. Obrigação de fazer, cumulada com dano moral. Prova pericial conclusiva no sentido de que a infiltração provém de apartamento ocupado pela ré. Ainda que se admita que esta descumpriu o disposto no art. 1.277 do CC/2002, de sua conduta não se vislumbra lesão a direito da personalidade da autora, a justificar compensação de dano moral (Verbete n. 75, da Súmula do TJRJ).

Provimento do segundo recurso, prejudicado o primeiro.

2. - Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 182-185).

3. - A Recorrente alega que o Tribunal de origem teria violado o artigo 535 do Código de Processo Civil ao deixar de se manifestar expressamente sobre os temas suscitados nos embargos de declaração.

Afirma também que experimentou efetivo dano moral, passível de reparação civil, porque a infiltração oriunda do apartamento da Recorrida perdurou por longo período de tempo, provocando graves inconvenientes e aborrecimentos, sem que ela, a Recorrida, tomasse nenhuma providência, em franco descumprimento ao dever legal que se lhe impunha.

4. - Não admitido na origem, o Recurso Especial teve seguimento por força de Agravo provido (fls. 232).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 5.- Em Setembro de 2006, *Maria da Paz Tomaz de Lemos*, ora Recorrente, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra a vizinha do apartamento imediatamente acima do seu, *Vera Lúcia Azevedo Xavier*, alegando o seguinte (fls. 05-06):

Há cerca de 1 ano e meio, iniciou uma infiltração na laje do teto da área de serviço, que se alastrou por praticamente todo o teto da residência da Autora, e continua até hoje, proveniente do imóvel em que reside a Ré (fotos em apenso).

Inconformada com a situação precária de seu apartamento, a autora solicitou uma vistoria da Prefeitura do Rio de Janeiro.

Nos autos do Procedimento Administrativo n. 03942/2006, foi constatado pelo Engenheiro Civil Dra. Márica Maria R. M. Bordalo, em 22.6.2006, o seguinte: "Em vistoria ao apartamento em pauta verificamos a existência de infiltração na laje do teto da área de serviço" (doc. anexo).

Tal infiltração só pode ser proveniente do imóvel da Ré, uma vez, que não há outro imóvel em cima do da Autora.

Apesar das inúmeras tentativas da Autora de solucionar amigavelmente o problema, a Ré não tomou até a presente data qualquer providência, dizendo ainda, em tom irônico, para "deixar rolar".

6. - A sentença julgou procedente o pedido nos seguintes termos (fls. 118-119):

A conclusão do laudo pericial não deixa dúvidas de que as infiltrações existentes no imóvel da autora são provenientes da unidade ocupada pela ré, em virtude de falhas de impermeabilização do piso da área de serviço e do banheiro social pelo desgaste e falta de manutenção e de asseio.

Assim, não pairando dúvidas quanto à origem das infiltrações e assentada a responsabilidade da ré, impõe-se a procedência dos pedidos, sendo certo que o prejuízo da autora já está apurado no corpo do laudo pericial e totalizam R\$ 158,48 (cento e cinquenta e oito reais e quarenta e oito centavos).

Quanto aos danos morais, tendo em vista que a ação foi proposta em 2006 e que naquela época já havia as infiltrações, bem como ante a constatação pelo perito de que a unidade utilizada pela ré está em estado lastimável de degradação, ante a falta de manutenção e asseio, tenho que a resistência da ré em sanar os focos de infiltração para o apartamento da autora configura conduta voluntária capaz de causar desgaste psicológico que ultrapassa a órbita do mero aborrecimento e enseja dano moral cujo valor tenho como razoável em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

7. - A Autora apelou, buscando majoração da indenização por danos morais para o equivalente a 40 salários mínimos em razão da gravidade da culpa da ré (fls. 130-137). A Ré também apelou, alegando, de sua parte, que a sentença era nula por falta de intimação da Defesa e que não poderia ser condenada ao pagamento dos danos morais, porque não tinha ciência das infiltrações.

8. - O Tribunal de origem, conforme relatado, proveu a apelação da Ré e julgou prejudicada a da Autora. Fez isso aos seguintes argumentos (fls. 170):

Ainda que se admita que a ré, segunda apelante, descumpriu o dever legal previsto no artigo 1.277 do CC/2002 ("o proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego

e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”), de sua conduta não se vislumbra lesão a direitos de personalidade da autora (honra, crédito, imagem, integridade física e psíquica), de modo a justificar a pretendida reparação por dano moral. Assim orienta o Verbete n. 75 da Súmula deste TRRJ - “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

O recurso especial colhe êxito.

9. - A matéria efetivamente posta neste Recurso Especial resume-se à seguinte questão: a infiltração no teto do apartamento da autora por longo período de tempo, provocada e perpetuada por conduta culposa da Recorrida é suficiente para causar dano moral passível de reparação?

10. - A jurisprudência desta Corte, como se sabe, tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.

Consultando a jurisprudência desta Corte é possível localizar, inclusive, precedentes que afirmam tratar-se a infiltração em apartamento de um mero dissabor (AgRg no Ag n. 1.331.848-SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 13.9.2011; e REsp n. 1.234.549-SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 10.2.2012).

11. - No caso dos autos, porém, tem-se situação de grande constrangimento, que perdurou durante muitos meses.

Vale lembrar que a casa é, em princípio, lugar de sossego e descanso, se o seu dono assim o desejar. Não se pode, portanto, considerar de somenos importância os constrangimentos e aborrecimentos experimentados pela Recorrente em razão do prolongado distúrbio da tranquilidade nesse ambiente — sobretudo quando tal distúrbio foi claramente provocado por conduta negligente da ré e perpetuado pela inércia e negligência desta em adotar providência simples, como a substituição do rejunte do piso de seu apartamento.

12. - A situação descrita nos autos não caracteriza, portanto, um mero aborrecimento ou dissabor comum das relações cotidianas. Na hipótese, tem-se verdadeiro dano a direito de dignidade, passível de reparação por dano moral.

13. - A parte final da Súmula n. 75-TJRJ, mencionada no acórdão recorrido, bem coloca a questão: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

14. - Na hipótese dos autos, ao contrário do se entendeu na origem, está efetivamente caracterizada a situação excepcional de ofensa à dignidade, referida na parte final do citado enunciado sumular.

No mesmo sentido:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Infiltrações e vazamentos em imóvel. Mau uso e má conservação do apartamento superior. Legitimidade passiva. Indenização por danos morais. Locatário. Possibilidade. Natureza pessoal. Direito comum. Art. 159, Código Civil. Enunciado n. 7 da Súmula-STJ. Recurso desacolhido.

(...)

II - O locatário pode ser responsabilizado pelos danos morais que venha a causar a proprietário de apartamento vizinho, pelo mau uso do imóvel, causando perturbações, além de comprometer a segurança, o sossego ou a saúde do vizinho.

(REsp n. 157.580-AM, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 21.2.2000);

Responsabilidade civil. Desgaste das instalações hidráulicas. Infiltrações e vazamentos. Danos materiais e morais.

1. Admitindo o réu ser responsável pelos danos materiais, decorrentes de infiltrações e vazamentos que causaram prejuízo à autora, deve esta, por isso, ser indenizada tanto no que se refere aos danos morais quanto no que se refere aos danos materiais.

(REsp n. 168.073-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 25.10.1999).

15. - Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que, incluída indenização por danos morais, se prossiga no julgamento do recurso de Apelação da Autora.

RECURSO ESPECIAL N. 1.313.643-SP (2012/0024402-0)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Diagnosticos da America S/A

Advogado: Ricardo Bocchino Ferrari e outro(s)

Recorrido: Valter Ribeiro da Silva Júnior

Advogado: Francisco José Christiani Nogueira Dias e outro(s)

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Indenização por danos morais. Requerimento de arbitramento pelo juiz da causa. Sugestão de valor. Limitação. Julgamento *ultra petita*.

1. - Na formação dos precedentes desta Corte, já se firmou que na ação de indenização por danos morais não se exige que o autor formule pedido certo e determinado quanto ao valor da condenação pretendida, a ser fixada, diante da dificuldade de mensuração, segundo o prudente arbítrio do juiz. À medida em que a jurisdição foi tratando do tema, contudo, certos parâmetros foram se estabelecendo para a fixação, de modo que se pode iniciar o caminho em prol da exigência de formulação de pleito preciso inclusive quanto a valores e elementos a serem ponderados na sua fixação, prestigiando-se o contraditório, que baliza o debate jurisdicional e acarreta maior precisão em valores.

2. - No caso, o autor, além de pedir o arbitramento da indenização pelo Juízo, também indicou, ele próprio, um valor para a indenização, de modo que é de se entender que o julgador não podia ultrapassá-lo para fixar valor maior, em evidente julgamento “*extra-petita*”, não fazendo sentido a exigência, pelo ofendido, de valor maior do que o que ele próprio sugeriu.

3. - Recurso Especial provido, reduzindo-se o valor da condenação ao valor pleiteado pelo autor.

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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de maio de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 13.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Diagnósticos da América S/A* interpõe recurso especial com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador *José Carlos Ferreira Alves*, assim ementado (fls. 613):

Indenização. Dano moral. Alegação de erro de diagnóstico. Exame laboratorial equivocado. Ação ajuizada contra o laboratório e o médico. Laboratório condenado ao pagamento de indenização, porquanto o erro do exame contribuiu para a suspeita de tumor. Ausência de erro de diagnóstico por parte do médico que agiu dentro dos padrões técnicos aplicáveis ao caso. Indenização bem fixada. Verba honorária arbitrada em consonância com os critérios legais. Sentença mantida. Recursos não providos.

2. - A Recorrente sustenta que o Tribunal de origem teria violado o artigo 159 do Código Civil de 1916, ao condená-lo pelo pagamento de danos morais sem que houvesse nexo de causalidade entre o resultado do exame laboratorial realizado e o diagnóstico feito pelo médico.

Aduz contrariedade ao artigo 460 do Código de Processo Civil, porque o valor da condenação, R\$ 20.000,00, seria superior ao da indenização sugerida na petição inicial, de 50 salários mínimos.

3. - Não admitido na origem, o Recurso Especial teve seguimento por forma de Agravo em Recurso Especial provido (fls. 708-709).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 4. - Em 1999, *Valter Ribeiro da Silva Júnior*, o autor, então com 12 anos de idade, constatando diferença no tamanho de seus testículos, procurou médico acionado, *Adriano Francisco*

Cardoso Pinto que solicitou vários exames laboratoriais, entre os quais o de Alfa-1-Fetoproteína.

5. - O referido exame foi realizado no laboratório *Diagnósticos da América S/A*, conhecido pelo nome fantasia de “*Lavoisier*”, tendo o laudo respectivo indicado uma quantidade anormal da referida proteína.

6. - Com base nesse laudo, o médico acionado diagnosticou “neoplasia maligna dos testículos”, recomendando imediata intervenção cirúrgica para retirada do órgão.

7. - A família, entretanto consultou outro médico, que diagnosticou enfermidade distinta, menos grave (varicocele) após a repetição do exame laboratorial em outro estabelecimento, cujo resultado indicou níveis normais da referida proteína.

8. - Esse novo médico também solicitou que o primeiro laboratório repetisse o exame, com a mesma amostra de sangue colhida inicialmente, oportunidade em que também foram constatados níveis normais da proteína, o que evidenciou o erro no resultado do primeiro exame.

9. - Diante do erro do laboratório acionado, ora Recorrente, e do diagnóstico feito pelo médico acionado, o autor ingressou com ação indenizatória, na qual requereu (fls. 13):

E) Condenação dos Réus a arcar, solidariamente com indenização e pagamento atinente a *danos morais* em valor a ser arbitrado segundo o prudente arbítrio deste juízo, adotando-se, se possível, o valor sugerido como parâmetro, estimado em cinquenta salários mínimos;

10. - A sentença (fls. 474-480) isentou o médico de responsabilidade pelo evento danoso. Entendeu que ele não havia feito um diagnóstico definitivo acerca da displasia maligna, mas simplesmente recomendado uma intervenção cirúrgica precedida de biópsia. Desse modo a remoção do testículo do Autor somente seria realizada se confirmada, pela biópsia, a ocorrência do câncer. Além disso, a responsabilidade do médico também estaria afastada, porque ele teria sido induzido em erro pelo resultado equivocado do exame laboratorial.

A sentença julgou procedente o pedido, porém, em relação ao segundo Réu, *Diagnósticos da América S/A*, condenado-o ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00.

11. - O Autor apelou, requerendo a condenação solidária do médico e a fixação de honorários advocatícios com base no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

12. - O segundo Réu aludido, o laboratório, também apelou, alegando não ser cabida a indenização pleiteada, porque: a) a conduta do médico foi adequada; b) mesmo que tivesse havido erro na conduta por ele adotada esse erro não poderia ter sido causado pelo resultado do exame laboratorial tendo em vista a necessidade de se cotejar o resultado do laudo com o quadro clínico do paciente.

Também requereu a redução do *quantum* indenizatório, afirmando que a sentença teria incorrido em julgamento *ultra petita* ao fixar condenação superior aquela requerida pela parte.

13. - O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se vê da ementa constante do relatório, negou provimento a ambos os apelos.

Particularmente no que diz respeito a recurso do Réu, entendeu que estaria suficientemente provada relação de causalidade entre o laudo e o sofrimento moral experimentado pelo Autor. Também entendeu que não teria havido julgamento *ultra petita*, porque a parte requereu que a indenização fosse fixada segundo prudente arbítrio do juiz, o qual não estava, por isso, limitado ao parâmetro sugerido por ela, de 50 salários mínimos.

14. - O Recurso Especial do laboratório, que reitera as teses da apelação, colhe êxito em parte.

15. - A alegação de ofensa ao artigo 159 do Código Civil de 1916 esbarra na Súmula n. 7-STJ. Com efeito, tendo as instâncias ordinárias entendido que havia prova suficiente da relação de causa e efeito entre o laudo e o diagnóstico equivocado de câncer e, por conseguinte, entre o laudo e o sofrimento moral experimentado pelo paciente, não seria possível afastar essas conclusões sem novamente examinar fatos e provas.

16. - O recorrente tem razão, todavia, no que tange à alegação de julgamento *ultra petita*.

17. - Os artigos 282 e 286 do do Código de Processo Civil estabelecem como regra geral a orientação de que a parte autora deve apresentar petição inicial contendo pedido certo e determinado. O legislador previu, como se sabe, algumas exceções, em que se admite pedido genérico, por exemplo: a) nas ações universais quando o autor não puder individualizar os bens demandados

- *verbi gratia* a petição de herança (art. 286, I); b) nos casos em que o valor da condenação depende de ato a ser praticado pelo réu - como ha hipótese da ação de prestação de contas (art. 286, III); c) nas ações indenizatórias por ato ou fato ilícito, quando não for possível determinar, desde logo, a extensão do dano (art. 286, II).

Mesmo nesta última hipótese, contudo, de ação indenizatória por ato ilícito, em que a previsão legislativa mais se aproxima da situação fática retratada nos autos, falta uma subsunção perfeita.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (*Código de Processo Civil Comentado*, 9ª ed.: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 484) bem destacam que essa modalidade de pedido genérico somente pode ser admitida quando ainda não seja possível conhecer todos os desdobramentos do evento danoso:

O pedido pode ser genérico nas ações de indenização quando não se puder, desde logo, determinar as conseqüências do ato ou fato ilícito. Neste caso, o juiz poderá levar em consideração fatos novos ocorridos depois da propositura da ação, para que possa proferir sentença. Uma das decorrências da exceção prevista no CPC 286 II é a possibilidade de fazer-se liquidação de sentença por artigos, quando houver de provar-se fato novo, superveniente à sentença. V. CPC 475-E.

No caso dos autos, como soe ocorrer nas ações de indenização por danos morais, a extensão do dano é conhecida pelo autor. Se o dano moral corresponde ao sofrimento psíquico, ao constrangimento íntimo, à violação de um direito de personalidade; parece razoável sustentar que a vítima desse sofrimento a tenha experimentado em toda a sua extensão desde o momento em que verificado o ato ilícito. Naturalmente haverá casos em que possível reconhecer uma lesão moral continuada e, por conseguinte, a aplicação do artigo 286, II, do Código de Processo Civil, mas, via de regra, a ofensa à honra se dá pontualmente em virtude de um único fato.

Talvez por essa razão diversos autores afirmem que o pedido de indenização por danos morais está submetido à regra geral do pedido certo, prevista nos artigos 282 e 286, *caput*, do Código de Processo Civil.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Responsabilidade Civil*, 9ª ed.: Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 328) afirma que: “Na inicial o autor preencherá as exigências contidas no artigo 282 do Código de Processo Civil”.

JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 4, tomo 2.: RT, São Paulo, p. 92-93) defende que é ônus processual do postulante quantificar o valor da indenização pleiteada nas hipóteses em que a tristeza e o sofrimento nasçam de forma ínsita da própria relação de direito material violado. Para ele não é possível relegar para fase processual posterior ou confiar ao prudente arbítrio do julgador a tarefa em questão, porquanto isso representaria um pedido de julgamento por equidade em hipótese não prevista ou autorizada pelo artigo 127 do Código de Processo Civil.

FREDIE DIDIER JÚNIOR (*Curso de Direito Processual Civil*, vol 1. 11ª ed.: Jus Podivum, Salvador, 2009, p. 440-441) vai além e afirma que a necessidade de o próprio autor indicar o valor para os danos morais se estabelece como um imperativo lógico, já que ninguém além da própria vítima estaria habilitado a por preço no sofrimento moral experimentado.

Problema que merece cuidadosa análise é a do pedido genérico nas ações de reparação de dano moral: o autor deve ou não quantificar o valor da indenização na petição inicial? A resposta é positiva: o pedido nestas demandas deve ser certo e determinado, delimitando o autor quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. Quem além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir a sua existência, mensurar e quantificá-la em pecúnia?

18. - Apesar de todas essas considerações, a Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a dificuldade da parte em formular um pedido certo diante da ausência de critérios definidos para fixação desse tipo de indenização, adota uma postura mais elástica com relação ao tema.

Na linha dos precedentes desta Corte passou-se a admitir a formulação de pedido genérico com relação ao *quantum* dos danos morais: REsp n. 125.417-RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 18.8.1997; REsp n. 167.132-RJ, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 5.8.2002; REsp n. 175.362-RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 6.12.1999; AgRg no Ag n. 639.979-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 24.3.2009.

Atente-se, contudo, que essa diretriz veio a formar-se ao início do alargamento da admissão da indenizabilidade do dano moral, quando ainda não havia parâmetros firmes para a quantificação – que, como se sabe, integra

também o próprio mérito do julgamento, isto é, insere-se, na frase lapidar de LIEBMAN, no núcleo da pretensão deduzida em Juízo.

À medida em que o tempo passa e a jurisprudência vai traçando critérios para superar as dificuldades iniciais na fixação dos valores, volta a prestigiar-se a necessidade de que o contraditório se exerça inclusive quanto às dimensões da indenização por dano moral, voltando-se, forçosamente, o foco no sentido da garantia processual do contraditório.

Com efeito, se as partes pleiteiam e resistem com precisão e clareza a respeito do que pretendem e recusam, mais segurança haverá, para elas próprias, no julgamento, que terá elementos concretos mais firmes para a fixação do valor, deixando, o Juízo, de vagar em meio a mar imenso de imprecisões fático-valorativas, em que, por dever legal, tem de decidir fixando valores – cuja diversidade, algumas vezes expressiva, em situações idênticas, vem a fornecer aos jurisdicionados imagem da mais pura subjetividade judiciária, sabidamente sempre arriscada, de modo que, em princípio, deve antes ser restringida do que incentivada.

Nessa trilha, será mesmo razoável que, ao despachar a petição inicial, o Juízo determine que o autor diga exatamente o valor que pretende e os elementos que leva em consideração para mensurá-lo, a fim de que, em seguida, o contraditório se estabeleça inclusive quanto aos valores e critérios.

19. - No caso dos autos, porém, conforme antes destacado, a parte autora não se limitou a remeter ao juiz a tarefa de arbitrar o *quantum* indenizatório. Ao mesmo tempo em que requereu que o juízo se desincumbisse dessa tarefa, também indicou ela própria, a título de sugestão, um valor que entendia razoável.

20. - O que importa saber, na hipótese dos autos é, portanto, se essa “sugestão” de valor deixe ser tomada como uma limitação material ao pedido.

21. - O artigo 128 do Código de Processo Civil estabelece que “o Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta”.

22. - CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 14ª ed.: Forense, Rio de Janeiro 2010, p. 402), comentando esse dispositivo legal afirma que para a correta apreciação do seu alcance, impõe-se, antes de mais nada, a adequada compreensão do que seja “lide”.

Segundo lições da Teoria Geral do Processo, “lide” é um conceito que guarda íntima relação com o mundo do ser. Os bens da vida, como se sabe, são escassos para atender as necessidades e os interesses dos homens, o que faz nascer, de forma inexorável, os conflitos intersubjetivos de interesse. Quando

esse conflito de interesse se manifesta de forma concreta, isto é, quando um sujeito manifesta de forma concreta a sua vontade de subordinar o interesse dos demais ao seu próprio, toma forma aquilo que a ciência do direito chama de Pretensão. Assim, “pretensão” pode ser compreendida como “um modo de ser do direito (subjeto), que tende a fazer-se valer frente a quem não o respeita, ou, em geral, o discute” (CARREIRA ALVIM. J. E. *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed.: Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 8). Quando aquele em face de quem se exige essa subordinação não concorda e resiste, tem-se “lide”. “Lide” na lição de CARNELUTTI pode ser resumidamente definida, portanto, como o conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Crítica-se esse conceito, aduzindo-se que ele traduz um fenômeno muito mais sociológico que jurídico. Contudo, se é verdade que a “lide”, enquanto entidade sociológica, extrapola os limites do processo, não é menos verdade que ela possui um viés estritamente processual, pois dentro do processo o conflito de interesses se apresenta de uma forma parcial, mais reduzida (mérito do processo). O juiz não pode resolver integralmente o conflito entre as partes, ele apenas poderá fazê-lo na medida em que o Direito traga solução para ele e nos limites em que as partes o tenham trazido à Juízo.

Vê-se assim, que a atividade das partes é essencial para a definição do que seja lide. Esta só pode ser compreendida a partir da pretensão formulada pela parte perante à Autoridade Judiciária e da resistência oposta pela parte contrária à essa mesma pretensão.

Não por outro motivo LIEBMAN assinava que o importante não era propriamente a lide em seu conceito carneluttiano, mas o pedido formulado pela parte em juízo (*Apud* ALVIM, Carreira. *Ob Cit.* p. 190). Da mesma forma, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (*Princípio da Correlação entre Demanda e Sentença no Direito Processual Civil in* Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, n. 44, nov/2006, p. 13) afirma que pedido é a manifestação processual de uma pretensão.

23. - Não obstante essa necessária observação epistemológica, deve-se buscar o quanto possível, interpretar o pedido manifestado no processo em harmonia com a pretensão da parte a fim de que a atividade jurisdicional se preste da melhor forma possível à solução dos conflitos intersubjetivos de interesse ontologicamente considerados.

Da mesma forma como na teoria contratual se afirma que a literalidade dos contratos deve ser interpretada, o quanto possível, em conformidade com a

intenção das partes, também no direito processual, a fórmula escrita por meio da qual se manifestou *in concreto* o pedido deve ser interpretada à luz da dimensão sociológica da lide subjacente. Isso pela singela razão de que o Direito, segundo noção mais elementar, existe para organizar as relações sociais e pacificar as tensões e animosidades do tecido social.

24. - Assim, é preciso identificar qual a verdadeira pretensão da parte para, então, com os olhos voltados nesse horizonte, interpretar o pedido efetivamente formulado na petição inicial.

25. - O Autor, ao sugerir, em sua petição inicial, um valor de indenização que entendia razoável, anunciou de modo suficientemente claro, se não o bem da vida de que se entendia merecedor, pelo menos os limites da sua pretensão. Ao sugerir que a indenização fosse fixada em cinquenta salários mínimos, afirmou, implicitamente, que esse valor o satisfazia, que se não tivesse havido resistência da parte contrária em entregar espontaneamente essa quantia, não teria havido nem lide nem processo. Com efeito, o autor ao sugerir um valor para a indenização, muito embora não tenha formulado pedido certo, deixou transparecer que ele já se dava por satisfeito com uma indenização correspondente a cinquenta salários mínimos. Dessa forma ele também delimitou a própria lide.

26. - A condenação em valor superior àquele que foi mencionado pela parte, mesmo a título de sugestão, como suficiente para por cobro à lide deve ser considerada, por isso, excessiva, desnecessária aos fins últimos do processo, que é a realização do Direito e a pacificação social. Inafastável, portanto, o alegado vício de julgamento *ultra petita*.

27. - Acrescente-se que o direito em pauta, de indenização por danos morais, é de natureza eminentemente disponível, não havendo embaraço para a aplicação direta da regra contida no artigo 293 do Código de Processo Civil, segundo a qual “Os pedidos são interpretados restritivamente”.

Nesses termos, a conclusão alcançada pela interpretação sistemática proposta inicialmente igualmente estaria autorizada pela exegese restritiva recomendada pela norma do artigo 293, de maneira que também por esse fundamento se sustenta a exegese da petição inicial ora proposta.

28. - Vale destacar, finalmente, que a discussão travada no presente processo não está relacionada com a aquela que deu origem à Súmula n. 326-STJ (*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*).

O enunciado sumular em referência, tal qual a autorização de pedido genérico de indenização, também é uma concessão feita pela jurisprudência à ausência de critérios objetivos para quantificar o valor dos danos morais.

Mas a regra anunciada nessa súmula deve ser aplicada em momento posterior ao da fixação da indenização. Ela deve ser aplicada apenas no momento em que se avalia o decaimento de cada parte para efeitos de distribuição aos ônus de sucumbência. Quer-se, com ela, evitar um constrangimento da parte que, de outra forma, estaria obrigada a suportar ônus sucumbenciais muitas vezes superiores ao próprio valor da indenização.

29. - Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para reduzir o valor da indenização à quantia equivalente à cinquenta salários mínimos, considerado o seu valor ao tempo da propositura da ação, devidamente reajustado desde aquela data; mantidos os ônus de sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.313.725-SP (2011/0286947-4)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Sadia S/A

Advogados: Pedro da Silva Dinamarco

Marianna Costa Figueiredo e outro(s)

Márcio Araújo Opromolla

Luis Fernando Guerrero

Recorrido: A L F

Advogados: Tiago Ravazzi Ambrizzi e outro(s)

Elayne Lopes Lourenço

Edgard Silveira Bueno Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Sociedade anônima. Responsabilização do diretor financeiro. Aprovação das contas por assembleia geral

sem ressalvas. Prévia anulação. Precedentes. Súmula n. 211-STJ. Honorários advocatícios. Sucumbência. Súmula n. 7-STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Esta Corte Superior mantém o entendimento de que, salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembleia geral exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades.

3. A matéria versada nos demais artigos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, motivo pelo qual, ausente o requisito do questionamento, incide o disposto na Súmula n. 211-STJ.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de não ser possível a revisão do quantitativo em que autor e ré decaíram do pedido para fins de aferir a sucumbência recíproca ou mínima, por implicar reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula n. 7-STJ.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 29.6.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Recurso especial interposto pela Sadia S.A., fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição

Federal, contra acórdão da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Rel. Des. Enio Zuliani, com a participação dos Desembargadores Teixeira Leite e Fábio Quadros), assim ementado:

Ação de responsabilidade de diretor financeiro que teria dado causa a prejuízos para a companhia em razão de operações (derivativos) de riscos não autorizados. Inadmissibilidade de se cogitar de competência da Justiça do Trabalho, de obrigatoriedade de criar litisconsórcio passivo, esticando a relação processual contra a vontade da autora - Todavia e porque uma segunda assembleia (ordinária) se realizou e aprovou as contas da administração, sem ressalvas, implica exoneração da responsabilidade de todos os administradores e diretores - Interpretação dos arts. 159 e 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976. Provimento para extinguir a ação por ausência de pressuposto obrigatório para regular desenvolvimento (art. 267, IV, do CPC) (fl. 3.023).

Os embargos declaratórios suscitando omissão e contradição foram rejeitados (fl. 3.183-3.191).

Nas razões do apelo especial, de início, sustenta a recorrente nulidade do acórdão por violação dos artigos 128, 131, 165, 458, inciso II, 460, 463 e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, por negativa de prestação jurisdicional e por ausência de motivação. Para tanto, sustenta que,

(...) naquela oportunidade de interposição dos embargos declaratórios, alertou-se que a ausência dessa análise pontual ou a rejeição dos aclaratórios violariam os arts. 165, 458, II, 463, II, e 535, I e II, todos do CPC, devendo, por conta disso, ou reconhecer-se que houve o prequestionamento das matérias jurídicas aduzidas, ainda que implicitamente, ou que, então, houvesse anulação do v. acórdão *a quo*, a fim de que outro fosse proferido no sentido de discutir, expressamente, tais aspectos, tudo a ensejar o oportuno de necessário prequestionamento para viabilizar trâmite de recursos extraordinário e especial.

(...)

Ao largo do tom carregado que foi empregado no v. acórdão (...) a formação da convicção judicial deu-se com base em elementos não constantes dos autos (...) Note-se bem que não busca a Recorrente que essa C. Corte analise os fatos, mas sim que anule as rr. decisões *a quo* por absoluta falta de fundamentação, uma vez que o v. acórdão atacado baseou-se em doutrina errada e inaplicável ao caso concreto, violando frontal e diretamente seu dever de fundamentar a decisão, conforme os art. 165, 458 e 463, II, todos do CPC. Fundamentar errado é o mesmo que não fundamentar! (...) (fls. 3.236-3.239).

Segue apontando como violados os artigos 126, 165, 335, 458, inciso II, 473, 514, II e III, 515 e 524, inciso II, do Código de Processo Civil, por afronta ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, haja vista que

(...) A ora recorrente, desde sua contraminuta recursal (...) alegou vício no então recurso de agravo de instrumento do Recorrido, que ensejou a formação dos vv. acórdãos atacados, e que se referia à falta de impugnação recursal específica, nos termos do Verbete n. 182 desse C. STJ (...) naquela oportunidade de interposição de seu agravo de instrumento, o dever de impugnar, especificamente, cada questão versada na r. decisão vergastada, sob pena de não se transferir ao Tribunal *ad quem* a matéria discutida. Contudo, o Recorrido assim não procedeu; mas, pior, limitou-se, apenas e tão-somente, a repetir e a reproduzir as suas alegações veiculadas em sua contestação (...) (fl. 3.242).

Alega inexistência de exoneração de responsabilidade civil do recorrido por quitação, afirmando que foram malferidos os artigos 134, § 3º, 159, § 1º, da Lei n. 6.404/1976; 138, 177, II, do Código Civil e 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, pois

(...) a AGO - Assembléia Geral Ordinária de 27.4.2009, que deliberou acerca das demonstrações financeiras e contas dos administradores da companhia ora Recorrente, por não ter feito ressalva ou reserva, teria *implicitamente* alterado e modificado o conteúdo deliberado e aprovado *expressamente* na AGE - Assembléia Geral Extraordinária anterior, esta de 6.4.2009, que havia autorizado o ajuizamento da ação civil de responsabilidade, com base no art. 159, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.404/1976, contra o Recorrido.

O v. acórdão dos embargos de declaração, por seu turno, re-afirmou essa conclusão (...) E, por consequência dessa equivocada conclusão, reconhecendo-se o não-cumprimento de um pressuposto processual, privou-se a eficácia da autorização assemblear de a Recorrente demandar contra o Recorrido pelos prejuízos que ele, confessadamente, inclusive, causou-lhe.

Acontece, porém, que os referidos vv. acórdãos, ao estabelecerem tal conclusão, com o devido respeito, não deram a melhor aplicação à questão jurídica sob discussão e, por conseguinte, violaram e negaram vigência a diversos dispositivos legais (...) As deliberações tomadas na AGE - Assembléia Geral Extraordinária de 6.4.2009 (autorização para ingresso com ação de responsabilidade civil contra Ex-Diretor Financeiro, com ressalva implícita de suas contas) e na AGO - Assembléia Geral Ordinária de 27.4.2009 (aprovação de demonstração financeiras e das contas dos demais administradores) coexistem harmonicamente no mundo jurídico, não havendo que se cogitar da revogação da deliberação anterior pela posterior.

Não se aplica ao caso o art. 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976, porque, em momento nenhum as contas do Recorrido foram aprovadas, mas na realidade, e muito ao

contrário do que decidido pelos vv. acórdãos atacados, foram elas, implicitamente, rejeitadas, em decorrência da autorização expressa para ajuizamento de ação de responsabilidade civil contra ele pelos prejuízos causados à Recorrente.

(...)

Resta evidenciado que a AGE de 6.4.2009 tinha por objeto uma situação excepcional - análise de relatório que demonstraria que os prejuízos acarretados à companhia pelos atos de seu Ex-Diretor Financeiro, o Recorrido, e a autorização para a propositura de ação para sua responsabilização em decorrência disso - e a AGO de 27.4.2009 tinha por objeto o cumprimento de uma obrigação legal periódica, mediante análise ordinária das demonstrações financeiras e das contas dos administradores.

Trata-se, como demonstrado, de matérias incontrastáveis e inconfundíveis aquelas que foram objeto dos mencionados conclaves (...) (fls. 3.244-3.247).

Afirma também que as provas utilizadas foram obtidas de forma ilegal, o que viola os artigos 8º, § 2º, 9º, inciso V, da Lei n. 6.385/1976, e 155, I, 332, 363, IV, do Código de Processo Civil, pois:

(...) Os vv. acórdãos atacados, em diversas passagens, fazem referência e destacam como fonte de sua fundamentação para concluir pela - inexistente, diga-se - exoneração de responsabilidade do Recorrido, o resultado de investigação da CVM (fls. 3.000 e 3.004-3.005).

Essa investigação junto à CVM - e os documentos que a acompanham - tramita sob sigilo, que está resguardado pela legislação pertinente - arts. 8º, § 2º, e 9º, V e § 2º da Lei n. 6.385/1976 (Lei da CVM) e aos arts. 155, I=332, 363, IV do CPC - estando acessível somente às partes e seus procuradores, não sendo a ora Recorrente parte em referida investigação, não tendo acesso a essa investigação nem tem conhecimento dessa documentação.

É inadmissível a produção de prova desse jaez e sem que à Recorrente fosse dada a oportunidade de analisar e peticionar sobre o mencionado procedimento (...) (fl. 3.254).

Prossegue apontando desrespeito ao ato jurídico perfeito (art. 104 do CC e 6º, § 2º, da LICC), porquanto

(...) a ata da AGE de 6.4.2009 (...), que, expressamente autorizou a propositura de ação de responsabilidade em face do Recorrido, um ato jurídico perfeito, em especial no presente caso, já que, de um lado, não existe nenhum vício que propiciasse sua nulidade nem foi ajuizada nenhuma demanda nesse sentido, e, de outro lado, ademais, encontra-se essa mesma ata definitivamente arquivada

perante o assentamento competente (...) presumindo-se, no mínimo, sua validade, e tendo eficácia perante terceiros, no momento em que o c. Tribunal *a quo* (...) modificou a deliberação tomada (...) violou esse ato jurídico perfeito (...) (fl. 3.255).

Aduz, ainda, que não foi corretamente observada a inviabilidade de imposição mandatória de assembleias gerais conjuntas (art. 159, § 3º, e 287, II, **b**, da Lei n. 6.404/1976) nem o lapso temporal de legitimação ativa exclusiva (art. 122, III, 132, e 159, § 1º, da Lei n. 6.404/1976), que “permite que a deliberação acerca da propositura de ação de responsabilidade civil contra administrador possa ser tomada em assembleia-geral ordinária (AGO), mas desde que tal conste da ordem do dia de sua convocação, mas preferindo que tal deliberação seja realizada por meio de assembleia-geral extraordinária (AGE), ma medida em que não é da competência de assembleia-geral ordinária, salvo expressa convocação nesse sentido” (fls. 3.256-3.257).

Por fim, afirma ser absurda a imposição da presença do recorrido ao conclave que autorizou a propositura da ação de responsabilidade civil (art. 134, § 1º, da Lei n. 6.404/1976), porque “ele já não mais era administrador da companhia” e “o local adequado para o Embargado exercer sua defesa seria na esfera judicial, como lhe foi granjeado neta demanda” (fl. 3.259) e que a fixação da verba honorária está em desconformidade com a regra legal (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC), pois a ação foi extinta sem resolução do mérito.

Oferecidas contrarrazões (fls. 3.311-3.341), não foi o especial admitido, sendo, no entanto, por força da decisão de fl. 3.505, conhecido, com determinação de reatuação como recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): De início, cabe asseverar que não é hipótese de retenção do recurso especial (art. 542, § 3º, Código de Processo Civil) porque o acórdão, ao prover o agravo de instrumento, proferiu decisão final de extinção do processo.

De fato, na origem, a Sadia propôs ação indenizatória pretendendo obter do recorrido, que exercia a função de diretor financeiro da empresa, indenização correspondente ao valor das operações (derivativos) que realizou sem consentimento e que geraram prejuízos de grande monta em razão da

disparidade cambial, inclusive destacando uma operação, realizada em 10.9.2008, de US\$ 1,4 bilhão (fls. 347-386).

Na contestação, dentre outras matérias, o ora recorrido sustentou que o processo deveria ser julgado extinto diante da aprovação das contas e das demonstrações financeiras, sem nenhuma reserva, nos termos do artigo 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976.

Inconformado com o saneador que rejeitou a prejudicial ao fundamento de que “o fato de assembléia geral ordinária ‘convocada para julgar as contas e as demonstrações financeiras de seus administradores’ ter deliberado pela aprovação das mesmas, sem quaisquer ressalvas, por si só, não retira da autora seu interesse jurídico de agir, consubstanciado, agora na forma do disposto no artigo 159, da Lei n. 6.404, em buscar ser ressarcida ‘pelos prejuízos causados ao seu patrimônio’ eventualmente pelo réu” (fl. 2.691), o réu, ora recorrido, interpôs agravo de instrumento, que restou, por maioria, provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

I - Da negativa de prestação jurisdicional e falta de motivação

Quanto ao primeiro ponto do inconformismo, registre-se que a negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios 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.

Com efeito, provocado pelos declaratórios, o Tribunal de origem enfrentou toda a matéria posta, nos seguintes termos:

(...)

O primeiro ponto dos embargos foi colocado nos seguintes termos (item 1 de fl. 3.051):

(1) não observância de obrigatoriedade de intimação e manifestação da CVM Comissão de Valores Mobiliários, na qualidade de *amicus curiae*, com violação ao art. 31, da Lei n. 6.385/1976, ao art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469/1997, art. 2º, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 6.616, de 16.12.1978, e ao art. 482, § 3º, do CPC (aplicável por força dos arts. 126 e 335, do CPC, e do art. 4º, da LICC), evidenciando-se, com isso, a omissão do julgado (art. 535, II, do CPC).

Escreve-se o seguinte: a ação é de responsabilidade civil de administrador e não teria sentido algum admitir a intervenção da CVM como *amicus curiae*, pois os dispositivos citados e transcritos não obrigam o Judiciário a admitir a intervenção, mormente em ação fadada ao insucesso pela inadmissibilidade, como é o dos autos. Ademais e porque a CVM não fez pedido para intervir e não há como obrigá-la a participar, parece ilógico pretender fazer com que ocorra a participação forçada de terceiro. *O interesse da CVM é diferente do que se discute aqui, porque a acusação que se apura no âmbito administrativo diz respeito a eventual falta de diligência e cuidado na gestão da companhia em virtude da falta de publicidade das operações. Ademais e segundo documentos exibidos em memoriais dos embargados, a CVM teve ciência inequívoca (foi notificada) e peticionou nos autos sem, contudo, deduzir pretensão para intervir na presente ação (ofício de 26 de janeiro de 2010, subscrito pelo Procurador Federal, Dr. José Eduardo Guimarães Barros). Não há nulidade alguma.*

O segundo item (item 2 de fls. 3.051) foi assim redigido pela embargante:

(2) ausência de fundamentação judicial do v. acórdão quanto: (i) aos motivos que levaram a estabelecer honorários advocatícios de sucumbência em 15% se (a) o julgamento da questão deu-se por maioria de votos, (b) a ação foi extinta, sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC (falta de pressuposto processual), e (c) a decisão tem cunho declaratório (reconhecimento de exoneração de responsabilidade), não implicando nenhuma condenação da Embargante, casos em que, então, a legislação impõe que a verba de sucumbência seja fixada de forma equitativa pelo Juiz, nunca se tomando como parâmetro o percentual sobre o valor da causa, com violação ao art. 20, § 4º, do CPC, (ii) à ocorrência de sucumbência recíproca, na medida em que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, tendo o Embargado decaído de parte significativa do pedido, com violação ao art. 21, *caput* e parágrafo único, do CPC, e (iii) aos motivos que levaram ao cancelamento da ordem de trâmite sob sigilo de justiça que, por utilização de peças e documentos aparentemente obtidos de forma irregular, porque oriundos de procedimento administrativo que tramita perante a CVM sob sigilo, caracteriza a nulidade do processo, por violação aos arts. 8º, § 2º, e 9º, V e § 2º, da Lei n. 6.385/1976 (Lei da CVM), e aos arts. 155, I, 332, e 363, IV, do CPC, tudo isso a ensejar a nulidade do julgado por violação ao art. 165, do CPC, tudo isso a ensejar a nulidade do julgado por violação ao art. 165, do CPC, evidenciando-se, com isso, a omissão do julgado (art. 535, II, do CPC).

Cabe remeter o interessado ao último parágrafo do voto condutor para estabelecer que o arbitramento seguiu as diretrizes do § 4º, do art. 20, do CPC e resultou de consenso da Turma Julgadora. Evidente que foram considerados o trabalho desenvolvido pelos Advogados e a complexidade da matéria, anotando-se

que o fato de ter sido declarada extinta a ação não significa que o trabalho tenha sido singelo ou indigno da remuneração fixada. Não houve sucumbência recíproca, mas, sim, completa da embargante, o que faz inadmissível a incidência do art. 21, do CPC. Impossível fragmentar o desfecho do conjunto de preliminares para entender que a rejeição de uma ou duas repercute no arbitramento que se faz pelo resultado final. O réu da ação nada perdeu. Quanto ao segredo de justiça e independente do eventual ou suposto interesse da CVM, não existe, para o Judiciário, razões que justifiquem manter em segredo algo que é do conhecimento público e que interessa à sociedade, como o resultado de atividades de companhia de capital aberto e que investem em operações de alto risco. Os dispositivos citados não modificam os fundamentos do que foi posto no voto condutor.

O item 3 (fl. 3.051) diz o seguinte:

(3) ausência de julgamento da questão processual arguida pela Embargante em sua contraminuta (fls. 2.687-2732), relativa à falta de impugnação recursal específica, com violação aos arts. 514, II e III, 515 e 524, II, do CPC, infringência, por analogia, ao Verbete da Súmula n. 182, do STJ, e aplicação do art. 473, do CPC, evidenciando-se, com isso, vício por omissão, nos termos do art. 535, II, do CPC.

O voto condutor do Acórdão não poderia reconhecer que falta correlação ou raciocínio lógico na exposição de um recurso que, ao final, foi acolhido (provido) e esse absurdo dispensa maiores comentários. Nada se escreveu sobre a tese que pretendeu convencer de faltar lógica na petição de agravo, sendo que a repetição de argumentos (reproduzir no recurso o que se colocou na contestação) não constitui erro ou algo que se deva censurar com a sanção de não conhecimento. Os argumentos da questão de direito continuam os mesmos e não obrigatoriedade de se buscar linguagem diferente apenas para disfarçar que não se está reproduzindo o que consta dos autos. Os dispositivos atacados não foram citados porque o resultado implica na rejeição da tese.

O quarto ponto diz:

(4) violação ao ato jurídico perfeito, AGE de 6.4.2009, que autorizou o ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra o Embargado, caracterizando a nulidade de tal decisão, por confrontar o disposto no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, no art. 104, do CC, e no art. 6º, § 2º, da LICC, evidenciando-se, com isso, a omissão e a contradição do julgado (art. 535, I e II, do CPC).

A partir desse enfoque a embargante dá começo ao projeto de alteração do que se decidiu, o que é inadmissível. O voto não desrespeita ato jurídico (AGE) porque considerou que o que se deliberou em seguida (AGO) é que modificou o ato anterior,

pois a aprovação, sem ressalvas, significa quitação e exoneração de responsabilidade (art. 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976). Os dispositivos citados não foram violados.

Reproduz-se, agora, o item 5:

(5) imposição pelo v. acórdão de que a Embargante deveria ter realizado AGE e AGO conjuntas, em que pese se tratar de assembléias-gerais (AGE e AGO) com matérias distintas, caracterizando tal imposição como violação ao art. 159, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, evidenciando-se, com isso, a contradição e a obscuridade do julgado (art. 535, I, do CPC).

O voto condutor não estabelece qualquer imposição para que se regularize a situação da companhia frente ao ex-diretor financeiro e sequer teria a Turma Julgadora como estabelecer regras sobre como deveriam agir os acionistas e seus advogados. O que se decidiu e isso foi resultado de convicção, de que a quitação, sem ressalvas, exonera o diretor. Os dispositivos mencionados não foram arranhados pela fundamentação do voto condutor e não há contradição alguma.

Sobre o item 6, cabe transcrever as razões dos embargos:

(6) imposição de ajuizamento de ação de responsabilidade em período temporal mais reduzido do que o prazo de 03 (três) meses estabelecido no art. 159, § 3º, da Lei n. 6.404/1976, na medida em que, se no interregno entre a AGE de 6.4.2009 e a AGO de 27.4.2009, houvesse sido proposta a ação de responsabilidade, não incidiria o “pressuposto processual” de exoneração, com violação ao art. 159, § 3º, da Lei n. 6.404/1976, evidenciando-se, com isso, a contradição do julgado (art. 535, I, do CPC).

O Tribunal decidiu um caso concreto e admitiu que a quitação, sem ressalvas, na AGO, exonera a responsabilidade do ex-diretor e a motivação do voto exterioriza resultado de interpretação sobre os fatos, a literatura jurídica, precedentes e circunstâncias particulares, sendo inadmissível que a parte vencida pretenda, por embargos declaratórios interpostos a pretexto de preencher lacunas inexistentes, obrigar os juízes a mudarem o convencimento de matéria decidida com reflexão e a maturidade dos debates. O caminho para esse desiderato é outro que não o previsto no art. 535, I e II, do CPC.

Finalmente e quanto ao último tópico (item 7, de fl. 3.052), cabe descrever o que foi redigido nos embargos:

(7) imposição de presença do Embargado ao conclave da companhia que autorizou a moção de ajuizamento de ação judicial contra ele, em que pese não existir determinação legal nesse sentido, mas sim de que no referido conclave esteja presente um administrador, o que foi cumprido, verificando-se violação ao art. 134, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, evidenciando-se, com isso, a omissão e a contradição do julgado (art. 535, I e II, do CPC).

Curiosa a arguição dos embargos, pois se agora a recorrente advoga a desnecessidade da presença do ex-diretor na assembleia de prestação de contas (com o argumento de que ele não era administrador) porque pretende dar a ele status de administrador com exclusiva competência e soberania para aplicar em derivativos ao propor e obter aprovação, na assembleia extraordinária anterior, licença para responsabilizá-lo. O Acórdão não é contraditório. A recorrente que é incoerente e a Turma Julgadora não admite que tenha ocorrido omissão ou ofensa aos dispositivos citados.

O voto condutor, com as limitações do relator, foi redigido de maneira a tornar transparente o porque do resultado declarado e cumpriu o mandamento constitucional (art. 91, IX, da CF), sendo que foi observada a cautela de não expor alguns raciocínios que são apropriados e que, naquele instante, não teriam relevância para o desfecho, como a possibilidade de ser intencional a omissão do assunto (responsabilidade do ex-diretor) na AGO, para que não testemunhasse a embargante, pelo voto dos acionistas que tomaram ciência das contas, a rejeição expressa da autorização para processar o ex-diretor, o que se se cogita como deliberação provável caso o tema fosse votado ou que a não inserção do tema em pauta se deu por falta de preparo jurídico, o que não deve se descartar. Culpa dos juízes, contudo, não é, como se pretendeu transferir para o voto condutor o desfecho desfavorável, o que é de se lamentar. As razões do voto condutor ficam mantidas e não há o que modificar.

Ficam os embargos rejeitados.

(...) (fls. 3.184-191 - grifou-se).

Da análise do acórdão vergastado, infere-se que foram enfrentados todos os pontos suscitados pela recorrente, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante, não havendo falar em falta de fundamentação nos acórdãos impugnados.

De fato, a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem omissão a ser sanada, tampouco contradição ou obscuridade a ser aclarada. O Órgão Colegiado pronunciou-se de maneira fundamentada, abordando todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites impostos por lei.

II - Da afronta ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*

Quanto ao argumento de que o recorrido, nas razões do agravo de instrumento, teria deixado de atacar especificamente os fundamentos da decisão impugnada, sem razão a recorrente.

Com efeito, ao decidir que não faltou lógica nas razões do agravo, “sendo que a repetição de argumentos (reproduzir o que se colocou na contestação) não constitui erro ou algo que se deve censurar (...)”, pois “os argumentos da questão de direito continuam os mesmos”, o Tribunal decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, conforme se verifica nos seguintes arestos:

Processual Civil. Apelação. Requisito de admissibilidade. Artigo 514, II, do CPC. Repetição. Peça contestatória. Ataque aos fundamentos da sentença.

1. A mera repetição dos argumentos declinados na peça contestatória não é motivo bastante para inviabilizar o apelo, desde que nítido o desejo de reforma ou anulação da sentença atacada, como ocorreu na espécie. Precedentes.

2. Recurso especial provido (REsp n. 1.245.769-MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 8.11.2011, DJe 22.11.2011).

Processo Civil. Recurso especial. Apelação. Requisitos de admissibilidade. Princípio da dialeticidade recursal. Repetição dos argumentos deduzidos na contestação. Possibilidade.

I – “A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença” (REsp n. 707.776-MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.12.2008).

Recurso Especial provido (REsp n. 1.172.829-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 3.5.2011, DJe 13.5.2011).

Ademais, a revisão das premissas fáticas assentadas na origem é pretensão vedada nesta instância especial (Súmula n. 7-STJ).

III - Da exoneração da responsabilidade civil do recorrido

Quanto à ação de responsabilidade por dano causado pelo administrador de sociedade por ações, estatui o artigo 159 da Lei n. 6.404/1976, sob a rubrica de “Ação de Responsabilidade”:

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia geral extraordinária.

O conflito dos autos surge em relação ao artigo 134, § 3º, da referida norma, ao prescrever que “*A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (art. 286)*”.

Na presente hipótese, que se refere à exoneração de responsabilidade civil do recorrido, decidiu o Tribunal que

(...)

Em 6.4.2009 a Assembleia Geral Extraordinária (AGE) aprovou o ajuizamento da ação contra o recorrente, sendo que em 27.4.2009, os acionistas se reuniram (AGO) e aprovaram, sem reservas, as contas.

(...)

Considera-se que o acesso à ordem jurídica deve ser irrestrito (art. 5º, XXXV, da CF), sendo essa uma verdade constitucional impeditiva de interpretações que, na dúvida, retirem do litigante o seu interesse e a sua legitimidade de ir a Juízo postular reparação de direitos lesados. A lei introduziu uma ressalva nas ações de responsabilidade civil que são movidas pela companhia contra os administradores, condicionando o seu exercício a uma prévia e transparente posição democrática (votação em assembleia) e, no caso em apreço, surgiu uma incerteza por uma incoerência nas deliberações. A primeira foi no sentido de autorizar a ação *uti universi* e a outra, quando examinadas as contas (AGO), deliberou-se aprovar as contas, sem reservas.

Caso a ação tivesse sido ajuizada no interregno entre as duas assembleias não caberia controverter sobre a primazia da vontade declarada na assembleia extraordinária (de 6.4.2009). Porém e porque a ação foi promovida em junho, ou seja, dois meses depois de ter sido realizada a assembleia ordinária (27.4.2009) que, sem ressalvas, aprovou as contas da administração, é forçoso reconhecer que quando protocolizada a inicial não existia mais autorização para demandar o ex-diretor.

As declarações de pessoas coletivas são interpretadas mediante fatores objetivos, exatamente porque o art. 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976, estabelece que a “aprovação, sem reserva” das demonstrações financeiras e das contas exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação”. O texto é de incidência internacional e foi admitido, na Itália (...). Os escritores entraram na discussão levantada por De Gregório, que repudiava a conclusão simplista de que a mera aprovação das contas exonera o administrador culpado e reafirmaram que a assembleia, ao aprovar os balanços apresentados sem um anexo contendo a contestação dos atos praticados, assume o risco e imputa a si mesmo o dano causado pelo seu mandatário (obra citada, p. 239, § 379 - bis).

Chama atenção o desmembramento das assembleias, embora não caiba afirmar a impropriedade de convocar os acionistas para, de forma extraordinária, votar sobre

a responsabilidade do administrador, embora o mais coerente e democrático seria inserir a matéria na ordem do dia da assembleia geral ordinária, porque decorrência da questão principal a ser votada (...).

O tema (responsabilidade) seria propício para debate junto da aprovação de contas, em virtude da singularidade da operação e da condição subalterna do sujeito a ser investigado para reparar os danos da sociedade, de modo que é muito mais evidente que, quando os acionistas tomaram conhecimento da oportunidade de aprovarem as operações (com ressalva ou sem a reserva da ação ainda não ajuizada) deliberaram encerrar a questão que colocaria o recorrente como exclusivo estrategista de operações que sempre foram praticadas com beneplácito da companhia e que, em virtude de mudança de política cambial, inverteu o resultado ganhando nocividade financeira. E isto pode estar, de alguma maneira, ao rumo da investigação aberta pela CVM, cujo relatório, de 7.12.2009, atribuiu responsabilidade ao recorrente e a mais 13 integrantes da Sadia, inclusive Walter Fontana Filho, Presidente do Conselho de Administração e membro do Comitê Financeiro da Sadia (fl. 2.893). O encerrar o caso não é, portanto, deliberação sem causa, de modo que dar como exonerados os administradores (e não só o diretor, ora recorrente) integra plano de política empresarial que urge respeitar.

O fato é que a licença da assembleia para a companhia agir contra o administrador significa, sempre, uma rejeição das contas e uma condenação, que deveria ser pormenorizada, do administrador acusado de mentor do ato danoso não autorizado e se revela incompatível com o desejo de processar ou acusar, o fato de menos de trinta dias serem aplaudidas as contas, sem uma denúncia formal de que persistiria a responsabilidade do recorrente diante das operações e do resultado financeiro aprovado.

(...)

O que vale é a segunda assembleia (ordinária) quando, examinada a operação desastrosa com derivativos diante do contexto global da companhia, atos pretéritos e estrutura financeira organizada para recepcionar tais derivativos, concluiu-se que o melhor seria encerrar o conflito e não criar a lide.

Esse o interesse da companhia declarado por expressão vinculativa, o que implica afirmar que o recorrente está livre da responsabilidade que se lhe quer imputar.

Veja-se que essa fragmentação de reuniões implicou na eliminação (porque afastado da companhia) do direito do recorrente apresentar perante os acionistas, suas justificativas e ordens de aprovação para agir da forma como procedeu. É de boa ordem que se permitisse a palavra do diretor acusado de responsabilidade pelo prejuízo, como determina o art. 134, § 1º, da LSA, o que não se verificou.

(...)

*Isso posto, dá-se provimento para, na forma do art. 267, IV, do CPC, julgar extinta a ação (falta de pressuposto obrigatório para desenvolvimento da ação de responsabilidade *uti universi*) (...) (fls. 3.026-3.030 - grifou-se).*

Com efeito, já no Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, o Brasil adotava o entendimento de que a aprovação da gestão constitui ato jurídico perfeito a proteger os interesses dos administradores, sem cuja anulação estes não podem ser responsabilizados.

Já dizia o artigo 101 da citada norma que “A aprovação, sem reserva, do balanço e das contas exonera de responsabilidade os membros da diretoria e do Conselho Fiscal, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 156)”.

Na época, escreveu Trajano de Miranda Valverde:

(...)

A deliberação da assembléia geral ordinária, que aprovou o balanço das contas da diretoria pode ser anulada (art. 156), quando eivada de erro, dolo, fraude, simulação (...) Em qualquer dos casos, é manifesto que a deliberação da assembléia geral que aprovou o balanço e as contas foi obtida por meio de atos, processos ou expedientes a deliberação. Tanto a sociedade como qualquer acionista poderão pleitear, *judicialmente* a anulação da deliberação. (Sociedade por Ações, Edição Revisada Forense, Rio de Janeiro, 1953, Vol. II, p. 140-141).

Com razão a aprovação do balanço e das contas implicava a quitação dos administradores da sociedade anônima, cuja anulação só poderia ser perseguida pela via judicial, mediante a prova de erro, dolo, fraude ou simulação.

Tal entendimento foi mantido na Lei n. 6.404 de 15.12.1976, conhecida como a Lei das Sociedades Anônimas:

Art. 134. Instalada a assembléia-geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação.

§ 3º *A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286).* (grifou-se).

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

Verifica-se que a regra do artigo 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 é especial em relação ao artigo 159 do mesmo diploma legal, de modo que, no caso de aprovação de contas, não bastaria a prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade civil, mas, sim, antes ou concomitantemente, o ajuizamento da ação de anulação da assembleia que aprovou as contas.

Nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

Ação de responsabilidade civil sociedade anônima. Necessidade de prévia ação de anulação da assembléia de aprovação de contas. Prescrição. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Aplicação da multa do artigo 557, § 2º do CPC.

1. Ação de responsabilidade. Prescrição: *o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembléia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei n. 6.404/1976. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade.*

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento (AgRg no Ag n. 640.050-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.5.2009, DJe 1º.6.2009 - grifou-se).

Agravo regimental. Sociedade anônima. Aprovação sem ressalvas das contas pela assembléia geral. Prévia anulação do ato de aprovação para eventual responsabilização do administrador. Necessidade. Agravo improvido.

1. *Salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembléia geral exime os administradores de quaisquer responsabilidades.*

2. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 950.104-DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 19.3.2009, DJe 30.3.2009 - grifou-se).

Comercial. Prescrição. Sociedade anônima. Aprovação das contas dos administradores. A aprovação das contas pela assembléia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade. Recurso especial não conhecido (REsp n. 257.573-DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 8.5.2001, DJ 25.6.2001 - grifou-se).

Nessa linha de raciocínio, somente após o trânsito em julgado da sentença que acolher a anulatória, pela ocorrência dos citados vícios, é possível ajuizar a ação de responsabilidade pertinente.

A análise desse tema, inclusive, também já foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, citado pelo ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro no voto proferido no REsp n. 257.573-DF:

(...)

O objetivo expresso na inicial só poderia ser intentado depois de anulada, previamente, a deliberação da assembléia. É a lição de Cunha Peixoto (...) a aprovação das contas dos administradores pela assembléia geral impede que se promova a ação de responsabilidade civil contra os diretores, a não ser que se anule, primeiramente, o ato da assembléia eivado de qualquer vício de erro, dolo, fraude ou simulação (...).

No presente caso, portanto, não há falar em ação de responsabilização contra o recorrido, porquanto o diretor foi exonerado de responsabilidade desde que teve suas demonstrações financeiras aprovadas pela assembleia geral posterior.

Ademais, cumpre lembrar que, em tema de sociedades anônimas, Modesto Carvalhosa sustenta que as assembleias gerais sucessivas têm plenos poderes para ratificar ou reconsiderar suas próprias deliberações, sanando vícios ou defeitos, ou alterando suas conclusões tomadas em assembleias anteriores (“Comentários à Lei de Sociedades Anônimas”, Saraiva, 2003, vol 3, p. 391).

De fato, com aquela aprovação, e à míngua de sua anulação pela via adequada, não se pode falar em ação de responsabilidade civil, pois esta só existiria se anulado o ato que aprovou definitivamente as contas, ou seja, somente no caso de ser afastada a exoneração da responsabilidade do diretor, o que, como visto, não ocorreu.

Ainda por pertinente, transcreve-se Nelson Eizirik, que, não obstante discordar da necessidade de prévia anulação, ao tratar da matéria, contudo, diz que “o voto favorável à aprovação das contas do exercício é *incompatível* com a aprovação de propositura da ação de responsabilidade contra os administradores” (Temas de direito societário, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 113).

Logo, trata-se, sim, de impedimento de propositura de ação de responsabilidade civil autorizada anteriormente à exoneração legal dessa responsabilidade, resultante da simples razão de que não é cabível ação de responsabilidade civil contra quem dessa responsabilidade, por força de lei e do ato jurídico perfeito, foi exonerado.

IV - Da ilegalidade das provas utilizadas; do desrespeito ao ato jurídico perfeito; da inviabilidade de imposição de assembleias gerais conjuntas; do lapso temporal de legitimação ativa exclusiva e da obrigatoriedade da presença do recorrido na assembleia

Quanto a esses tópicos, nos termos em que posta, a pretensão recursal não merece êxito, diante dos óbices alicerçados nas Súmulas n. 282 e n. 283 do Supremo Tribunal Federal e n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Em verdade, as razões demonstram verdadeiro inconformismo com a conclusão do julgamento, não trazendo argumentos suficientes a permitir a sua reforma.

V - Dos honorários sucumbenciais

Resta analisar, ainda quanto ao ponto, a hipótese específica dos autos.

Conforme consabido, a condenação em honorários advocatícios, no direito pátrio, pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é que deve arcar com as despesas deles decorrentes.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Superior Tribunal:

Processo Civil. Tributário. Embargos à execução julgados procedentes. Massa falida. Exclusão da multa moratória. Art. 19, da Lei n. 10.522/2005. Impugnação anterior à vigência da lei. Honorários de sucumbência. Interpretação sistemática. Aplicação do princípio da causalidade. Violação do art. 535 do CPC não configurada.
1. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no Ag n. 798.313-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.3.2007, DJ 12.4.2007; EREsp n. 490.605-SC, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 4.8.2004, DJ 20.9.2004; REsp n. 557.045-SC, Ministro José Delgado, DJ 13.10.2003; REsp n. 439.573-SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 4.9.2003; REsp n. 472.375-RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.3.2003, DJ 22.4.2003). (...) 6. Recurso especial desprovido (REsp n. 1.019.316-RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 30.3.2009).

E, quanto à sucumbência recíproca (artigo 21 do CPC) e ao percentual fixado (artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC), melhor sorte não socorre a recorrente,

porquanto a pretensão recursal, nos termos em que posta, esbarra no óbice do Enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação ordinária visando estorno de valores depositados em conta corrente. Sucumbência recíproca. Reexame do conjunto probatório. Incidência das Súmulas n. 7 e n. 284 desta Corte. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1. - A Agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

2. - Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp n. 26.192-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24.4.2012, DJe 11.5.2012).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público. Cumulação de proventos de aposentadoria. Pedido de indenização. Necessidade de reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Sucumbência recíproca. Revisão. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Mera transcrição de ementas. Ausência de cotejo analítico.

(...)

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de não ser possível a revisão do quantitativo em que autor e ré decaíram do pedido para fins de aferir a sucumbência recíproca ou mínima, por implicar reexame de matéria fática-probatória, vedado pela Súmula n. 7-STJ. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 936.269-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 24.9.2008, AgRg no REsp n. 1.080.982-SC, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25.5.2010.*

(...)

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.089.377-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23.3.2012 - grifou-se).

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Ação indenizatória. Contrato administrativo. Construção de conjunto habitacional. Reparação por serviços complementares não previstos inicialmente. Acórdão fundado no exame de provas depositadas nos autos. Honorários advocatícios. Revisão. Súmula n. 7 do STJ. Incidência. Sucumbência recíproca. Aplicação da regra do art. 21, *caput*, do CPC. (...)

3. *A revisão do percentual estabelecido na origem, a título de honorários advocatícios, desde que não exorbitante ou irrisório, não é suscetível de exame na via eleita, por força da incidência do Veto Sumular n. 7 desta Corte Superior.*

4. Reconhecida a sucumbência recíproca pelo Tribunal de origem, as despesas processuais e a verba honorária devem ser distribuídas e compensadas de forma proporcional, conforme determina o art. 21, *caput*, do CPC. (AgRg no REsp n. 1.161.524-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 9.8.2011).

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.271.212-SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27.9.2011, DJe 30.9.2011 - grifou-se).

Em vista de todo o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.316.921-RJ (2011/0307909-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Google Brasil Internet Ltda.

Advogados: Ricardo Barretto Ferreira da Silva e outro(s)
Solano de Camargo

Recorrido: Maria da Graça Xuxa Meneghel

Advogado: Mauricio Lopes de Oliveira e outro(s)

EMENTA

Civil e Consumidor. *Internet*. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não-cabimento. Conteúdo público. Direito à informação.

1. A exploração comercial da *Internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *Internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/1988, sobretudo considerando que a *Internet* representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou,

via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

9. 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(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). Solano de Camargo, pela parte recorrente: Google Brasil *Internet Ltda.* Dr(a). Diogo Albuquerque Maranhao de Oliveira, pela parte recorrida: Maria da Graça Xuxa Meneghel.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJe 29.6.2012

QUESTÃO DE ORDEM

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de pedido de adiamento formulado por *Maria da Graça Xuxa Meneghel* em sede de recurso especial interposto por *Google Brasil Internet Ltda.*

Aduz a requerente que, não obstante tenha apresentado contrarrazões ao recurso especial, estes teriam sido juntados aos “autos originários”, de modo que “a conversão do agravo [interposto contra a negativa de seguimento do recurso] em especial sem dar à recorrida prazo para enfrentamento do mérito, privilegiaria a celeridade e aproveitamento dos atos em detrimento do contraditório e da ampla defesa”.

Em primeiro lugar, noto que a presente alegação somente surgiu *depois* da inclusão do processo em pauta para julgamento, sendo certo que poderia ter sido suscitada em momento *anterior*, por ocasião da própria conversão do agravo em recurso especial, ocorrida há quase 03 meses (fl. 613, e-STJ).

Todavia, a requerente convenientemente aguardou a inclusão do processo em pauta para, somente então, na *véspera* da respectiva sessão, numa atitude de todo reprovável, utilizar esse argumento na tentativa de adiar o julgamento.

Não bastasse isso, verifica-se a absoluta insubsistência da alegação, tendo em vista que, desde as alterações impostas ao art. 544 do CPC pela Lei n. 12.322/2010, o agravo contra a decisão denegatória de seguimento de recurso especial não mais se forma por instrumento, sendo interposto nos próprios autos.

Dessa forma, interposto agravo contra a negativa de seguimento de recurso especial, os próprios autos principais, com todas as suas peças, anexos e apensos, são encaminhados ao STJ para apreciação.

O antigo procedimento de conversão do agravo em recurso especial foi extinto pela Lei n. 12.322/2010, que deu nova redação ao § 3º do art. 544 do CPC.

Tanto é assim que a decisão que conheceu do agravo em questão se limitou a determinar sua *reautuação* como recurso especial (fl. 612, e-STJ).

Portanto, não há de se falar, na espécie, em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Esta Corte detém amplo acesso ao inteiro teor dos autos principais, inclusive as contrarrazões ao recurso especial apresentadas pela requerente, cujo teor foi levado em consideração na elaboração do voto condutor.

Forte nessas razões, *indefiro* o pedido de adiamento.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Google Brasil Internet Ltda.*, com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ-RJ.

Ação: ordinária inominada, ajuizada por *Maria da Graça Xuxa Meneghel* em desfavor da recorrente, objetivando compelir esta última a remover do seu *site* de pesquisas via *Internet* denominado *Google Search* os resultados relativos à busca pela “expressão ‘xuxa pedófila’ ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer” (fls. 54-55, e-STJ).

Decisão interlocutória: o Juiz de primeiro grau de jurisdição deferiu o pedido de tutela antecipada, determinando que a recorrente “se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas *Google*, quaisquer resultados/*links* na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’, ou qualquer grafia que se assemelhe a estas, isoladamente ou conjuntamente, com ou sem aspas, no prazo de 48 horas, a contar desta intimação, pena de multa cominatória de R\$ 20.000,00 por cada resultado positivo disponibilizado ao usuário” (fls. 71-72, e-STJ).

A decisão foi impugnada pela *Google* via agravo de instrumento.

Acórdão: o TJ-RJ deu parcial provimento ao agravo, restringindo a liminar “apenas às imagens expressamente referidas pela parte agravada”, ainda assim sem “exclusão dos *links* na apresentação dos resultados de pesquisas” (fls. 310-316, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos por ambas as partes, foram rejeitados pelo TJ-RJ (fls. 346-348 e 350-352, e-STJ).

Recurso especial da GOOGLE: alega violação dos arts. 461, §§ 4º e 6º do CPC; e 248 do CC/2002, bem como dissídio jurisprudencial (fls. 379-411, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ-RJ negou seguimento ao especial (fls. 553-563, e-STJ), dando azo à interposição do AREsp n. 103.125-RJ, conhecido para determinar o julgamento do recurso principal (fl. 612, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrigli (Relatora): Cinge-se a lide a determinar os limites da responsabilidade de *site* de pesquisa via *Internet* pelo conteúdo dos respectivos resultados.

I. Do recurso especial interposto pela recorrida.

Preliminarmente, saliento que a recorrida não se insurgiu contra a decisão do TJ-RJ (fls. 553-563, e-STJ) que negou seguimento ao seu recurso especial, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo STJ.

Sendo assim, o presente julgamento aprecia unicamente o recurso especial da *Google*.

II. Da responsabilidade da GOOGLE.

Na ótica do TJ-RJ, “ainda que a agravante possa não ser juridicamente responsável pela veiculação dessas imagens na rede de computadores, pode ela ser o destinatário da determinação judicial, em caráter cautelar, de sua cessação – considerando a quase inviabilidade fática de, para tal condão, demandar contra cada um dos *uploaders* isolados de imagens eróticas da agravada” (fl. 315, e-STJ).

A *Google* se opõe a essa assertiva, afirmando que o TJ-RJ “ignorou por completo o fato de que não pode ser atribuída à recorrente a obrigação de impossível cumprimento considerando o estado da técnica atual”, ressaltando que “não é possível exigir que a *Google* realize o monitoramento de todo o conteúdo indicado como resultado em sua ferramenta de buscas a fim de verificar se as imagens ali indicadas são ou não referentes e ofensivas à recorrida”. Diante disso, conclui que o Tribunal Estadual “deveria ter revogado a obrigação de fazer imposta à recorrente, que além de impossível, leva à censura prévia de conteúdo, antes mesmo de qualquer apreciação judicial” (fls. 397-398, e-STJ).

A questão é atual e de extrema relevância, dada a indiscutível importância assumida pelos *sites* de pesquisa virtual, tendo em vista, de um lado, o estágio de dependência da sociedade contemporânea frente à *Internet* e, de outro, a impossibilidade de se conhecer todo o diversificado conteúdo das incontáveis páginas que formam a *web*.

De fato, o cotidiano de milhares de pessoas hoje depende de informações que estão na *Internet*, mas que, por desconhecimento da página específica onde estão inseridas, dificilmente seriam encontradas sem a utilização das ferramentas de pesquisa oferecidas pelos *sites* de busca.

Em contrapartida, esses mesmos mecanismos de busca podem ser usados para a localização de páginas com conteúdo ilícito, cada vez mais comuns diante do anonimato que o ambiente virtual propicia.

Nesse contexto, a definição dos limites da responsabilidade desses *sites* de pesquisa se torna fundamental.

(i) A sujeição dos serviços de *Internet* ao CDC.

Parece inegável que a exploração comercial da *Internet* sujeita as relações jurídicas de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/1990. Newton De Lucca aponta o surgimento de “uma nova espécie de consumidor (...) – a do

consumidor internauta – e, com ela, a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia tradicional” (**Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27).

Com efeito, as peculiaridades inerentes a essa relação virtual não afastam as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei.

Fernando Antônio de Vasconcelos observa que “o serviço preconizado na Lei n. 8.078/1990 é o mesmo prestado pelas várias empresas que operam no setor [rede virtual]. Fica, pois, difícil dissociar o prestador [provedor] de serviços da *Internet* do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor” (**Internet. Responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 116).

Vale notar, por oportuno, que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

Na lição de Cláudia Lima Marques, “a expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço” (**Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º ao 74**. São Paulo: RT, 2003, p. 94).

No caso da *Google*, é clara a existência do chamado *cross marketing* – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outros. Apesar das pesquisas realizadas via *Google Search* serem gratuitas, a empresa vende espaços publicitários no *site* bem como preferências na ordem de listagem dos resultados das buscas.

Retomando os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, a autora anota que “estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu *marketing* e de seu preço total, pois são remunerados na manutenção do negócio principal”, concluindo que “no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exemplo do ‘enriquecimento’ dos fornecedores pelos serviços ditos ‘gratuitos’ pode comprovar” (*op. cit.*, p. 95).

Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de *Internet*, ainda que prestados gratuitamente.

(ii) A natureza jurídica do serviço de pesquisa via *Internet*.

Inicialmente, é preciso determinar a natureza jurídica dos provedores de serviços de *Internet*, em especial do *sites* de busca, pois somente assim será possível definir os limites de sua responsabilidade.

A *world wide web* (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na *Internet*, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (*webpages*).

Os provedores de serviços de *Internet* são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da *Internet*, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a *Internet*; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na *Internet*; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da *web*.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de *Internet*; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Na hipótese específica dos *sites* de busca, verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na *web*, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos *links* das páginas onde a informação pode ser localizada.

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses *sites* não incluem, hospedam, organizam ou de

qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

(iii) Os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa.

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado pelos *sites* de busca via *Internet*, a sua responsabilidade deve ficar restrita à natureza da atividade por eles desenvolvida que, como visto linhas acima, corresponde à típica provedoria de pesquisa, facilitando a localização de informações na *web*.

Assim, os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema.

No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de *Internet* age “como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros” (**Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901).

Por outro lado, há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores.

Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor de pesquisa por danos decorrentes do conteúdo das buscas realizadas por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/2002.

No julgamento do REsp n. 1.067.738-GO, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, minha relatoria p/ acórdão, DJe de 25.6.2009, tive a oportunidade de enfrentar o tema, tendo me manifestado no sentido de que “a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”.

Roger Silva Aguiar bem observa que o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único, do CC/2002 “inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em ‘perigo’ para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo” (**Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50).

Com base nesse entendimento, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, aprovou o Enunciado n. 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa. A esse respeito Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na *Internet* não são “de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial” (Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da *Internet*. In Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, **Conflitos sobre nomes de domínio**. São Paulo: RT, 2003, p. 361).

Conclui-se, portanto, ser ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários.

O TJ-RJ, contudo, vai além no raciocínio e afirma: “ainda que a agravante possa não ser juridicamente responsável pela veiculação dessas imagens na rede de computadores, pode ela ser o destinatário da determinação judicial, em caráter cautelar, de sua cessação – considerando a quase inviabilidade fática de, para tal condão, demandar contra cada um dos *uploaders* isolados de imagens eróticas da agravada” (fl. 315, e-STJ).

Em relação a esse argumento, há de se considerar que os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é *público* e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados.

Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa.

Ora, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos *sites* de pesquisa.

Não se ignora a evidente dificuldade de assim proceder, diante da existência de inúmeras páginas destinadas à exploração de conteúdo ilícito – sobretudo imagens íntimas, sensuais e/ou pornográficas, como é o caso dos autos – mas isso não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses *sites*, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado.

Com efeito, é notório que nosso atual estágio de avanço tecnológico na área da ciência da computação, notadamente no ramo da inteligência artificial, não permite que computadores detenham a capacidade de raciocínio e pensamento equivalente à do ser humano. Vale dizer, ainda não é possível que computadores reproduzam de forma efetiva faculdades humanas como a criatividade e a emoção. Em síntese, os computadores não conseguem desenvolver raciocínios subjetivos, próprios do ser pensante e a seu íntimo.

Sendo assim, não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado *site* possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa.

Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais.

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor de pesquisa, do conteúdo de cada página a compor a sua base de dados de busca eliminaria

– ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da *Internet*, que é a disponibilização de dados em tempo real.

Como bem descreve a recorrente na inicial do agravo de instrumento, o mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 03 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela *web* identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado.

Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na *web* sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito.

Essa circunstância, aliada ao fato de que a identificação de conteúdos ilícitos ou ofensivos não pode ser automatizada, torna impraticável o controle prévio por parte dos provedores de pesquisa da cada página nova ou alterada, sob pena, inclusive, de seus resultados serem totalmente desatualizados.

Portanto, inexistente a suposta facilidade dos provedores de informação de individualizar as páginas na *Internet* com conteúdo ofensivo, de sorte que o argumento não serve de justificativa para lhes impor esse ônus.

Devemos, pois, partir da realidade concreta, qual seja, a de que os sistemas dos provedores de pesquisa responderão a comandos objetivos, como aqueles impostos na decisão de primeiro grau de jurisdição, no sentido de que a recorrente “se abstenha de disponibilizar aos seus usuários, no site de buscas *Google*, quaisquer resultados/*links* na hipótese de utilização dos critérios de busca ‘Xuxa’, ‘pedófila’, ‘Xuxa Meneghel’” (fl. 71, e-STJ).

A partir daí, deve-se questionar a razoabilidade de se impor esse tipo de restrição aos provedores de pesquisa.

Nesse aspecto, destaco em primeiro lugar a pouca efetividade de se impor critérios objetivos de limitação às pesquisas. Diferentemente das máquinas, o ser humano é criativo e sagaz, e em pouco tempo encontraria meios de burlar as restrições de busca, por intermédio da utilização de termos ou expressões semelhantes ou equivalentes que, repese-se, não serão filtradas pela limitada capacidade de raciocínio dos computadores.

Aliás, a medida até certo ponto produz um efeito negativo.

É sabido que boa parte dos usuários de computador se motiva pelo desafio de superar os obstáculos criados pelo sistema. São os chamados *hackers* – técnicos em informática que se dedicam a conhecer e modificar dispositivos, programas e redes de computadores, buscando resultados que extrapolam o padrão de funcionamento dos sistemas – que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações.

Dessa maneira, a imposição de obstáculos que se limitam a dificultar o acesso a determinado conteúdo, sem que a própria página que o hospeda seja suprimida, findaria por incentivar a ação de *hackers* no sentido de facilitar a disseminação das informações cuja divulgação se pretende restringir.

A medida também se torna inócua pelo fato de que eventual restrição não alcançaria os provedores de pesquisa localizados em outros países, através dos quais também é possível realizar as mesmas buscas, obtendo resultados semelhantes.

Em segundo lugar, há de se considerar que essa forma de censura dificulta sobremaneira a localização de qualquer página com a palavra ou expressão proibida, independentemente do seu conteúdo ser ou não ilegal, tolhendo o direito à informação.

Na hipótese específica dos autos, por exemplo, a proibição de que o serviço da recorrente aponte resultados na pesquisa da palavra “pedofilia” impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. A vedação restringiria, inclusive, a difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida, abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento!

Os exemplos acima ilustram a importância dos *sites* de pesquisa e o quão pernicioso pode ser a imposição de restrições ao seu funcionamento.

A verdade é que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação.

Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação

assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/1988, sobretudo considerando que a *Internet* representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Embora seja possível identificar a existência de páginas ofensivas à pessoa da recorrida, seriam imensuráveis os danos derivados das restrições por ela pretendidas para impedir a facilitação no acesso aos respectivos *sites*, prejuízos esses que atingiriam até mesmo a própria recorrida na divulgação do seu trabalho e construção da sua imagem.

O próprio acórdão recorrido frisa que os documentos acostados aos autos evidenciam que “a grande maioria dos resultados é de *links* inofensivos, e até laudatórios a respeito da agravada” (fl. 316, e-STJ).

Nesse contexto, não se mostra aceitável nem mesmo a exigência de que a pesquisa exclua a reprodução de imagens encontradas nas páginas apontadas no resultado respectivo. Persistiria a impossibilidade técnica *supra* mencionada – de se identificar quais imagens teriam conteúdo ofensivo ou ilícito – sendo que a retirada indiscriminada de todas as imagens implicaria mais uma vez na violação do direito à informação.

Assim, conclui-se que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão.

Finalmente, cumpre apreciar a viabilidade da solução final adotada pelo TJ-RJ, de a restrição dirigir-se especificamente a determinado conteúdo, previamente indicado pela vítima.

Em primeiro lugar, noto que essa forma de restrição, se cabível, haverá de emanar sempre de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, diante da impossibilidade de se delegar o juízo acerca do potencial ofensivo de determinado texto ou imagem à discricionariedade da vítima ou do provedor.

Não me escapa o fato de, em precedentes desta Corte envolvendo casos análogos – responsabilidade do provedor de conteúdo por mensagens ofensivas em *site* de relacionamento social – ter se decidido, de forma genérica, que “ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada” (REsp n. 1.186.616-MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 31.8.2011. No mesmo sentido: REsp n. 1.193.764-SP, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 8.8.2011).

Ocorre que, no caso específico dos *sites* de rede social, o próprio provedor disponibiliza um serviço de denúncia contra conteúdo ilícito ou ofensivo, rogando-se, nos termos de uso a que adere cada usuário, o direito de suprimir a respectiva página. Há, portanto, um acordo particular que autoriza o provedor a exercer esse juízo discricionário, circunstância ausente nos *sites* de pesquisa, cuja utilização sequer exige o cadastramento do usuário.

Indispensável, pois, que o pedido de exclusão dos resultados de pesquisa de um texto ou imagem específica seja formulado judicialmente.

A despeito disso, a recorrente suscitou ressalvas em relação a essa prática, mesmo mediante ordem judicial, aduzindo ser indispensável que o conteúdo a ser excluído venha acompanhado da indicação do respectivo URL (sigla que corresponde à expressão *Universal Resource Locator*, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado *site* ou página).

De acordo com a recorrente, a falta de indicação do URL torna a “obrigação de impossível cumprimento considerando o estado da técnica atual, a qual consubstancia em varredura e monitoramento de seus sistemas” (fl. 397, e-STJ).

O TJ-RJ, porém, superou a questão, consignando que “a restrição da liminar apenas às duas URL’s citadas pelo embargante reduziria, sobremodo, o seu alcance a ponto da quase ineficácia” (fl. 352, e-STJ).

Como visto linhas acima, as inumeráveis páginas que compõem a *web* são regularmente atualizadas, muitas delas em intervalo inferior a uma hora. Além disso, a rede recebe diariamente uma infinidade de páginas novas.

Acrescente-se a isso o fato de que os textos ou imagens podem sofrer pequenas alterações, impedindo sua identificação pelo sistema que, repise-se, possui limitada capacidade de raciocínio e processamento de informações subjetivas.

A esse respeito, basta ver que, entre as imagens que o TJ-RJ determinou fossem excluídas, há alusão a foto truncada da recorrida. Por meio dessa mesma técnica de montagem, poder-se-ia modificar a imagem sem, contudo, lhe retirar a essência, com o que não seria excluída das pesquisas realizadas.

Essas circunstâncias evidenciam que, sem os URL’s, o provedor de pesquisa não consegue controlar com eficiência a omissão de uma determinada imagem ou texto dos resultados da busca virtual, impedindo-o, por conseguinte, de dar pleno cumprimento à ordem judicial.

Diante disso, sem a indicação específica do URL das páginas a serem suprimidas, não há como assegurar a eficácia da medida ao longo do tempo, sujeitando o destinatário do comando judicial às penas cominatórias impostas por descumprimento.

Outrossim, conhecendo os URL's das páginas reputadas ofensivas, a vítima terá como identificar o próprio responsável pela inclusão do conteúdo ilegal, ou pelo menos o provedor utilizado para hospedagem do respectivo *site* que, por sua vez, poderá indicar o IP (sigla que corresponde à expressão *Internet Protocol*, um número único, exclusivo, que individualiza cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica) do autor do ilícito.

Diante disso, até para assegurar o direito ao devido processo legal e à ampla defesa daquele a quem se imputa a autoria do fato ilícito, caberá ao interessado agir diretamente contra essas pessoas, o que torna absolutamente dispensável a imposição de qualquer obrigação ao provedor de busca, pois, uma vez obtida a supressão da página de conteúdo ofensivo, ela será automaticamente excluída dos resultados de pesquisa.

Em outras palavras, se a vítima identificou o autor do ato ilícito não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, vale repisar, até então se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

Conclui-se, portanto, que preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição.

Como bem anota José Carlos Barbosa Moreira, somente haverá interesse processual quando a providencia jurisdicional, “por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente” (**Ação declaratória e interesse**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 17).

No particular, não haverá nenhum interesse em demandar contra o provedor de pesquisa, pois, munida do URL da página onde inserido o conteúdo dito ofensivo (indispensável para o exercício da ação), poderá a vítima acionar diretamente o autor do ato ilícito, com o que, julgado procedente o pedido e retirada da *Internet* a página, o respectivo conteúdo será automaticamente

excluído do resultado das buscas realizadas junto a qualquer provedor de pesquisa.

Dessa forma, verifica-se ser incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

Em suma, pois, tem-se que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

Ainda que não ideais, certamente incapazes de conter por completo a utilização da rede para fins nocivos, a solução ora proposta se afigura como a que melhor equaciona os direitos e deveres dos diversos *players* do mundo virtual.

Na análise de Newton De Lucca “a implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na *Internet* deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas” (*op. cit.*, p. 400).

As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a *Internet* é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria tolice contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.

(iv) A hipótese dos autos.

No particular, o TJ-RJ impôs à *Google* a obrigação de excluir dos resultados de pesquisa do seu *site* de busca determinadas imagens, dispensada a indicação dos URL's das páginas onde essas imagens estariam inseridas.

A determinação, como visto, é tecnicamente impossível de ser cumprida, daí derivando a incompatibilidade da multa cominatória fixada, com clara violação do art. 461, § 4º, do CPC.

Por outro lado, mesmo que se quisesse adequar os termos da mencionada decisão, objetivando a sua exequibilidade – exigindo da vítima a indicação dos URL's – isso implicaria ausência de interesse de agir da recorrida.

Não bastasse isso, verificou-se neste julgado, de uma forma mais ampla, o descabimento de se impor aos provedores de pesquisa qualquer restrição nos resultados das buscas realizadas por seus sistemas, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação.

Forte nessas razões, *dou provimento* ao recurso especial, para cassar a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): Sr. Presidente, aí entra a consideração de ordem processual, que a eminente Ministra, escudada numa posição doutrinária de Moreira Alves de que, na verdade, haveria, então, essa falta de interesse para provocar-se essa jurisdição.

Da forma como está, efetivamente, a solução preconizada pela Sra. Ministra Nancy Andriahi é, como S. Exa. mesmo ressaltou, o melhor caminho, no momento. Mas, efetivamente, é preciso que haja, também, um mecanismo de defesa, porque, embora o direito à informação seja essencial para esse mundo em que vivemos, a realidade é que a honra e intimidade, devem ser preservadas.

Então, talvez, exatamente não possa atribuir isso, atribuiria isso ao meu próprio não conhecimento da área, de desconhecer a possibilidade de buscar uma origem. E aí, lembro-me que temos um processo criminal - estou funcionando na Corte Especial - também envolvendo crime de informática que, ao final, chegou-se à conclusão de que aquelas notícias teriam sido veiculadas por um provedor internacional, sabe-se lá de onde.

Quer dizer, da forma como a informação virtual é mais que instantânea, aquilo povoou todos os computadores. Ficou algo tecnicamente impossível de se chegar a saber quem foi que colocou aquilo, porque vai num provedor nacional, que, depois, mostra para o internacional; a origem teria sido fora, daí esse outro mostra para um outro, enfim, fica diluído na indefinição.

Quero agradecer esse esclarecimento técnico, confesso o meu não conhecimento, mas espero um dia chegar a compreender esse mecanismo e acompanho integralmente o voto da eminente Relatora, dando provimento ao recurso especial.

ESCLARECIMENTOS (1)

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, eminente Ministra Relatora, eminentes Pares, quero cumprimentar, aqui, os eminentes Advogados que fizeram a sustentação oral.

Na semana passada, tivemos a oportunidade de participar do julgamento, inclusive questão envolvendo a informação pelo uso dessa ferramenta de comunicação que é a *Internet*, a Google, e lá, como bem expôs a eminente Relatora, há uma diferença essencial entre o que se tratou naquele caso e o que se trata aqui. Eu, já naquela oportunidade havia dito que, na realidade, sou um neófito em matéria dessa tecnologia dos tempos digitais.

A Sra. Ministra Nancy Andrighi dá uma lição, aqui, que fico até admirado de ver essa capacidade da pesquisa. Provavelmente, deve ter procurado uma pesquisa na Google, porque, muitas vezes, nos servimos desse instrumento para buscar alguma informação.

A única questão que me assalta, embora a conclusão do voto da eminente Relatora me pareça ser uma solução consentânea com a modernidade na qual nos encontramos, mas a questão é essa: o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aqui na conclusão, na hipótese dos autos, impôs à Google a obrigação de excluir do resultado de pesquisa do seu *site* de busca, determinadas imagens, dispensada a indicação da *URL* (*Unicrsal Resource Locator*) das páginas onde essas imagens estariam inscritas.

E, aqui, V. Exa. diz: “A determinação como vista tecnicamente impossível de ser cumprida, daí derivando a incompatibilidade da multa”.

Evidentemente, impor ao provedor, ao *site* de busca, a exclusão, mais independentemente da indicação da *URL*, é uma *contradictio in terminis*.

Agora, a minha dúvida é a seguinte: como é que essas informações, todas, são postadas? Deve ter uma origem. Essa origem, então, é a tal *URL*.

Gostaria de aproveitar essa excelente oportunidade, pois temos que ouvir os eminentes Advogados, mas particularmente o Advogado da Google, que,

com muita propriedade técnica, também, expôs a maneira pela qual o *site* de busca trabalha, para indagar, com a permissão da eminente Relatora, se alguém, ao postar - aqui não é bem postar, porque é diferente daquela outra hipótese; aqui existem infinitas, múltiplas informações que estão aí em todo o universo -, esse *site* vai buscando, mas tem que ter uma origem, quer dizer, uma marca registrada, um ponto de origem.

Isso é possível, eminente Advogado?

ESCLARECIMENTOS (2)

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sim, porque tem que ter uma origem.

ESCLARECIMENTOS (4)

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Aí, então, essa pessoa teria que fazer uma pesquisa para saber de onde partiu aquilo.

ESCLARECIMENTOS (3)

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Neste caso específico, aqui, da conhecida apresentadora, e os memoriais trouxeram aqui exemplares, imagens do que foi divulgado, efetivamente isso tornado a público expõe a intimidade da pessoa.

Então, isso tem que ter uma origem.

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