

JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA TURMA

MEDIDA CAUTELAR Nº 683 — MG
(Registro nº 96.0079305-0)

Relator: *O Sr. Ministro José Delgado*

Requerente: *Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais*

Requerida: *Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda.*

Advogados: *Drs. Mauricio Bhering Andrade e outros, e José Luiz Matthes e outros*

EMENTA: *Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial. Tutela antecipada.*

- 1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial, via medida cautelar, só tem lugar em situações excepcionais quando a fumaça do bom direito e o periculum in mora são evidentes, aliados, ainda, a uma carga decisória do acórdão que extrapola visivelmente os limites impostos à interpretação do dispositivo legal aplicado.**
- 2. É impossível se emprestar efeito de execução definitiva ao se deferir pedido de antecipação de tutela.**
- 3. A antecipação de tutela com efeitos patrimoniais, em sede de ação declaratória, não se coaduna com os princípios regedores de tal entidade processual.**
- 4. É discutível a concessão de tutela antecipada, em sede de ação declaratória, para que determinado contribuinte fique desobrigado de recolher o ICMS em regime de substituição tributária.**
- 5. Medida Cautelar procedente para se emprestar efeito suspensivo a recurso especial.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros

da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar pro-

cedente a medida cautelar. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus Filho, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 17 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 01-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A presente medida cautelar, às fls. 189/190, mereceu, de modo adequado, o relato que transcrevo (fls. 189/190):

“I — Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais ajuíza Medida Cautelar Inominada objetivando seja concedido efeito suspensivo a recurso especial, interposto nos autos do Agravo de Instrumento nº 77.251-7, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que fora provido em favor de Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda., nos termos do voto do Desembargador Relator, **verbis**:

“Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho do MM. Juiz **a quo** que,

na ação declaratória de inexistência de obrigação de pagamento antecipado de ICMS proposta por Drogacenter Distribuidora de Medicamentos Ltda., negou o pedido de tutela antecipada, sob fundamento de não vislumbrar qualquer probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.

O Relator não concedeu a liminar, determinando a notificação da parte agravada para responder.

A agravada apresentou sua resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso. Na verdade, a regra contida no art. 273 do CPC para concessão da antecipação da tutela supõe a existência prévia de dano de difícil reparação ou a caracterização do abuso do direito de defesa.

Assim, o presente agravo visa tão-somente a antecipação da tutela, não sendo objeto de discussão, como quer a agravada, a existência ou não da substituição tributária.

O despacho atacado além de conciso é totalmente desfundamentado, não merecendo prosperar.

Com efeito, a agravante demonstrou que com a negativa da tutela antecipada está sofrendo danos de difícil reparação.

Realmente, tendo o fisco excluído do regime tributário impugnado determinadas empresas, estabeleceu uma concorrência desleal com as empresas que não gozam do privilégio do recolhimento do tributo.

A afirmação da agravada de que, através da ação de repetição de indébito, a agravante poderia ressarcir-se dos tributos que terá que antecipar, não atinge a essência do pedido que ataca a concorrência de mercado, em razão de ter a agravante de praticar preço acima das concorrentes, pois irá antecipar o pagamento do tributo.

Assim, estou convencido de que o quadro demonstrado pelo autor caracteriza risco iminente de dano irreparável, pois irá impedi-lo de competir no mercado em igualdade de condições com outras empresas, havendo prejuízo imensurável para a agravante.

Logo, existindo o perigo de dano, bem como **periculum in mora** que atingiria a possibilidade da livre concorrência, dou provimento ao agravo para, cassando a decisão hostilizada, conceder antecipadamente a tutela pretendida pelo agravante para que recolha o ICMS por apuração não cumulativa de créditos e débitos pelo valor real da venda, quando realizada; até o julgamento final da lide principal” (fls. 141/143).

II — **In casu**, não vislumbro presentes os indispensáveis requisitos para concessão da cautelar. Indemonstrada restou a ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação a recomendar a concessão do efeito suspensivo ao recurso de que trata a inicial.

Ademais, pende o recurso especial do juízo de admissibilidade do juízo **a quo**.

III — Indefiro, pois, o pedido de liminar.”

A parte requerida, embora citada, não contestou.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A medida cautelar em debate visa emprestar efeito suspensivo a recurso especial tirado contra acórdão que concedeu tutela antecipada a empresa que comercializa produtos farmacêuticos, para o fim de não pagar ICMS em regime de substituição tributária, até o final da demanda.

O acórdão recorrido está posto nos fundamentos que exponho (fls. 141/143):

“Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra despacho do MM. Juiz **a quo** que, na ação declaratória de inexistência de obrigação de pagamento antecipado de ICMS proposta por Drogacem-

ter Distribuidora de Medicamentos Ltda., negou o pedido de tutela antecipada, sob fundamento de não vislumbrar qualquer probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. O Relator não concedeu a liminar, determinando a notificação da parte agravada para responder.

A agravada apresentou sua resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

Na verdade, a regra contida no art. 273 do CPC para concessão da antecipação da tutela supõe a existência prévia de dano de difícil reparação ou a caracterização do abuso do direito de defesa.

Assim, o presente agravo visa tão-somente a antecipação da tutela, não sendo objeto de discussão, como quer a agravada, a existência ou não da substituição tributária.

O despacho atacado, além de conciso, é totalmente desfundamentado, não merecendo prosperar.

Com efeito, a agravante demonstrou que com a negativa da tutela antecipada está sofrendo danos de difícil reparação.

Realmente, tendo o fisco excluído do regime tributário impugnado determinadas empresas, estabeleceu uma concorrência desleal com as empresas que não gozam do privilégio do recolhimento do tributo.

A afirmação da agravada de que, através da ação de repetição de indébito, a agravante poderia ressarcir-se dos tributos que terá que antecipar, não atinge a essência do pedido que ataca a concorrência de mercado, em razão de ter a agravante de praticar preço acima das concorrentes, pois irá antecipar o pagamento do tributo.

Assim, estou convencido de que o quadro demonstrado pelo autor caracteriza risco iminente de dano irreparável, pois irá impedir-lo de competir no mercado em igualdade de condições com outras empresas, havendo prejuízo imensurável para a agravante.

Logo, existindo o perigo de dano, bem como o **periculum in mora** que atingiria a possibilidade da livre concorrência, dou provimento ao agravo para, cassando a decisão hostilizada, conceder antecipadamente a tutela pretendida pelo agravante para que recolha o ICMS por apuração não cumulativa de créditos e débitos pelo valor real da venda, quando realizada; até o julgamento final da lide principal.

Custas **ex lege**.”

A concessão de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial tem sido adotada, de modo excepcional, pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça só quando se apresentam, de modo inconfundível, os pressupostos do **periculum in mora** e do **fumus boni juris**.

Na espécie, a empresa contribuinte pretende, via ação declaratória, formular, em sua petição inicial, o seguinte pedido (fl. 306):

“Ao final, contestada ou não a ação, seja a mesma julgada procedente para se reconhecer a inexistência de obrigação da Autora, para com a Fazenda mineira, em recolher, de forma antecipada, sobre valor estimado pelo fisco e sobre as mercadorias em estoque, o ICMS incidente sobre suas operações de revenda dos produtos que comercializa, descritos no item 1 retro, e, para declarar seu direito de recolher o ICMS de forma não cumulativa, se creditando dos valores de compras sobre as quais, na operação precedente, incidiu e foi cobrado o ICMS, recolhendo o tributo só quando ocorrida a venda a seus clientes e pelo valor real da venda, liberando-se ainda, do ônus de figurar como substituta tributária de seus clientes (contribuintes mineiros).”

O tema substituição tributária para frente do ICMS, após alongadas discussões, tem assentamento pacífico, hoje, no seio das Turmas deste Tribunal.

Tratando-se, porém, de se examinar, tão-somente, a existência ou não dos pressupostos para a medida cautelar, nenhum pronunciamento, com carga decisória, deve ser feito, nesta oportunidade, a respeito.

Entendo, apenas, que a tutela antecipada, no caso em exame, deve

merecer melhor análise e não produzir, desde logo, os efeitos que foram determinados pelo acórdão recorrido.

Há de se ter em consideração, apenas como reflexões influenciadoras para a decisão em sede de cautelar, os fundamentos desenvolvidos pelo Estado recorrente, fls. 249/272, que os transcrevo:

“Com a devida vênia, a decisão do TJMG acabou por ignorar o fato de o tributo, no caso, ICMS, ser uma obrigação *ex lege* e não, repita-se, uma vantagem comparativa mercadologicamente considerada, ao ponto de se pedir ao Poder Judiciário que pratique uma exoneração ilimitada, que englobaria todos os fornecedores e clientes de determinado contribuinte, caracterizando-se, assim, um verdadeiro salvo-conduto tributário.

Aliás, no presente caso, a decisão do TJMG, proferida em agravo de instrumento contra denegação da antecipação de tutela pleiteada em ação declaratória, está a possibilitar à recorrida o não pagamento de ICMS por substituição tributária nas aquisições e revenda de medicamentos, sem que as operações fossem identificadas, desrespeitou o previsto no artigo 4º, inciso I do CPC que apenas prevê a possibilidade de prestação jurisdicional declaratória no que se refira à relação jurídica concreta.

Não identificadas as operações em relação às quais se pediu a

antecipação da tutela, o pedido se revela juridicamente impossível, na medida em que a recorrida — Autora na ação declaratória, documento de fls. *em sua inicial, não logrou, como lhe competia, precisamente indicar as operações em relação às quais pretende a prestação jurisdicional, limitando-se, genericamente, a tecer considerações sobre tais operações, repita-se, não identificadas.*

Não há nos autos a perfeita identificação dos produtos cuja incidência de ICMS se pretende evitada.

Nem, tampouco, a identificação das operações que seriam abrangidas pelo presente pleito. A indicação é genérica, ou seja, toda aquisição e revenda eventualmente ocorrida.

Desta maneira, a eventual procedência do pedido, como *proposto na inicial*, o que se admite apenas sob o color de epítrope, equivaleria à concessão de um *salvo-conduto tributário, com efeitos normativos para a tutela jurisdicional pleiteada, o que é vedado pela sistemática processual brasileira.*

Desta forma, a decisão recorrida contrariou o determinado no inciso I do artigo 4º do CPC, justamente por não terem sido indicadas as operações em relação às quais a tutela foi solicitada. É que, no caso, inclusive como já alegado pela Recorrente nestes autos, a prestação jurisdicional

só seria possível em relação a relações jurídicas concretas e perfeitamente identificáveis e identificadas. Não havendo qualquer identificação nos autos, impossível, sob o ponto de vista jurídico-processual, a concessão da antecipação de tutela pleiteada (se a tutela pretendida é impossível, também a antecipação de seus efeitos o é).

Mas não é só.

A devolução automática do ICMS pago por substituição tributária prevista na já vigente Lei Complementar 87/96 e a desnecessidade da antecipação da tutela pretendida.

A decisão Recorrida também logrou contrariar o determinado no parágrafo 1º do artigo 10 da Lei Complementar 87/96.

A Recorrida tenta justificar a antecipação de tutela pretendida com base no alegado prejuízo que teria pela eventual demora na restituição do ICMS nas hipóteses de recolhimento a maior do mesmo imposto.

Ocorre que pelo disposto no artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96, tem-se que:

“Art. 10 — É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

Parágrafo 1º — *Formalizado o pedido de restituição e não ha-*

sendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo” (ênfase suprida).

Diante da “restituição automática” prevista no artigo 10 da Lei Complementar 87/96, verifica-se, de início, a desnecessidade da antecipação de tutela pretendida pela Recorrida.

*Inexistência do **periculum in mora** para a antecipação de tutela requerida pela recorrida.*

A decisão recorrida também contrariou o disposto no artigo 273, inciso I do CPC, que *condiciona a concessão da antecipação da tutela, verbis:*

“Art. 273 — (...)

I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ...”

In casu inexistente tal requisito na medida em que, dentre outras razões, pela Lei Complementar 87/96 a restituição do ICMS *disputado (substituição tributária) é automática em 90 (noventa) dias, mediante escrituração direta do respectivo crédito pelo contribuinte em sua escrita fiscal.*

Por outro lado, o **periculum in mora** é a idoneidade do fato natural ou voluntário para ocasionar o sacrifício de um interesse.

A sentença ou a medida executiva, quando acontecer, deve encontrar um campo prático de perfeita e completa eficácia, e não um campo de nenhuma utilidade prática. Esse risco deve ser:

- a) fundado e objetivo;
- b) relacionado com um dano próximo;
- c) dano que seja grave e de difícil reparação, no plano objetivo e subjetivo.

Com a devida vênia, nenhum desses pressupostos se acha presente na antecipação de tutela pretendida pela Recorrida.

Com a mencionada Lei Complementar 87/96 a restituição é automática decorridos os noventa dias.

Não se há falar, então em “dano irreparável ou de difícil reparação.”

Por outro lado, dada a presunção de solvabilidade do Estado-Membro, não é lícito presumir que a reparação não se dê nos moldes preconizados na citada Lei Complementar 87/96 acima transcrita, no que agora nos interessa — restituição automática decorridos, repita-se, 90 (noventa) dias.

Aliás, o contrário é que é teoricamente possível porquanto não há, quanto à recorrida, qualquer garantia que a mesma não se torne, no futuro, insolvente, situação que tornaria inviável o recolhimento do imposto devido após a decisão final de sua ação declaratória.

Mas ainda, a decisão Recorrida também contrariou o disposto no parágrafo 2º do artigo 273 do CPC, que determina:

“Art. 273 — (...)”

Parágrafo 2º — Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

(...)”.

“É que nenhuma caução ofereceu a recorrida quanto ao não pagamento do imposto disputado, situação que coloca em risco a própria efetividade do crédito tributário.

Saliente-se, ainda, que com a antecipação de tutela, a recorrida passa a não mais ter qualquer interesse efetivo no andamento do feito, na medida em que este poderá lhe ser desfavorável (o andamento com julgamento final do feito).

Sendo, ainda, a antecipação de tutela um novo instituto processual, até que se tenha uma jurisprudência específica, é lícito aplicar-se-lhe a jurisprudência concernente às medidas cautelares, onde temos que:

“A medida cautelar é processo preparatório do processo principal, não sendo lícito seu ajuizamento com a finalidade de substituir o segundo.” (TFR 2ª Turma, Ag. 52.469-RS, Rel. Min. William Patterson, j. 10.4.87, DJU 18.6.87, pág. 12.2810).

“O processo cautelar não é meio e modo de se conseguir, quase que furtivamente, a tutela de uma pretensão de direito substancial, que há de encontrar sua definição no processo próprio e final. Sua função, acessória, auxiliar e instrumental deste último, é garantir-lhe a eficácia, posta em risco pela dilação temporal.” (RF 310/161).

“Assim, não pode a medida cautelar antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal, pois isso equivaleria a dar-lhe o caráter de execução provisória de uma sentença que não existe.” (RJTJESP 97/198).

“Salvo casos expressos em lei, não cabe medida cautelar com efeito satisfativo, isto é, como supedâneo de ação principal.” (RJTJESP 126/174).

Inexistência do fumus boni iuris na antecipação de tutela pretendida pela recorrida.

O referido pressuposto vem a ser a plausibilidade do direito. O juiz faz um exame de probabilidade, de verossimilhança, de possibilidade de um processo principal com êxito.

A Recorrida pretende o não pagamento do ICMS sob o regime de substituição tributária sobre medicamentos.

A matéria, a seu turno, como demonstra a jurisprudência do próprio STJ, não autoriza a tutela antecipada.

A questão normalmente alegada de falta de Lei Complementar para a instituição da substituição tributária já está, inclusive, superada com a edição da Lei Complementar 87/96.

De qualquer forma, sobre a matéria, a seguinte é a posição do STJ:

Ementa: Embargos de divergência. Tributário. ICMS. Venda de veículos automotores. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária. Convênios 66/88 e 107/89. Legitimidade da exigência. Votos vencidos.

Não obstante a controvérsia existente em torno do tema, considerando legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, na venda de veículos automotores, pelo chamado regime de substituição tributária. Embargos de divergência recebidos, por maioria de votos. (Recurso Especial nº 33.465-7-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 20.06.95. Embgte. — Fazenda do Estado de São Paulo — Embda. — Paulivel Veículos Ltda., DJU 09.10.95, pág. 33.508).

Com igual decisão os *Embargos de Divergência nos Recursos Especiais* 34.781-3-SP — Embte. — Fazenda do Estado de São Paulo; Embgda. — Tec Auto Ltda.; 35.715-0-SP — Embgte. — Faz. Est. de S. Paulo; Embgda. — Pirituba Veículos Ltda.; 35.802-

SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Litoral Distribuidora de Veículos Ltda. — 36.337-1-SP, Embte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Udivel Distribuidora de Veículos Ltda.; 38.428-0-SP, Embgte. — Faz. Púb. S. Paulo; Embgda. — Cecorama Veículos e Peças Ltda., 38.911-7-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Guará Motor S/A; 44.696-0-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Mari Auto S/A; 47.376-2-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Davel Distribuidora Assis de Veículos Ltda.; 48.083-1-SP; Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Moocauto Veículos Ltda.; 49.539-1-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Vila Prudente Automóveis Ltda.; 50.617-2-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Mercovel Mercantil Comercial de Veículos Ltda.; 51.806-5-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Ortovel Veículos Ltda.; 53.301-3-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embda. — Nordeste Veículos da Paraíba Ltda.; 53.454-0-SP, Embte. — Faz. Est. S. Paulo; Embda. — Catalina Veículos Ltda. e 56.666-3-SP, Embte. — Faz. Est. S. Paulo; Embgda. — Rossafa Veículos Ltda. Todos com julgamento em 20.06.95, com publicação da ementa oficial no DJU em 09.10.95, págs. 33.508 a 33.511, Min. Rel. Hélio Mosimann.

Outra ementa referente ao mesmo tema com publicação no mesmo DJU em 09.10.95 tem a seguinte decisão:

“Ementa: Tributário. ICMS. Revenda de veículos automotores. Substituição tributária para frente. Legalidade.

I — Não é ilegal a exigência do ICMS, incidente na revenda de veículos pela concessionária;

II — A legislação infraconstitucional, atinente à chamada “substituição tributária para frente”, continua em vigor, hoje com endosso da Emenda Constitucional nº 3/93.

III — Constituição, art. 155, par. 2º, XII, b, E.C. nº 3/93. Decreto-lei nº 406/68. Lei Complementar nº 44/83. Código Tributário Nacional, art. 128, Convênio 66/88.

IV — Embargos de divergência conhecidos e recebidos. (Recurso Especial nº 43.541-0-SP, Ministro-Relator Antônio de Pádua Ribeiro. Embgte. — Fazenda do Estado de São Paulo; Embgda. — Amantini Veículos e Peças Ltda., j. 20.06.95, DJU 09.10.95, pág. 33.509).”

No mesmo sentido os embargos de divergência opostos nos Recursos Especiais ns. 50.013-1-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo. Embgda. — Ouricar Ourinhos Veículos Ltda.; 56.049-5-SP, Embgda. — Faz. Est. São Paulo, Embda. — Jaú Veículos Ltda. e 39.413-SP, Embgte. — Faz. Est. S. Paulo; Embda. — Itaim Veículos e Motores Ltda. (todos com publicação no DJU 09.10.95, págs. 33.509 a 33.511, Min.-Rel. Antônio de Pádua Ribeiro).

Outra decisão da mesma Seção no que se refere ao tema substituição tributária está nos embargos de divergência opostos no Recurso Especial nº 45.923-9-RS, Relator foi o Ministro Milton Luiz Pereira, decisão publicada no DJU de 11.09.95, pág. 28.773, Embgte. — Barichelo Automóveis Ltda., Embgdo. — Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a que se segue:

“Ementa: Tributário — ICMS — Cobrança antecipada — Veículos automotores — Convênios 66/88 e 107/89 — Decreto-Lei nº 406/68 — ADCT, art. 34, par. 8º — Precedentes STJ.

— A exigência da antecipação do ICMS, na venda de veículos automotores, não se reveste de ilegalidade ou abusividade.

— O Decreto-Lei nº 406/68, recepcionado na Nova Carta, alterado pela Lei Complementar nº 44/83 e o art. 128 Código Tributário Nacional, que se complementam, consagram a regra da substituição tributária.

— Embargos rejeitados. Prevalência da orientação preconizada pela Eg. 2ª Turma.”

Ainda no que se refere à legalidade da cobrança do ICMS pelo regime de substituição tributária, de acordo com as ementas, temos que:

“Ementa: Tributário — Recurso em mandado de segurança

— ICMS. Cobrança antecipada. Legalidade. Convênios interestaduais, Decretos 6.465/89, 7.004/90 e 7.187 do Estado do Paraná, LC n.º 44/83, DL. 406 e artigo 128/ Código Tributário Nacional. Precedentes.

1. A exigência da antecipação do ICMS, na venda de veículos automotores, não se reveste de ilegalidade ou abusividade.

2. O Decreto-Lei n.º 406/68, alterado pela LC 44/83, e o art. 128/Código Tributário Nacional, que se complementam, consagram a regra da substituição tributária.

3. Não discrepa deste entendimento orientação traçada em decisões do STF.

4. Os Convênios 107/89 e 08/90 entre os Estados de São Paulo e Paraná foram ratificados por decretos específicos deste último quanto à cobrança antecipada do ICMS, nela se inserindo a comercialização de veículos.

5. Essa modalidade de cobrança do tributo não se assemelha ao empréstimo compulsório.

6. Recurso improvido. (Recurso em Mandado de Segurança n.º 1.562-0-Paraná — Ac. un. 2ª T. Ministro-Relator Peçanha Martins — Recte. — Maracajú Veículos S/A — Recdo. — Estado do Paraná — publicado no DJU de 17.12.92, pág. 24.232.)”

Também no mesmo sentido a decisão proferida no Recurso Especial n.º 54.662-1 de São Paulo, publicado no DJU de 21 de novembro de 1994, pág. 31.760, cujo Ministro-Relator foi José de Jesus Filho, Recte. — Distribuidora de Veículos Imigrantes Ltda., Recda. — Fazenda do Estado de São Paulo, que contém a seguinte ementa:

“Ementa: ICMS. Veículos. Substituição tributária. Sujeitos passivos. Fato gerador. Ocorrência.

I — São sujeitos passivos por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador do serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas das mercadorias ou prestações de serviços.

II — Conforme já decidiu esta Corte, “com o pagamento antecipado não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. O momento da incidência da lei não se confunde com a cobrança do tributo. O fato gerador do ICM é a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.”

Precedentes.

III — Recurso não conhecido, no âmbito desta Corte.”

Na mesma 2ª Turma do STJ colhem-se as seguintes decisões:

“Ementa: Tributário — ICMS — Veículos — Cobrança antecipada — Substituição tributária — Fato gerador — Ocorrência — Convênios ICMS 66/88 e 107/89.

— A exigência da antecipação do ICMS, na venda de veículos automotores não se reveste de ilegalidade ou abusividade.

— O Decreto-Lei nº 406/68, alterado pela Lei Complementar 44/83 e o art. 128 do Código Tributário Nacional, que se complementam consagram a regra da substituição tributária.

— Conforme já decidiu esta Corte, “com o pagamento antecipado não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. O momento da incidência da lei não se confunde com a cobrança do tributo. O fato gerador é a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

— Não discrepa deste entendimento orientação traçada em decisões do STF.

— Recurso provido. (ac. un. Rec. Esp. 35.534-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, Recte. Faz. Est. S. Paulo; Recda. Afonso Distribuidora de Veículos Ltda., DJU 25.09.95, pág. 31.095).

“Ementa: Tributário — ICMS — Cobrança antecipada — Veículos automotores — Convênios 66/88 e 107/89 — Decreto-Lei 406/68 — ADCT, art. 34, par. 8º.

— A exigência da antecipação do ICMS, na venda de veículos automotores, não se reveste de ilegalidade ou abusividade.

— O Decreto-Lei nº 406/68, recepcionado na nova Carta, alterado pela Lei Complementar 44/83 e o art. 128 Código Tributário Nacional, que se complementam, consagram a regra da substituição tributária.

— Recurso não conhecido (ac. un. Rec. Esp. n. 27.899-9-SC, Rel. Min. Peçanha Martins, Recte. — Someval Sociedade Mercantil de Veículos Automotores Ltda. Recda. — Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina, DJU — 27.03.95).”

De igual teor a ementa publicada no DJU de 21.03.94, pág. 5.472, mesmo Min.-Rel., Rec. Esp. n. 39.479-1-SP, ac. un. da 2ª Turma.

Ainda sobre o tema, decisões da mesma 1ª Turma Julgadora do STJ, como é o caso do Recurso Especial n. 65.671-0-MG, Recorrente — Sanvel-Sanguinetti Veículos Ltda., Recda. — Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, publicado, recentemente, no DJU de 04.09.95, pág. 27.808, cujo relator foi o Ministro Garcia Vieira, cuja ementa é a que se segue:

“Ementa: ICMS. Regime de substituição tributária. Pagamento antecipado. Fato gerador. Incidência.

O pagamento antecipado não interfere no fato gerador, posto ser inconfundível o momento da incidência com a cobrança, que é a última fase concreta.

Recurso improvido.”

Até mesmo no que se refere ao tema trazido pela Recorrida — *substituição tributária em operações com medicamentos* —, convém salientar, que a mesma já foi submetida à apreciação da *Colenda Primeira Turma deste Egrégio Tribunal*, que tem a seguinte ementa:

“*Ementa: ICMS. Base de cálculo. Sistema de substituição tributária.*”

Após o advento da citada Lei Complementar n. 44/83 ficou estabelecido que, quando for atribuída a condição de responsável tributário ao comerciante atacadista, relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, a base de cálculo será o valor da operação promovida pelo responsável tributário, acrescido da margem de lucro atribuída ao revendedor, quando se tratar de mercadorias com preço de venda ou único, fixado pelo fabricante ou pela autoridade competente. Legítima a exigência antecipada do ICMS.

Recurso improvido.” (Recurso em Mandado de Segurança n. 213-0. Recorrente: Distribuidora Paulista de Medicamen-

tos Ltda., Recorrido: Estado do Maranhão, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJU 28.02.94, pág. 2.867).”

Saliente-se que se tratou de decisão unânime, onde o eminente Ministro-Relator Garcia Vieira era acompanhado pelos não menos ilustres Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, ausente, justificadamente, o douto Ministro Cesar Asfor Rocha.

Do voto exarado pelo ilustre Ministro-Relator realçamos:

“O regime de substituição tributária (artigo 128 do Código Tributário Nacional) é previsto pela própria Constituição Federal (art. 155, inciso XII, letra b), nas leis e convênios firmados pelos Estados, com base no artigo 34, parágrafos 3º e 8º do ADCT. O Convênio n. 66/88, artigo 25, inciso I autoriza a edição de lei atribuindo a condição de substituto tributário ao comerciante pelo pagamento do imposto devido na operação anterior. Este Convênio que tem força de lei complementar (ADCT, artigo 34, parágrafo 8º), autorizou os Estados a “exigir o pagamento antecipado do imposto”, e, por isso não é ilegal, nem inconstitucional a lei estadual que autoriza tal antecipação. Nesse sentido o Recurso Especial n. 9.587-SP de 10.06.91, Relator Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, hoje membro da Excel-

sa Corte. O Colendo Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários ns. 108.104, DJ de 14/08/87 e 107.104-0, DJ de 14.08.84, em casos de mercadorias destinadas a outros Estados, entendeu ser legítimo o pagamento antecipado do ICM, previsto na legislação estadual.

...

Escorados nos amplos poderes a eles concedidos pelo artigo 34, parágrafos 3º e 8º do ADCT, os Estados têm competência legislativa plena (artigo 6º do Código Tributário Nacional) e podem estabelecer o pagamento antecipado do ICM. Este Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.562-0-PR, DJ de 17.12.92 e no Recurso Especial n. 34.353-0-SP, decidiu não ser ilegal a cobrança antecipada do ICMS na venda de veículos automotores. O primeiro é da Segunda Turma e o último da Primeira. Como se vê, ambas as Turmas da Egrégia Primeira Seção já firmaram entendimento de ser legal a exigência antecipada do ICMS.”

Também o Eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo, neste mesmo julgamento, cuja matéria, repita-se, é a mesma do presente feito (substituição tributária que envolve operações com medicamentos) assim se pronunciou:

“... A impetrante é atacadista de produtos farmacêuticos, e a

responsabilidade tributária, na hipótese, por substituição, é aquela disciplinada no artigo 2º, par. 9º, do Decreto-Lei n. 406/68, com a redação que lhe atribui a Lei Complementar n. 44/83. Dispõe o referido par. 9º:

“Quando for atribuída a condição de responsável, ao industrial, ao comerciante atacadista ou ao produtor, relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, a base de cálculo do imposto será:

a) o valor da operação promovida pelo responsável acrescido da margem estimada de lucro do comerciante varejista obtida mediante aplicação de percentual fixado em lei sobre aquele valor;

b) o valor da operação promovida pelo responsável acrescido da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadoria com preço de venda, máximo ou único, marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente.”

... O sistema de antecipação, no caso do comerciante atacadista, tem amparo em Lei Complementar Federal, que sobre ele trata especificamente (Decreto-Lei n. 406 e Lei Complementar n. 44/83).”

Impossibilidade jurídica da antecipação de tutela para suspensão do crédito tributário.

A decisão Recorrida logrou contrariar, outrossim, o disposto no artigo 151 do Código Tributário Nacional que, como Lei de eficácia Complementar, prevê os casos de suspensão do crédito tributário, não sendo, neste particular, passível de revogação, derrogação ou modificação pelo artigo 273 do CPC — lei ordinária federal, em respeito ao princípio da hierarquia das leis.

É que a antecipação de tutela está prevista no artigo 273 do CPC, Lei Ordinária Federal.

A seu turno o Código Tributário Nacional, Lei recepcionada pela Constituição Federal como Lei Complementar, determina, expressamente, em seu artigo 151 o seguinte:

“Art. 151 — Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I — a moratória;

II — o depósito em seu montante integral;

III — as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV — a concessão de medida liminar em mandado de segurança.”

Portanto, sendo o CTN norma de eficácia complementar, não podem ser alteradas as hipóteses de suspensão do crédito tributário para inclusão, em tais casos, da antecipação de tutela prevista no CPC — Lei hierarquicamente inferior.

Daí, também, a impossibilidade da antecipação de tutela disputada.

Por tais motivos é que a decisão Recorrida está a merecer reforma, via a admissão e provimento do presente recurso especial, como se lhes requer a seguir.”

É de ser lembrado, ainda, que a antecipação da tutela não permite execução definitiva, conforme bem expressa o parágrafo 3º, do art. 273, do CPC.

Na hipótese, o acórdão recorrido, nos termos em que concedeu a tutela antecipada, está determinando a sua execução definitiva.

Postas tais considerações, julgo procedente o pedido cautelar e em-presto efeito suspensivo ao recurso especial. Determino que sejam feitas, de imediato, as comunicações de estilo. Honorários de 10%.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.662 — RS
(Registro nº 96.0059484-8)

Relator: *O Sr. Ministro José Delgado*

Recorrente: *Sindicado dos Servidores da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul — Sindicaixa*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*

Impetrado: *Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Jorge Santos Buchabqui e outros, e Márcia Bellini Freitas e outros*

EMENTA: *Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Atos interna corporis das Assembléias Legislativas.*

1. As fases de tramitação dos projetos legislativos (Emenda Constitucional) são consideradas como atos interna corporis praticados pelo Poder Legislativo, pelo que insuscetíveis, em tese, de controle pelo Poder Judiciário.

2. Em regra, tais atos não ferem direito líquido e certo dos cidadãos, nem de órgãos de classe.

3. Mandado de Segurança denegado. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus Filho e Milton Luiz Pereira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 26 de junho de 1997 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 01-09-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O parecer de fls. 277/279 relata, com fidelidade aos fatos, os atos processuais iniciais:

“Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, contra ato do Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, Deputado José Otávio Germano.

Narra o impetrante que, no dia 30/06/95, o Exmo. Sr. Governador do Estado oficiou convocando a Assembléia Legislativa do Estado para um período extraordinário de sessões, invocando o art. 50, § 1º, inc. I, da Constituição Estadual, para o período compreendido entre 10 e 15 de julho p.p., definindo, ainda, as matérias que seriam apreciadas, colocando entre elas Emendas à Constituição Estadual.

Em novo ofício, datado de 03/07/95, o Chefe do Executivo incluiu na pauta de Convocação diversos Projetos, entre os quais dois de Emendas Constitucionais.

Segundo alega o impetrante, não houve, de parte do Poder Legislativo, observância dos ritos de tramitação, exigidos tanto pela Constituição Federal quanto pela Carta Estadual e, ainda, pelo próprio Regimento Interno da Assembléia Legislativa, que no art. 196 determina que a proposta de Emenda deve ficar sobre a mesa durante dez sessões ordinárias, razão pela qual em verdade seria sua tramitação em período de Convocação Extraordinária.

Requeru, liminarmente, a suspensão da vigência das citadas emendas constitucionais, já

aprovadas e promulgadas. O pedido foi deixado para ser analisado após serem prestadas as informações.

A autoridade apontada como coatora prestou informações com documentos, às fls. 104/271.

Em face da conexão, com Mandado de Segurança impetrado pelo CPERS, com idêntico objeto litigioso, o feito foi redistribuído.

O eminente Relator, fundado na decisão que não concedera a liminar na ação mandamental ajuizada pelo CPERS, indeferiu a liminar pleiteada.”

O acórdão recorrido denegou a segurança sob o fundamento de que não há direito líquido e certo a ser protegido contra ato **interna corporis** praticado pela Assembléia Legislativa ao aprovar Emenda Constitucional.

O Sindicato recorrente, em sua peça recursal, afirma (fls. 308/310):

“No caso dos autos há prova mais do que inequívoca de que as matérias reguladas pelas Emendas à Constituição Estadual, ao instituírem contribuição descontada dos estípidios, para fins de aposentadoria, e, ainda, afastando da responsabilidade do Tesouro do Estado o pagamento dos proventos, incidiram sobre interesses dos associados da Entidade impetrante e que a sua tramitação, na forma processada pela Presidência da Assembléia, ofendia o regramento do processo legislativo, especialmente por se

tratar de alteração de texto constitucional.

Na defesa dos interesses de seus associados (letra **b**, inciso LXX, art. 5º da Constituição Federal) o SINDICAIXA impetrou o Mandado de Segurança para que fosse garantido o *direito líquido e certo, que em verdade é de todos os cidadãos, de que o Parlamento Estadual, representado na pessoa de seu Presidente, obedeça aos ritos do processo legislativo, especialmente no caso em matéria que atinge vantagens funcionais.*

Direitos individuais homogêneos e coletivos estavam em jogo e a garantia da devida obediência ao rito do processo legislativo não se apresentava, como pode parecer, como mera formalidade. O Estado de Direito Democrático, em suas garantias fundamentais, se concretiza em situações exatamente como esta que representam “direito líquido e certo” dos cidadãos passíveis de defesa através do remédio jurídico processual que é o Mandado de Segurança.”

Foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O recurso não merece provimento.

Esta Turma julgou no RMS nº 7.313/RS, da relatoria do eminente

Ministro Humberto Gomes de Barros, matéria idêntica. Ao voto condutor do acórdão, cujo teor transcrevo, dou meu apoio:

“A moderna ciência política conceitua a liberdade, como a situação em que os homens estejam subordinados a regras jurídicas de cuja elaboração participaram e para cuja reforma estão aptos a contribuir. (Cf. **Dalmo de Abreu Dallari** — O Renascer do Direito — Ed. J. Bushatky — 1976 — pág. 60)

Ora, somente é possível afirmar que o cidadão atuou na formação de determinado dispositivo legal, quando tal preceito gerou-se, no seio do Poder Legislativo, em obediência ao processo legislativo traçado na Constituição e normas que a regulamentam.

Não é à toa que a Constituição Federal dedica uma Seção inteira ao Processo Legislativo (arts. 59 a 69).

O princípio do *due process of law* estende-se à gênese da lei.

Uma lei malformada, vítima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar. Qualquer ato praticado à sombra dela, expor-se-á ao controle judicial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta do controle judicial os atos **interna corporis** das casas legislativas deve ser encarada à luz dos esclarecimentos contidos no primo-

roso voto do eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento do MS 21.374:

“**Interna corporis** são só aquelas questões ou assuntos que entejam direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação de Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças, etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de Regimento, constituição de Comissões, organização de Serviços Auxiliares, etc.) e a valoração das votações.

Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si só, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para o seu cometimento.

.....

Nesta ordem de idéias, conclui-se que é lícito ao judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar-se se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais no seus alegados **interna corporis**, detendo-se, entretanto, no vestibulo das formalidades, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é ao mesmo tempo destinatária e juiz supremo de sua prática.

Nem se compreenderia que o órgão incumbido de elaborar a lei dispusesse do privilégio de desrespeitá-la impunemente, desde que o fizesse no recesso da corporação. Os **interna corporis** só são da exclusiva apreciação das Câmaras naquilo que entendem com as regras ou disposições de seu funcionamento e de suas prerrogativas institucionais, atribuídas por lei.

É de registrar — ainda que estas observações sejam inaplicáveis ao caso presente — que a infração a norma do Regimento Interno, que não possua extração constitucional, pode revelar-se passível de controle pelo Judiciário, desde que o exercício abusivo do poder pelo Presidente da Casa legislativa implique a nulificação de direitos conferidos aos parlamentares pelo próprio texto da Lei Fundamental, como o de oferecer emendas às proposições normativas (CF, art. 65, parágrafo único: art. 166, § 3º) ou o de recorrer, ainda que

coletivamente, da deliberação das comissões legislativas tomada na forma do art. 58, § 2º, I, da Carta Política.

Os atos **interna corporis** — não obstante abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial — não podem ser invocados, com essa qualidade e sob esse color, para justificar a ofensa ao direito público subjetivo que os congressistas titularizam e que lhes confere a prerrogativa institucional à devida observância, pelo órgão a que pertencem, das normas constitucionais e regimentais pertinentes ao processo de atuação da instituição parlamentar.

É preciso reconhecer neste ponto — consoante advertiu o saudoso Min. Luiz Gallotti em julgamento neste Supremo Tribunal (v. **Arnoldo Wald**, “O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência”, tomo II/889 — que

“Desde que se recorre ao Judiciário alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado. Eximir-se comodamente com a escusa de tratar-se de ato político, seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, máxime após ter ela inscrito entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do

poder judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Não obstante o caráter político dos atos **interna corporis**, é essencial proclamar que a discricção dos corpos legislativos não pode exercer-se — conforme adverte **Castro Nunes** (“Do Mandado de Segurança”, pág. 223, 5ª ed.) — nem “...fora dos limites constitucionais ou legais”, nem “...ultrapassar as raias que condicionem o exercício legítimo do poder”.

Lapidar, sob este aspecto, o magistério, erudito e irrepreensível, de **Pedro Lessa** (Do Poder Judiciário, pág. 65), **verbis**:

“Numa palavra: a violação das garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas não é imune à ação dos tribunais. A estes sempre cabe verificar se a atribuição política abrange nos seus limites a faculdade exercida. Enquanto não transpõe os limites das suas atribuições, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam à competência do poder judiciário. Desde que ultrapassa a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda eficácia jurídica.” (RTJ 144/494)

Como se percebe, ofensas ao processo legislativo não traduzem atos internos do Poder Legislativo. Seu controle pelo Judiciário é possível e imperativo.

Imagine-se uma lei complementar aprovada por maioria simples. Estaria o Judiciário impedido de declarar a nulidade de seus dispositivos? — Evidentemente, não!

Quanto à possibilidade de examinar-se, em processo de Mandado de Segurança, a constitucionalidade de Lei, esta Turma já se pronunciou, nestes termos:

“I — Na ação de Mandado de Segurança, o Judiciário aprecia, diretamente, a qualidade jurídica do ato que agride a pretensão do Impetrante. A legalidade ou constitucionalidade da norma em que este se fomenta, pode ser objeto de declaração incidente.

II — É defeso condicionar-se o conhecimento de recurso administrativo ao pagamento da multa contra a qual se recorre. Recolhida a multa, o socorro à autoridade superior perde o caráter de recurso, para ganhar contornos de ação rescisória.” (RMS 4.780-6/SE)

Tenho, assim, como improcedente o primeiro fundamento do Acórdão.

O Apelo, contudo, não merece provimento.

É que — como se registrou no Acórdão — as alterações operadas no texto da Constituição estadual criaram normas sem eficácia imediata, a reclamarem regulamentação. Por isto, não podem atingir direito individual. Não existe, pois, direito líquido e certo a ser garantido através Mandado de Segurança.

Nego provimento ao recurso.”

Acrescento, também, as judiciosas razões do parecer apresentado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Moacir Guimarães Morais Filho, assim postas:

“Questiona-se o ato do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, por não ter observado no processo legislativo de elaboração de emendas à Constituição Estadual, o ritual estabelecido na carta política do Estado do Rio Grande do Sul e no Regimento Interno da Assembléia Legislativa Estadual, no que respeita a convocação extraordinária desta pelo Governador do Estado.

É importante também o controle jurisdicional da observância do processo legislativo, inclusive o de constitucionalidade, mesmo que a violação de preceito constitucional seja de caráter meramente formal, porque poderá redundar em inconstitucionalidade e, por conseguinte, em nulidade do ato violador da norma consti-

tucional, atendendo ao que dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da CF/88.

Importa saber, em primeiro lugar, se o Judiciário pode apreciar questão pertinente a atos regimentais **interna corporis** referente ao processo legislativo de elaboração de emendas à Constituição do Estado.

A observância de preceitos regimentais, a nosso ver, parece não ser tão rigorosa quanto o respeito aos preceitos legais, especialmente os de ordem constitucional, no processo legislativo. A doutrina reconhece, no campo dos atos regimentais, que a nulidade do ato por efeito de violação do seu comando, é possível sanar-se através de convalidação expressa ou implícita.

Mais do que a simples observância absoluta e rigorosa dos preceitos regimentais, importante para o Judiciário, neste controle, é saber se a violação do regimento foi capaz de impedir a manifestação livre da vontade dos membros da casa legislativa. Estando esta vontade viciada, na sua substância, parece-nos evidente caber ao Poder Judiciário exercer o controle do ato **interna corporis** e invalidar as regras editadas, ou mandar que sejam supridas as formalidades que deixaram de ser obedecidas.

Os Estados-Federados não estão obrigados a seguir estritamente as regras estabelecidas para o processo legislativo no âmbito federal, como assim es-

tabelecia o artigo 200 da Emenda Constitucional nº 01/69, que incorporava ao Direito Constitucional Estadual as disposições da Constituição Federal, no que coubesse, especialmente no que se refere ao processo legislativo, conforme se depreende do estabelecido no artigo 13, inciso III da antiga Emenda nº 01/69.

Importa, entretanto, salientar que o artigo 25, **caput**, da vigente Constituição Federal, manda que os Estados se organizem e se rejam pelas constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Carta Política. O parágrafo 1º reserva aos Estados aquelas competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal. Isto significa dizer que estes têm autonomia no que se refere à determinação da estrutura do processo legislativo estadual, devendo apenas respeitar os princípios, como normas abstratas e genéricas, contidos nas regras do processo legislativo federal.

Controverte-se em torno da desobediência do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, no que respeita ao rito procedimental do processo legislativo de emenda constitucional, na hipótese de convocação extraordinária da Casa Legislativa, que reuniu-se em sessão extraordinária atendendo à convocação do Governador do Estado em 06.07.1995 aprovando em primeiro turno o Projeto de Emenda Constitucio-

nal nº 46/95 e o Substitutivo do Deputado Sérgio Zambiasi, que acrescentou os parágrafos 5º, 6º, 7º e 8º ao artigo 38 da Constituição Estadual.

Tanto o Projeto de Emenda nº 46/95 e o Substitutivo de Emenda 47/95 foram aprovados em segundo turno, rendendo ensejo a que em 20.07.95 fossem publicadas no Diário Oficial do Estado as Emendas Constitucionais nºs 09 e 10/95, a primeira tratando de aposentadoria de servidores públicos estaduais e o custeio dos recursos pelo Tesouro do Estado e das contribuições desses servidores, e a segunda expressamente revogando o parágrafo 3º, do artigo 41 do ADCT da Carta Política estadual.

A discussão gira em torno do descumprimento das regras estabelecidas nos artigos 196 a 202 do Regimento Interno que foram preteridas cedendo à aplicação das normas do processo legislativo ordinário, fato que, para o recorrente, teria redundado em flagrante inconstitucionalidade, violando direito líquido e certo de servidores da Caixa Econômica Estadual, de forma homogênea e coletivamente defendidos no Mandado de Segurança pela entidade sindical.

Para o Ministério Público Estadual os atos regimentais da Assembléia Legislativa são mais atos administrativos do que legislativos, tomados **interna corporis**, e o Regimento da Assembléia Legislativa é lacunoso no que se

refere ao ritual do processo legislativo de emenda à Constituição, nas hipóteses de convocação extraordinária, a fim de que os projetos de emenda devessem permanecer sobre a mesa durante dez sessões ordinárias, segundo dispõem os artigos 11, inciso I e 196 do Regimento Interno.

O artigo 201 prevê, entretanto, outra forma de tramitação de emenda constitucional, mandando aplicar as disposições regimentais relativas aos projetos de lei ordinária, salvo aquelas disposições que contrariarem o disposto no capítulo I, título V do Regimento.

Pelo que se depreende do artigo 169, parágrafo 2º, incisos I e II do Regimento Interno, cumprido o período de pauta e de exame nas Comissões, a proposição que deva ser votada pelo Plenário será incluída na ordem do dia, observado o disposto no artigo 30, inciso VII, do mesmo diploma legal. Ressalvado o disposto no parágrafo 1º, a inclusão na ordem do dia de qualquer proposição antes do prazo previsto no **caput**, dependerá da concordância unânime dos líderes das bancadas parlamentares, e da aprovação por maioria dos membros da Assembléia de requerimento subscrito por líder da bancada, encaminhado após publicada a proposição no Diário da Assembléia.

Embora exista norma expressa exigindo que a proposta de emenda constitucional fique sobre a mesa da Assembléia duran-

te apenas uma sessão, nos casos de urgência ou interesse público relevantes, segundo dispõe o art. 57, parágrafo 6º, inciso II da CF/88 e no que respeita à convocação extraordinária, não há norma específica concernente à tramitação de projetos de emenda à Constituição Federal.

Seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, a matéria versa sobre questão **interna corporis** do Poder Legislativo, insuscetível de tutela jurisdicional e pela inconveniência de reapreciação pelo Poder Judiciário para a preservação do princípio constitucional clássico da separação e harmonia dos poderes.

Com efeito, na lacuna das normas regimentais acertada a exegese defendida pelo Presidente da Casa Legislativa, eis que também, a nosso ver, a aprovação das emendas, em face à situação excepcional de convocação extraordinária da Assembléia Legislativa, constitui-se em ato **interna corporis** do Poder Legislativo Estadual, de modo que a promulgação dos referidos diplomas legais não traz substancialmente, no entender do Ministério Público Federal, nenhum vício substancial capaz de inibir a manifestação da vontade maior do legislativo estadual, estando, por conseguinte, inserida entre os atos de economia interna do parlamento insuscetíveis de controle jurisdicional.

Quanto à legitimidade ativa de **causam** do recorrente sindicato

para em nome de seus associados impetrar a segurança, nenhuma censura, a nosso sentir, merece a decisão recorrida, e os argumentos da autoridade coatora, ora recorrida, com relação à falta de tal legitimação para a impetração de Mandado de Segurança coletivo.

No que se refere à natureza do ato coator atacado — promulgação das Emendas Constitucionais 09 e 10/95 pela mesa da Assembléia Legislativa trata-se de atos normativos, em tese, sem efeitos concretos, pois as normas constitucionais aprovadas estão a depender de ulterior regulamentação, através de Lei Complementar, ainda não editada, e como tal, não auto-exeqüíveis no plano jurídico normativo.

Por se tratarem as emendas constitucionais de normas abstratas de conduta, leis em tese, parece-nos perfeitamente aplicável ao caso os efeitos da Súmula 266 do STF.

No que toca ao alegado direito líquido e certo da impetrante em substituição processual de seus associados, as normas atacadas por não serem auto-aplicáveis carecem de regulamentação, e como tal não fazem acreditar que o direito alegado pelo impetrante, ora recorrente, se apresente manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto de ser exercitado no ato da impetração. Pelo que se depreende das razões da recorrida, nenhuma afronta ocorreu ao princípio da irredutibilidade nominal dos sa-

lários. Os descontos autorizados não atingem a garantia destes estípidios.

Por fim, no que tange à responsabilidade do Tesouro do Estado pelo pagamento das aposentadorias, a Emenda nº 09/95 autoriza, na hipótese de insuficiência de recursos orçamentários, o atendimento do pagamento desses proventos, para que o Tesouro Estadual efetue a complementação destes estípidios sem nenhum prejuízo aos inativos servidores, desaparecendo assim a idéia, ou pelo menos a presunção ou receio

de alguma lesão ao patrimônio jurídico desses funcionários.”

A homenagem que se presta ao não controle, via Poder Judiciário, dos atos **interna corporis** do Poder Legislativo, quando inexistente direito líquido e certo violado, está em harmonia com os princípios que regem o nosso ordenamento jurídico e sublima a independência e harmonia dos Poderes.

Denego a segurança.

Recurso improvido.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.731 — MG

(Registro nº 96.0061181-5)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrentes: *Município de Pedra Azul e outros, e Município de Muriaé e outros*

Recorridos: *Estado de Minas Gerais e outro, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Impetrados: *Governador do Estado de Minas Gerais, Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. José Rubens Costa e outro, Maria de Cássia Vieira Salles, Juliana Campos Horta de Andrade e outros, e Sérgio José Barcelos e outros*

EMENTA: Mandado de segurança. Municípios mineradores. ICMS. Participação. Alegação de vício no processo legislativo. Lei nova (aplicação imediata). Ausência de direito subjetivo próprio líquido e certo. Constituição Federal, artigos 59 a 69, 158, IV e parágrafo único. Constituição Estadual/MG, art. 150, II, § 2º. Leis Estaduais nºs 9.758/89, 9.934/89 e 10.690/92. Súmula 266/STF.

1. Necessária demonstração de ato concreto ameaçando ou violando direito subjetivo próprio. A expectativa de direito anterior não exercitado, rompido pela lei nova de incidência imediata, não favorece a invocação de irretroatividade ou de direito adquirido. O interesse público (coletivo) prevalece sobre o interesse particularizado, vencido pela lei nova.

2. Processo legislativo, quanto à tramitação e forma, sem a eiva de vício fundamental, refoge da atuação jurisdicional pedida para declarar a invalidade de lei no seu aspecto material.

3. Declaração incidental de inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal a quo em ação anteriormente julgada.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Senhores Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Município de Pedra Azul e outros contra o v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim fundamentado:

“Consta dos autos que o Exmo. Governador do Estado encaminhou à Assembléia Legislativa projeto de lei, dispondo sobre vantagens pecuniárias a servidores aposentados, logrando aprovação nas Comissões a que fora remetido.

Quando da discussão em 1º Turno, apresentou-se em Plenário, uma emenda aditiva, aprovada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária, cuidando de matéria impertinente, pois, com o objetivo de disciplinar, provisoriamente, a repartição do ICMS, previsto no art. 158, IV e parágrafo único, da CR e 150, II, § 2º, da CE, que modifi-

cou o percentual da Lei nº 9.758/89, com a redação dada pela Lei nº 9.934/89.

Acontece, porém, que a emenda em apreço resultou destacada e passou a ser tratada como projeto autônomo, que, aprovado, subiu à sanção, onde se viu vetado, por motivo outro.

Rejeitado o veto, promulgou-se a Lei 10.690/92, que os impetrantes pretendem tornar, com relação a eles, ineficaz, ao fundamento de vícios na sua tramitação legislativa.

Mandado de segurança idêntico fora impetrado pelo Município de Pedra Azul e outros (auto sem apenso), sendo indeferido, liminarmente, pelo eminente Des. Ayrton Maia que evocou o Enunciado 266, da Súmula do STF, segundo a qual 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese' e isso me parece mais do que suficiente ao desatendimento da súplica inaugural.

Conquanto os impetrantes pretendam dar rumo diferente ao que requerem, alegando que 'o pedido da presente segurança é destinado, agora, contra atos administrativos que já se praticam para dar cumprimento à lei que se inquina de nula' (fls. 03), vê-se que são as mesmas as finalidades de ambos: invalidade de qualquer ato administrativo de aplicação e abstenção de quaisquer outros, com base naquele art. 2º.

Ora, a inconstitucionalidade dessa lei constitui questão supe-

rada, porquanto esta Colenda Corte Superior julgou, à unanimidade, improcedente a Ação Direta 147/19.505-7, aforada nesse sentido, como se vê do v. acórdão de fls. 438 **usque** 460.

Considerou-se nela, também, a validade da emenda aditiva, observando-se 'que tal vício restou, posteriormente, sanado, quando foi requerido 'destaque' da emenda que passou a ser tratada como projeto autônomo, tanto sim que deu origem à Lei nº 10.690, de 15.4.92, distinta da Lei que dispôs acerca da aplicação do art. 4º da Lei nº 10.276, de 19 de setembro de 1990' (fls. 450), de maneira que constitui outra questão superada.

Outras pequenas irregularidades alegadas e que teriam ocorrido na tramitação não me parecem acolhíveis, como demonstrado no parecer da douta PGJ, para o fim drástico de inutilizar uma lei que, aprovada, subiu à sanção, foi vetada, sendo o veto rejeitado pela Assembléia.

De resto, convém assinalar que, no caso, há interesse coletivo contra o qual inexiste direito adquirido, como sabido.

Pelo exposto e revogando toda e qualquer liminar deferida, denego as seguranças impetradas, pagas as custas na forma da lei." (fls. 614/616).

Os Embargos de Declaração manifestados foram rejeitados.

Os Recorrentes argumentam:

“O v. acórdão nem mesmo adentrou os argumentos da impetração acerca da violação do direito adquirido e das normas constitucionais orçamentárias federais. Limitou-se, nesse ponto, a afirmar que anterior ação de inconstitucionalidade, proposta por Município outro que não algum dos ora recorrentes, fora julgada im procedente:

“Ora, a inconstitucionalidade dessa lei constitui questão superada, porquanto esta Colenda Corte Superior julgou, à unanimidade, im procedente Ação Direta 147/19.505-7, afo rada nesse sentido, como se vê do acórdão de fls. 438 **usque** 460”.

Por certo que em ação direta de inconstitucionalidade perante a Corte Superior do Tribunal de Justiça não se poderia definir a conformidade ou não de norma estadual diante da Constituição Federal, pois limitado o seu exame ‘em face da Constituição Estadual’ (art. 125, § 2º, da CF). Há, assim, na dicção, ofensa a norma constitucional federal.

Manifesto, nesse particular, o **error juris**, porque o mandado afirma violação das normas da Constituição Federal — direito adquirido à Lei Orçamentária e Sistema Orçamentário Constitucional Federal — matéria, a toda evidência, alheia a uma ADIn estadual!”.

omissis

“Foram, assim, interpostos embargos declaratórios, não providos, para que se esclarecessem pontos omissos do v. acórdão, como relativos a assertivas de fatos não comprovados nos autos, como o de que a emenda teria sido tratada como projeto autônomo (absoluto equívoco do v. acórdão, pois nunca se devolveu a emenda ao seu autor e, assim, não poderia este tê-la reapresentado como projeto autônomo.”

omissis

“Pediu-se, principalmente, esclarecimento acerca da citação da Lei 10.276, de 19.09.90 (juntada em cópia com os declaratórios, fls. 628 dos Autos 14.407-1), que seria a ‘prova’, segundo o v. acórdão, de que a emenda teria sido tratada como projeto autônomo. Na realidade, esta Lei 10.276/90, como se viu acima, é absolutamente estranha à impetração não cuidando de qualquer questão relativa a transferência de ICMS, senão, dois anos antes da impetração, de conceder direitos a alguns servidores públicos, para o que remete a uma Lei de 1985!

Improvidos os embargos, não se sanou a omissão. Retome-se, agora, a matéria em sede de recurso ordinário.”

Aduzem:

“Embora o v. acórdão se refira apenas descritivamente a uma impossibilidade de mandado contra lei em tese (Súmula nº 266, STF), quer-se pedir vênua aos

doutos Ministros do Superior Tribunal de Justiça para enfatizar-se o cabimento do mandado, com o que se repete que a norma atacada, por si só, alterou os critérios para a entrega da parcela de cada Município impetrante na arrecadação do ICMS, o que a demonstra como norma de efeitos concretos, no dizer da doutrina e jurisprudência.”

omissis

“Todavia, em procedimento legislativo nulo de pleno direito, editou-se o art. 2º da Lei nº 10.690, de 15 de abril de 1992, alterando a distribuição do ICMS como prevista pela Lei nº 9.758/89, com a redação da Lei nº 9.934/89.

Pretendeu-se que o montante de um quarto do percentual devido aos Municípios não mais seria distribuído exclusivamente aos Municípios Mineradores, porém, em partes iguais, a todos os Municípios do Estado, reservando-se daquele percentual apenas 0,11 (onze centésimos) aos primeiros. Percebe-se, pois de plano, que a norma produzia efeitos imediatos, considerada, assim, norma de efeitos concretos, pois limitava a 0,11% da arrecadação o que era pela lei anterior 5.61%.

omissis

“Inúmeros dispositivos regimentais foram descumpridos no trâmite da alteração legislativa, a começar pela clara e inegável infringência do art. 240 do Regimento Interno da Assembléia (cô-

pia nos autos), que apenas permite emenda a proposição de lei ‘se pertinente à matéria contida na proposição principal.’

Como se viu o art. 2º da Lei nº 10.690/92 decorre de Emenda impertinente ao Projeto de Lei nº 637/91: o dispositivo inquinado trata de distribuição de ICMS, ao passo que o projeto do Governador vinha regulamentar direitos dos servidores aposentados.

A explicação acima dada pelo v. acórdão recorrido é praticamente incompreensível, porque:

a) a emenda não foi tratada como projeto autônomo, porque para sê-lo, deveria ter sido devolvida ao seu autor, Deputado Cleuber Carneiro, para que este a encaminhasse, então, como projeto autônomo; inexistente qualquer prova nos autos a este respeito e nem a autoridade coatora pretende semelhante em suas informações;

b) evidente que a Lei nº 10.690/92, cujo art. 2º, se discute, é distinta da Lei nº 10.276/90 (art. 4º), mas o que isso tem a ver como prova de que a emenda teria tido tratamento como projeto autônomo???

Como se informa na impetração e no v. acórdão, a emenda era impertinente, aprovada no bojo do projeto de lei do Executivo, veio a ser vetada, mas, com a supressão do veto e promulgação,

evidente que se transformou em lei, pelo que obteve o nº 10.690/92. Incompreensível, assim, o argumento do v. acórdão.” (fls. 643 a 648).

Por outro lado, sustentam:

“Parece-nos que o erro do v. acórdão foi extraído de erro de citação do acórdão da mencionada ADIn, estadual, em que se colacionou o ensinamento de **José Afonso da Silva**, mas com nítida incorreção. Consta do acórdão da ADIn a seguinte transcrição de **José Afonso da Silva** (fl. 450):

‘a emenda não pode cuidar de outra matéria que não a do projeto de Lei; a escolha compete ao poder de iniciativa; se a pretendida emenda contiver regulamentação de outra matéria, não tem natureza de emenda, mas de iniciativa legislativa.’ (Princípio do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional, ed. 1964, pág. 167).’

Ora, este trecho está incompleto, com a parte final faltante. A lição de **José Afonso da Silva** é precisa, ou seja, emenda imperitina é devolvida ao autor, pois não se converte, de modo automático, em projeto autônomo. Devolvida a seu autor, deve percorrer todo o itinerário procedimental, a começar pelo encaminhamento à Comissão de Legislação e Justiça:

‘O direito de emenda, ao contrário, tem como objeto apenas o modo de regular a matéria, objeto do poder de iniciativa, isto é, incide apenas sobre interesses vinculados a ela: há escolha parcial de interesses a serem regulados pela pretendida lei. Tanto que não serão aceitas emendas, subemendas ou substitutivas que não sejam rigorosamente pertinentes à proposição; se a emenda se afastar desse conceito, será devolvida ao autor, para apresentá-la, se assim julgar conveniente, como proposição autônoma (Reg. da Câm., art. 102). Aí está; a emenda não pode cuidar de outra matéria, que não a do projeto de lei; a escolha compete ao poder de iniciativa; se a pretendida emenda contiver regulamentação de outra matéria, não tem natureza de emenda, mas de iniciativa legislativa, iniciativa de lei, por isso não pode ser aceita como emenda’ (**José Afonso da Silva**. Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, pág. 166).

Repete-se a última parte do texto de **José Afonso da Silva**, da qual se subtraiu, no acórdão da ADIn (= transcrição saltitante), a parte final ou conclusão: ‘se a pretendida emenda contiver regulamentação de outra matéria, não tem natureza de emenda, mas de iniciativa legislativa,

iniciativa de lei, por isso não pode ser aceita como emenda’.”

omissis

“E, quanto ao destaque que teria sido formulado para votação da emenda, deve-se, ainda, aduzir que não sana irregularidades. O destaque, como escreve **José Afonso da Silva**, apenas ‘consiste a preferência na primazia na discussão, ou na votação, de uma proposição sobre outras. Influi, pois na Ordem do Dia, invertendo-a ou modificando-a’ (pág. 275). Não exclui, por certo, as exigências de regularidade procedimental. Somente inverte a ordem do dia.”

omissis

“Basta, para o acerto da lição, consultar-se o Regimento Interno da Assembléia Legislativa, cujos dispositivos sobre destaque jamais mencionam que poderia suprir uma iniciativa estranha ao projeto original (ver arts. 278/286 do RI em cópia nos autos).

Assim, se tivesse havido pedido de destaque à emenda, o próprio destaque teria descumprido as normas regimentais, isso porque: a) tramitava projeto de iniciativa do Governador; b) com requerimento de urgência; c) logo, nos termos do inc. V, do art. 278 do RI, a preferência seria do Projeto inicial e não da Emenda.

Mais ilegalidades procedimentais.

Além disso, a caroneira proposição foi recebida no decurso da

discussão em 1º turno do PL nº 637/91, violando o art. 180 do RI, que apenas permite o encaminhamento de proposição em reunião seguinte se, como no caso, encaminhada depois do ‘pequeno expediente’.

Não houve, no que se refere à emenda, o necessário e indispensável parecer da Comissão de Constituição e Justiça (arts. 103, V, a, e 187), à qual incumbe o ‘exame preliminar’ dos ‘aspectos jurídico, legal e constitucional das proposições’.

Exame tão necessário que impede, em sendo desfavorável, a tramitação da proposição (art. 189, RI).

Finalmente ao caronear Projeto de Lei em regime de urgência, a Emenda nº 1, além de impertinente, viu-se privilegiada, também de modo indevido, pelo procedimento urgencial (arts. 220 a 223), apenas cabível em matérias de origem do Executivo.”

Alegam, ainda:

“A abrupta modificação dos critérios de distribuição da receita do ICMS ofende, outrossim, o art. 165, § 2º, da Constituição Federal (e o ‘replicante’ art. 155 da Constituição Mineira), que disciplina a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, juntamente, com a Lei Orçamentária e a Lei do Plano Plurianual, constituem o Sistema de Planejamento Orçamentário, modelo inovador da atual Constituição.

Para evitar surpresas aos contribuintes e aos órgãos públicos, inclusive aos participantes da arrecadação compartilhada, causando-lhes inevitáveis e irreparáveis transtornos, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, anterior à Lei Orçamentária, deverá:

- a) ajustar-se ao plano plurianual; b) compreender as metas e prioridades da Administração; c) incluir as despesas correntes e de capital para o exercício financeiro subsequente; d) orientar, portanto, a elaboração da lei orçamentária anual; e) dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política das agências financeiras oficiais.

Isso implica em que se diminuiu a discricionariedade do Executivo e do Legislativo no momento da aprovação da Lei Orçamentária ou das modificações. Aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias, há um verdadeiro balizamento para as ações do Governo como um todo, inclusive no que se refere à receita transferida aos Municípios.

A alteração imediata dos critérios de distribuição, como previsto na questionada emenda, viria, assim, chocar-se com as normas orçamentárias do Município no mínimo pela incidência sobre o exercício então em curso, ou seja, incidência no exercício de 1992. Nesse particular, todavia, os efeitos da liminar afastaram a incorreta vigência da norma ilegalmente aprovada.

Como se encareceu na inicial do mandado, a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado (fls. 291), Lei n. 10.487/91, não previu, não autorizou, a possibilidade de alteração da divisão da partilha do ICMS para o exercício de 1992.”

omissis

“O que deflui da Lei n. 10.487/91? A resposta é simples:

- a) competência exclusiva do Governador para encaminhamento de proposta de alteração da distribuição do ICMS; b) proposta fundada em repartição de acordo com a necessidade de desenvolvimento social e superamento das desigualdades inter-regionais e municipais; c) não há previsão para vigência de alterações no mesmo exercício.”

Por fim, concluem aduzindo:

“Ainda como exposto na Lei de Diretrizes do Estado, a competência para o início do procedimento legislativo para alteração era e é do Governador. Nesse ponto, evidencia-se, uma vez mais, a diferença entre o julgamento da ADIn e o objeto do presente mandado.

Objeto do mandado é o exame da ilegalidade do processo legislativo que resultou na alteração dos critérios de distribuição do ICMS e inconstitucionalidade por desrespeitar o direito adquirido à orçamentação.

E, reitera-se, ilegalidade pela simples razão de que não se observaram as cogentes normas regimentais; não respeitou a Assembléia Legislativa a determinação infraconstitucional da LDO, segundo a qual a competência para o início do processo legislativo se atribuiu ao Governador; houve invasão dos orçamentos municipais, ou seja, desrespeito às leis orçamentárias dos Municípios.

Evidente o desrespeito às normas constitucionais e a surpresa que a ilegalidade da alteração dos critérios financeiros de distribuição da parcela do ICMS viria a causar aos impetrantes no exercício de 1992.

Nas anexadas leis orçamentárias municipais, pode-se verificar a previsão da receita decorrente da transferência do ICMS e o correspondente comprometimento da despesa.

Aceitar-se o argumento das autoridades coatoras de que a LDO não teria nenhuma eficácia jurídica seria, por certo, desmerecer a Constituição, porque teria instituído dever constitucional para observância de ninguém e regulamentação do nada ...”

omissis

“Como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a matéria financeira está reservada à iniciativa do Executivo, sob pena de inconstitucionalidade, pelo que hábil o mandado para evitar a aplicação da norma,

cujas disposições ‘envolvem matéria financeira e com repercussão imediata na arrecadação’ (RDP, 30:211).

Finalmente, convém lembrar que a cogente observância da Lei de Diretrizes Orçamentárias já foi destacada nesse colendo Superior Tribunal de Justiça, voto do Min. Milton Pereira: ‘quando se cuida de questão financeira tem que se levar em conta a Lei de Diretrizes Orçamentárias, apelidada de LDO. (...) porque há que se verificar que a LDO estabelece limitações.’ (RSTJ 47:61).

Por estes motivos, espera-se seja recebido e provido o recurso ordinário, concedendo, finalmente, a segurança. Despesas e honorários pelo recorrido.” (fls. 640 a 656).

Ao contra-arrazoar, o Estado de Minas Gerais aduz:

“A Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.487/91), na esteira da Lei Complementar Federal nº 63, ao cuidar de repartição de receitas fiscais, ou da participação das pessoas políticas no produto da arrecadação das outras, enfrenta matéria financeira, para a qual é desnecessária iniciativa governamental, ao contrário do que alegam os recorrentes.

Sendo assim, a Lei Ordinária Comum (de iniciativa do Poder Legislativo), por não ser incompatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, dispôs, validamente, sobre a matéria impugnada.

da na impetração, já que a questão da repartição de receitas tributárias, não é para ser tratada como matéria tributária: a iniciativa do Poder Executivo **in casu**, não é de modo algum iniciativa privativa. Neste sentido os ensinamentos de **Sacha Calmon Navarro Coelho** (Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário, 2ª ed., Forense, Rio, pág. 410).

Quanto à alegada inconstitucionalidade decorrente de desrespeito ao princípio constitucional do direito adquirido, tem-se, do ensinamento de **José Afonso da Silva** que: 'não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral'. (in Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 5ª ed., pág. 375).

Ademais de tudo isto, como bem lembrou o douto Procurador de Justiça em seu parecer de fls., 'não se admite a atuação jurisdicional para declarar a nulidade de uma lei, no seu aspecto material, assevera Sálvio de Figueiredo Teixeira, razão por que houve o texto sumular, ainda assim, é bom ressaltar que o interesse público de todos os Municípios está acima de alguns poucos, embora esses poucos não deixassem de ser contemplados com um naco maior, conforme se pode ver no texto legal'. (fls. 671/2).

O douto Ministério Público Federal manifestou-se em parecer exa-

rado às fls. 683/687, abreviado na ementa:

“1. Recurso Ordinário. Mandado de Segurança indeferido. Distribuição do produto do ICMS entre Municípios.

2. Artigo 158, IV e § único da CF/88 e artigo 150, II, § 2º da Constituição do Estado de Minas Gerais.

3. Ausência de direito líquido e certo e de direito adquirido. Interesse coletivo prevalece sobre o privado. Carência de ação.

4. Existência de **Mandamus** pretérito com objeto e partes idênticas. Coisa julgada.

5. Parecer pelo conhecimento e improvimento do presente Recurso Ordinário.” (fl. 683).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Contempla-se que, malsinando a promulgação e aplicação da Lei Estadual nº 10.690/92 (art. 2º), modificadora da Distribuição do ICMS (Lei Estadual nº 9.758/89 — redação da Lei Estadual nº 9.934/89), erguendo razões para demonstrar nulidade no procedimento legislativo, ferretando ato omissivo dos Senhores Governador do Estado de Minas Gerais e do Secretário da Fazenda do mesmo Estado-membro, os Municípios impetrantes pediram a segurança:

“... para decretar a invalidade de quaisquer atos administrativos para aplicação, no que se refere exclusivamente aos impetrantes, do art. 2º da Lei nº 10.690/92, e obstar quaisquer outros atos administrativos com base naquela norma, por violação a direito líquido e certo dos impetrantes; mantida a distribuição da parcela do ICMS prevista no art. 144, I, b, da Constituição Mineira e art. 158, IV, e par. único, II, da Constituição Federal nos parâmetros e critérios da Lei nº 9.934/89, ou seja, atual redação do art. 8º da Lei nº 9.758/89; ou seja, concedido aos impetrantes o direito líquido e certo às transferências de acordo com as últimas normas mencionadas.” (fls. 12 e 13).

Denegada a segurança e rejeitados os embargos declaratórios procurando fazer sobressair os efeitos concretos de incidência de lei resultante de processo legislativo viciado, adveio o recurso ordinário (art. 105, II, b, C.F.).

Nesse contexto, proclama-se que, a rigor, o **mandamus** foi provocado por alegada ilegalidade do processo legislativo na elaboração de leis disciplinadoras dos critérios de distribuição do ICMS, ferindo o direito adquirido dos Impetrantes. De efeito, como Municípios mineradores, uma vez que contavam com os recursos, ficando prejudicados em sua arrecadação, inclusive comprometendo o orçamento municipal.

Por essa guia, objetivando o reconhecimento da invalidade dos atos

administrativos vertidos da Lei Estadual 10.690/92 (art. 2º), viceja que a pretensão, ao fundo e cabo, almeja os benefícios da legislação pretérita (Lei 9.758/89, art. 8º).

Concluído o intróito, à parla de processo legislativo viciado, verdadeiramente, procuram os interessados desconstituir a lei verrumada, finalidade que encontra obstáculos na via do **mandamus**, máxime preventivo, albergando a “direito adquirido”, diante de lei nova.

Demais, no caso, as leis aboroadas versam situações gerais, não admitindo a declaração da sua nulidade material ou obstaculização dos seus efeitos na via mandamental. **In casu**, pois, não demonstrado ou definido ato concreto particularizado a cada Impetrante, mostra-se inadequada a ação, descabendo a atuação jurisdicional para declarar a nulidade de uma lei. Outrossim, tal como posto na impetração (causa de pedir) e pedido, evidencia-se a necessidade de atos executórios, concretizadores da aplicação dos efeitos receados. Antes, não se coaduna com a razão a efetividade de ameaça ou lesão aos direitos subjetivos dos destinatários das normas. Na espécie, significa dizer que não se cogita de direito subjetivo (vertente do “direito adquirido”), anterior à lei nova. Pois, à vigência da legislação modificada, existia mera expectativa de direito, rompido pela lei nova, incidindo sobre a situação precedente, mesmo possa refletir-se como interesse jurídico legítimo. Nesse toar, destoaria a invocação de *irretroatividade*, tratando

do-se de lei de *interesse público* (coletivo), não prevalecendo a preservação de pretérita expectativa de direito a ser exercido ou favorecedor dos interesses dos Impetrantes.

Por esse pórtico, inclusive, sopra a Súmula 266/STF.

Não bastante, na seara do comentado *processo legislativo*, salvante a opção por censurável repetição, dispensando considerações inéditas, pela pertinência, são significativas as anotações elaboradas sob a autoridade de ilustres Procuradores de Justiça, textualmente:

.....
“A Constituição da República (artigos 59 e seguintes, até 69) estabeleceu princípios norteadores do processo legislativo (iniciativa, tramitação, deliberação, **quorum**, turnos de votação, espaço temporal entre eles, sanção, veto e promulgação).

Na verdade, na Constituição da República, estampa-se uma moldura paradigmática.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não definiu, ainda, sob o regime da Constituição da República vigente, se tais princípios informadores do processo legislativo impõem-se aos Estados-membros, nas condições de padrões jurídicos de compulsória observância (ADIn nº 276-7-AL, Rel. Min. Celso de Mello, DOU, DJ, em 17/08/1990, págs. 7.869/7.871).

O tema da autonomia das unidades federadas, suscitado na pers-

pectiva da nova concepção de federalismo consagrado pela vigente norma extraordinária, foi contudo, considerado de extremo relevo jurídico pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 216-PB).

De qualquer forma, nos termos da liminar, concedida na ADIn nº 276-7-AL, pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se a suspensão cautelar das regras inscritas nas Constituições dos Estados-membros, cujo conteúdo normativo esteja em aparente desarmonia com o modelo federal, atinente ao processo legislativo, até que a Suprema Corte defina a extensão e o alcance do poder constituinte dos Estados-membros.

Inobstante, **José Afonso da Silva**, em Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª edição, Revista dos Tribunais, pág. 527, doutrina que ‘O constituinte estadual, hoje, tem mais autonomia para organizar o processo legislativo, porque a Constituição de 1988 não impôs aos Estados a obrigação de observar o processo legislativo federal nela estruturado’.

Observa, entanto, que ‘os princípios básicos do processo legislativo, sem os quais este inexistente, terão que coincidir nas esferas federal, estadual e municipal’.

E prossegue afirmando que as regras sobre iniciativa legislativa, concorrente e exclusiva, sobre emendas e suas limitações, estão contidos nestes princípios fundamentais.

Humberto Theodoro Júnior, em O Mandado de Segurança Preventivo e a Lei em Tese, RJTA MG nº 30, pág. 53, proclama que, em mandado de segurança, 'o exame da inconstitucionalidade somente se faz de forma incidente e como razão de decidir em torno de ato concreto impugnado'.

Existe, com efeito, inconstitucionalidade, sob o aspecto formal, de lei ou de ato, quando há a falta de competência para a sua feitura, por incompetência de quem tomou a iniciativa da lei e por não inobservância de processo legislativo adequado (determinado na Constituição da República, na Constituição Estadual, na Lei Orgânica do Município, em cada caso, e, ainda no Regimento Interno da Casa Legislativa em questão).

Regimento é o conjunto de normas que regulam o funcionamento e serviço interno de câmaras legislativas, tribunais ou órgãos da administração pública.

Constitui ele lei em sentido material, embora não o seja em sentido formal. Sempre se afigura a 'lei da casa'.

Contém um universo de preceitos.

Todos, em princípio, devem ser obedecidos.

A desobediência, entretanto, não acarreta sempre a nulidade (vício ou defeito de forma que invalida um ato ou a uma relação processual).

É que, às vezes, o elemento ausente não se mostra essencial, primário, fundamental, principal, indispensável, podendo ser convalidado, ratificado, sanado.

Às vezes, tudo não passa de norma meramente de organização, de disciplina, de ordem.

Então, o vício não é capital.

Em vertência, há vícios de tramitação.

Fora o dispositivo impugnado objeto de emenda, no instante da apreciação da propositura, já em 1º Turno, em Plenário.

Essa emenda apresenta-se impertinente, e, como tal, infringe o inciso I do artigo 240 do Regimento Interno da Assembléia Legislativa, pois, em questão de benefícios a servidores aposentados estaduais, inseriu-se matéria relativa à distribuição do ICMS aos municípios mineradores.

O Plenário, todavia, voz maior da Assembléia Legislativa, aprovou-a.

Depois, houve nova consagração, com o Plenário da Assembléia Legislativa derrubando o veto.

Venia concessa, esse senão, se, acaso, desorganiza a pesquisa, inabilita a fonte, tumultua a coletânea, não gera nulidade visceral à norma jurídica, embora não seja merecedor das loas.

No início, o Governador do Estado remeteu à Assembléia Legislativa o Projeto de Lei nº 637/91.

Devido à solicitação de urgência, teve tramitação especial.

As Comissões de Constituição e Justiça, de Administração Pública e de Fiscalização Financeira e Orçamentária reuniram-se conjuntamente, emitindo parecer favorável.

Levado a discussão e a aprovação em 1º Turno, sofreu a Emenda nº 1, de autoria do Deputado Cléuber Carneiro.

Contém o assunto sob enfoque.

Nos termos do § 2º do artigo 195 do Regimento Interno, ela fora conduzida à Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária.

O Regimento Interno não fala em condução a outras Comissões.

Ora, o intérprete lê o texto da lei e obedece.

À guisa de exegese, não pode ler mais do que ela enunciou.

Do contrário, transforma-se em legislador.

Pois bem, na mencionada Comissão, logrou parecer favorável.

Levado à votação, em Plenário, conseguiu ser aprovado em 1º Turno.

Novamente é conduzido à Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária, obtendo parecer favorável.

Levado, novamente, à votação, em Plenário, conseguiu ser aprovado em 2º Turno.

Observadas as formalidades legais, seguiu para a apreciação

do Poder Executivo (Governador do Estado), que usou do direito de veto.

A propósito, o Governador do Estado, conforme se pode ler em fl. 179, não usou o direito de veto, porque encontrou inconstitucionalidade.

Ao contrário, o Governador do Estado vetou, porque a matéria é antecipadora de providência, objeto de exame e de estudos maiores na Secretaria de Estado da Fazenda, importando persuasão de que a sua cautela significa espera salutar em benefício do interesse público.

Isto é, quis dizer que o trabalho de sua equipe é mais importante, porque mais meditado, mais pesquisado, mais fundamentado.

A valoração do conteúdo, entretimentos, refoge da censura do Judiciário.

Depois, o veto fora rejeitado.

Quanto à tramitação e forma, **venia permissa**, pelo enunciado supra, não se vislumbra nulidade capital.

Na verdade, não se admite a atuação jurisdicional para declarar a nulidade de uma lei, no seu aspecto material, assevera Sálvio de Figueiredo Teixeira, razão por que houve o texto sumular, ainda assim, é bom ressaltar que o interesse público de todos os Municípios está acima de alguns poucos, embora estes poucos não deixassem de ser contemplados com um naco maior, conforme se pode ver no texto legal.

Por fim, diz **José Afonso da Silva**, em Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 375, com boa razão, 'que não ocorre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral'." (fls. 405 **usque** 409).

Acolitando essa linha de idéias, aduziu o nobre representante do Ministério Público Federal, **verbis**:

.....
"Com efeito, não me parece ter ocorrido a alegada ilegalidade do processo legislativo pertinente, já que a Emenda nº 1 ao Projeto de Lei 637/91 que originou o artigo 2º da questionada Lei, foi apresentada e aprovada em 1º turno, em consonância com o disposto no artigo 196 do Regimento Interno da Assembléia do Estado. Ressalte-se, ainda, ter ocorrido destaque da Emenda, transformando-a em proposição principal, distinta do projeto de Lei nº 637/91." (fl. 675).

Noutro campo de registros, ainda que os Impetrantes tenham procurado filiar a presente impetração a *ato concreto*, circunstância que o diferenciaria de anterior ação mandamental, no particular, compreendendo que o voto condutor do confrontado julgado, a respeito, esclareceu convincentemente:

"Conquanto os impetrantes pretendam dar rumo diferente ao que requerem, alegando que 'o pedido da presente segurança é destinado, agora, contra atos administrativos que já se praticam para dar cumprimento à lei que se inquina de nula' (fls. 03), vê-se que são as mesmas as finalidades de ambos: invalidade de qualquer ato administrativo de aplicação e abstenção de quaisquer outros, com base naquele art. 2º.

Ora, a inconstitucionalidade dessa lei constitui questão superada, porquanto esta Colenda Corte Superior julgou, à unanimidade, improcedente a Ação Direta 147/19.505-7, aforada nesse sentido, como se vê do v. acórdão de fls. 438 **usque** 460." (fl. 615).

Pelo fio da exposição, seja quanto à acenada declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum** ou no eito de sugerido vício na ordenação do processo legislativo ou, por fim, colocado a lume o precedente julgamento versando o tema da inconstitucionalidade comentada, ainda que, doutrinariamente, a questão-mor possa provocar polêmica, sob o timbre da liquidez e certeza de direito subjetivo próprio, vindicado o **mandamus** não merece o pretendido sucesso recursal.

Arrimados os motivos, voto improvidando o recurso.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 8.632 — GO

(Registro nº 97.0042388-3)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrentes: *Astro Gráfica e Editora Ltda. e outros*

Tribunal de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*

Impetrado: *Juízo de Direito da 7ª Vara Cível de Goiânia — GO*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Goiás*

Advogados: *Drs. José Perdiz de Jesus e outros*

Sustentação Oral: *Dr. José Perdiz de Jesus, pelas recorrentes e o Dr. Antônio Augusto Cesar, pelo Ministério Público*

EMENTA: Processual — Mandado de segurança — Suposto crime contra o Sistema Financeiro — Quebra de sigilo bancário — Competência da Justiça Federal.

— Compete à Justiça Federal o conhecimento de pedido de quebra de sigilo bancário, relacionado com suposto crime contra o Sistema Financeiro (L. 7.492/86, art. 26).

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 maioria, vencidos os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira, dar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira presidiu a sessão do dia 20/11/97 pela ausência justificada do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 20 de novembro de 1997
(data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 30-03-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Os recorrentes pediram Mandado de Segurança contra ato judicial que determinara a quebra de sigilo em relação às respectivas operações bancárias.

A Ordem foi denegada, porque

“A quebra do sigilo bancário pode ser autorizada por ato judicial, independentemente de pro-

cedimento regular com observância do contraditório, bastante para instruir inquérito civil público visando à responsabilização de dilapidadores do patrimônio público consistente em capital do Estado participante de organização bancária.” (fl. 232)

Para chegar a tal dispositivo, o Acórdão percorreu linha de raciocínio, cujo itinerário tentarei resumir, assim:

a) quando pediu a quebra do sigilo, o Ministério Público estadual não se valeu de qualquer ação cautelar; limitou-se em mero expediente de cunho administrativo;

b) tal atitude não ofende o ordenamento jurídico, porque, “em sede de procedimento de natureza investigatória como é o caso de inquérito civil público, incabível invocar o princípio do contraditório e do devido processo legal. Devidamente fundamentado o pedido de quebra de sigilo, seu deferimento é imperioso.”;

c) o inciso III do art. 129 da Constituição Federal atribui competência ao Ministério Público, para proteger o patrimônio público. Ora, em se tratando de organização bancária, explorada por empresa pública, não há como negar a legitimidade do MP, para o exercício de ação civil pública;

d) não se pode admitir a utilização do sigilo bancário, para resguardar quem não quer ser investigado, diante de desfalque sofrido por entidade estatal;

e) o argumento de que se reserva à Polícia federal e à Justiça federal a competência para investigar ilícitos financeiros é improcedente. Com efeito, o MP (e a Justiça) estadual é titular de indiscutível legitimidade para apurar a responsabilidade civil, enquanto se reserva ao âmbito federal, a competência para apurar a responsabilidade penal.

Os impetrantes pleiteiam a reforma do Acórdão, montados em várias razões, a saber:

1. o Acórdão, em admitindo a quebra do sigilo, independentemente de procedimento regular, ofende o art. 5º, LV da Constituição Federal;

2. o sigilo bancário é protegido pelo art. 5º, XII da Constituição Federal, que não lhe permite a quebra, em qualquer hipótese;

3. o Ministério Público não demonstrou haver necessidade premente de se afastar a garantia constitucional;

4. o inquérito civil é peça meramente informativa, que pode servir de base à ação penal. A partir desta é que se abre oportunidade para a quebra de sigilo;

5. não é concebível quebrar-se a garantia constitucional, diante de meras insinuações, lançadas no inquérito;

6. Banco do Estado de Goiás é sociedade de economia mista, sujeita, exclusivamente, aos preceitos do direito privado (CF, art.

173, § 1º). Se assim ocorre, a apuração de responsabilidade civil de seus administradores deve observar o procedimento estabelecido nos artigos 159 e seguintes da Lei 6.404/96;

7. o Ministério Público só estará legitimado para qualquer atitude, nesta seara, depois de ser provocado por algum cidadão, através de ação popular;

8. quando a Lei 7.492/86 (art. 4º) tipificou o delito de gerência fraudulenta de instituição financeira, reservou ao Ministério Público e à Justiça Federal, a competência para a respectiva ação penal;

9. os empréstimos tomados pela recorrente no Banco do Estado de Goiás estão integralmente pagos. Não faz sentido a quebra de sigilo de quem honrou o compromisso assumido;

10. a questão foi apreciada pelo egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que concedeu Mandado de Segurança, para impedir a quebra de sigilo (Junta-se comprovante de publicação do Acórdão).

O Ministério Público Federal manifestou-se em Parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Moacir Guimarães Moraes Filho. Recomenda se declare nulo o Acórdão recorrido ou o provimento do recurso e a concessão da Ordem.

Este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):
Leio o primoroso Parecer do Ministério Público Federal, lançado pelo Doutor Guimarães Moraes, nestas palavras:

“Não há notícia de ter havido, por parte do Governo do Estado, qualquer Inquérito Administrativo que esteja apurando ação ou omissão dolosa dos administradores do Banco do Estado como agentes públicos, e de quem tenha decorrido lesão ao patrimônio público estadual.

Por igual se diga que, em se tratando de uma entidade estatal, sociedade de economia mista, banco estadual sujeito a fiscalização e disciplina do Bacen, também não há nos autos nenhuma evidência de que a entidade tenha sofrido qualquer processo de fiscalização por parte do bacen, com relação às ditas operações, onde supostamente tenham agido com improbidade os seus administradores, em face à Lei 4.595/64 e nos termos da Lei 7.492/86, pois o Sistema Financeiro Nacional de acordo com o artigo 192, da CF/88, é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e os serviços de interesse da coletividade.

Certo de que o artigo 3º da Lei 8.429, de 02-06-92, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enrique-

cimento ilícito no exercício de emprego, função, mandato ou cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional — prevê efetivamente a possibilidade do ressarcimento do dano ao patrimônio público, na ocorrência de lesão oriunda de ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público ou de terceiros.

O inquérito civil público instaurado a nível de Ministério Público Estadual, a despeito de ser um procedimento garantido institucionalmente no artigo 129, III da CF/88 para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, tal procedimento ainda não chegou a qualquer conclusão sobre culpa ou dolo dos agentes públicos estaduais, administradores do Banco de Goiás, capaz de autorizar, com elementos fáticos, a quebra do sigilo bancário da empresa sem que se resguardem, na forma do artigo 5º, LV, da CF/88, com relação aos administradores do banco e aos sócios da empresa tomadora do empréstimo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, segundo o disposto no inciso XII, artigo 5º da CF/88.

Não se questiona jamais a legitimidade do Ministério Público para requerer a providência de quebra de sigilo. O que se debate neste Recurso, fundamentalmente, é a questão do contraditório e da ampla defesa que, no entender do Ministério Público Federal, deve ser assegurada de modo

amplo, em qualquer processo judicial ou administrativo. A ressalva do inciso XII, artigo 5º da CF/88, se refere à ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, todavia, sempre nas hipóteses e na forma que a lei ordinária estabelecer.

Os artigos 5º, LV da CF/88 e 1º da Lei 8.429/92 têm que ser interpretados de forma lógico-sistêmica em função, a nosso ver, do que se encontra estabelecido no artigo 7º do citado diploma legal ordinário.

Se compete à autoridade administrativa, responsável pelo inquérito, representar ao Ministério Público, nos casos de ato de improbidade causadora de lesão ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito para requerer a indisponibilidade dos bens do indiciado, também é necessário que se tenha certo o indiciamento desses administradores públicos a fim de que se lhes reclame a indenização ressarcitória.

Como bem salientou o parecer do Ministério Público Estadual, o inquérito civil público não foi instaurado para indiciamento de pessoas, mas para apurar fatos relacionados com as operações bancárias, valendo-se inclusive o parecer em sua fundamentação, das lições doutrinárias dos eminentes juristas **Rodolfo Mancuso** e **Ada Pellegrini**.

A legislação sobre sigilo bancário (artigo 38 da Lei 4.595/64) foi recepcionada pela CF/88 e

toda ela se desenvolve na certeza de que o sigilo só possa ser quebrado após a conclusão da apuração dos fatos no procedimento administrativo, fiscal ou em inquérito policial, onde se tenham evidenciadas provas de que a lesão ao patrimônio público resultou do fato criminoso, e da certeza da autoria do ilícito.

A jurisprudência do STJ evidencia essa preocupação de resguardo do artigo 38 da Lei 4.595/64, conforme se depreende das seguintes ementas de vários ares- tos, ali julgados, **in verbis**:

“Penal. Processual. Direitos do Consumidor. Bancos. Investigação do Ministério Público. Desobediência. **Habeas Corpus**.

1. A defesa dos direitos do consumidor se insere entre as funções institucionais do Ministério Público.

2. Os estabelecimentos bancários, prestadores de serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são obrigados a atender as requisições do Ministério Público, que não resultem em quebra de sigilo bancário.

3. HC conhecido; Liminar cassada; Pedido indeferido. (HC nº 5.287/96 — DF — STJ/Turma 5)”

“Sigilo bancário não teria qualquer consistência se, para aparelhar a execução, o credor pu-

desse desvelar os saldos depositados pelo devedor em instituições financeiras; o artigo 38 da Lei 4.595, de 1964, refere-se a informações e esclarecimentos necessários ao julgamento da causa, a que não se assimila a execução paralisada por falta de bens penhoráveis. Hipótese em que, sob o **nomem juris** de arresto, o MM. Juiz de Direito autorizou verdadeira penhora mediante a quebra do sigilo bancário. Recurso Ordinário provido. (RMS 7.275/96-SP — STJ — Turma 2)”

“Processo Civil. Execução fiscal. Quebra de sigilo bancário para a localização de bens. Inviabilidade. Lei 4.595/64, artigo 38. O sigilo bancário não teria qualquer consistência se, para aparelhar a execução, o credor pudesse desvelar os saldos depositados pelo devedor em instituições financeiras; o artigo 38 da Lei 4.595/64, se refere a informações e esclarecimentos necessários no julgamento da causa, a que não se assimila à execução paralisada por falta de bens penhoráveis. Recurso Especial não conhecido. (REsp 30.148/SP, Decisão 16.12.96, STJ — 2ª Turma)”

“Penal. Sigilo Bancário. Instituição privada. Sistema financeiro. Ministério Público.

— As funções institucionais do Ministério Público não alcançam a quebra de sigilo bancá-

rio, sem a intervenção do judiciário, ou operado ser por entidade privada.

— Recurso Especial não conhecido. (REsp nº 90.275/CE, Decisão 09.09.96, Tur. 6/STJ)”

“Direito Constitucional e Processual Penal. Pedido de quebra de sigilo bancário. Direito não-absoluto à intimidade. Índícios de autoria. Verdade real. Deferimento. Juízo de valor sobre a prova pretendida. Recurso desprovido.

I — É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no artigo 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria Lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada.

II — Tendo o Inquérito Policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa deve ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da verdade real ínsito ao Direito Processual Penal.

III — É impossível exercitar, **ab initio**, um juízo de valor a

respeito da utilidade do meio de prova pretendido, tendo em vista que ele pode ser válido ou não diante do contexto de todas as provas que efetivamente vieram a ser colhidas. (AGINQ nº 187/DF, Dec. 21.08.96, STJ — Turma CE)”

“Sigilo bancário. Procedimento fiscal. Lei nº 8.021/90, artigo 8º, parágrafo único.

I — O artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.021/90 não é auto-aplicável, dependendo a sua incidência de normas regulamentares a serem expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

II — Ademais, com relação a uma das empresas, a que se referem as informações pleiteadas pelo fisco, não havia procedimento fiscal iniciado.

III — Recurso Especial não conhecido. (REsp 22.824/CE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).”

Constata-se, inicialmente, que a recorrente suscitou preliminar de incompetência da Justiça Estadual que determinou a quebra do sigilo bancário da empresa.

A despeito da preocupação do Ministério Público estadual em perseguir a responsabilidade dos administradores do Banco do Estado de Goiás, entidade que concedeu os empréstimos às empresas, tal nos parece que a matéria realmente se insere na competência da Justiça Federal, à luz do

que dispõe a Lei 7.492/86 e a CF/88 no artigo 109, inciso VI, que dispõe sobre a competência da Justiça Comum Federal para processar e julgar os crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional.

Pela evidência dos documentos e das alegações contidas nos autos, os empréstimos foram resgatados por empreiteira, afastando, inicialmente, qualquer prejuízo de ordem patrimonial a entidade bancária oficial.

Dúvida assalta o Ministério Público estadual quando questiona se a empresa não teria sido utilizada como pessoa jurídica interposta para conseguir na rede bancária o levantamento das quantias emprestadas em favor de terceiros garantidores.

Esta dúvida, entretanto, ainda se encontra no plano de mera cogitação ou especulação em torno do fato que o MP estadual pretende elucidá-la com procedimento do inquérito civil público, a fim de responsabilizar os administradores estaduais por supostas infrações à Lei 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco).

Parece ao Ministério Público Federal que a questão não deva ser resolvida na esfera da Justiça Comum Estadual, como bem acertadamente suscitou a recorrente como preliminar. A referência à Lei 7.492/86 suscita, desde logo, o exame da questão da competência da Justiça Comum Federal a quem devia ter sido encaminhado, pelo menos em tese,

o supradito requerimento de quebra do sigilo bancário da empresa e de seus administradores.

Em princípio, por se tratar de uma sociedade comercial, empresa privada que regularmente toma empréstimo no mercado e é abonada por outras empresas também particulares, nenhuma irregularidade poderia ser vista, em tese, nas operações bancárias realizadas, cuja fiscalização dos contratos de tomada de empréstimos é exercida pelo Banco Central, órgão que não se pronunciou sobre o assunto, pelo menos ao que consta dos autos, de modo a concluir-se pela existência real de crimes contra o sistema financeiro nacional.

O parecer do Ministério Público Federal é no sentido do acolhimento da preliminar de incompetência da Justiça Estadual, para efeito de se reconhecer que o deferimento da quebra do sigilo foi autorizado por autoridade judiciária incompetente **ratione materiae** e **ratione personae**, à luz da Lei 7.492/86 e artigo 109, inc. VI da CF/88.

Quanto ao mérito, se superada a questão preliminar, parecem com inteira razão os argumentos da recorrente, como já acima demonstrado com a indicação de precedentes jurisprudenciais desta Egrégia Corte que não infirmam a decisão recorrida.

Diante do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário no sentido de que

seja anulado o Acórdão recorrido diante da incompetência da Justiça Comum Estadual para a concessão da quebra do sigilo bancário da impetrante, e, no mérito, pelo provimento do Recurso.” (Fls. 285/295)

Acompanho o Ministério Público, no entendimento de que a competência para conhecer desta lide reserva-se à Justiça Federal.

Com efeito, trata-se de fatos atípicos dos quais se teria cometido fato típico, descrito na Lei 7.492/86, cujo art. 26 reserva à Justiça Federal o conhecimento da respectiva ação penal.

Discordo, entretanto, da recomendação para que se declare nulo o Acórdão.

Cuida-se de Mandado de Segurança, contra ato de Juiz estadual.

O pedido foi bem dirigido ao Tribunal de Justiça, que o apreciou, no exercício de sua competência. Incompetente, na espécie, haveria de ser o Juízo federal, de cuja jurisdição excluem-se os atos de Juiz estadual.

Não há nulidade a proclamar.

Dou provimento ao recurso, para conceder a Segurança.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, os lembrados precedentes do Supremo Tribunal Federal são notórios, mas todos tiveram como razão o pedido

sem causa. Estamos no âmbito de Mandado de Segurança. Não temos o inquérito para verificar, nos elementos que justificaram a sua instauração, se os elementos indiciários têm, ou não, a causa que o motivou. Sem essa verificação não se pode concluir que o pedido de quebra de sigilo é sem causa. Se este pedido não é suficiente, reciprocamente, ele também é insuficiente para se dizer que há direito líquido e certo para Mandado de Segurança, onde se examina se há direito líquido e certo do impetrante para afirmar que o Juiz não podia autorizar a quebra do sigilo. Este é o fulcro, o núcleo da causa de pedir no mandado de segurança.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Eminentíssimo Ministro-Relator, qual é a causa, o que é que se imputa à impetrante, para que ela tenha o seu sigilo bancário quebrado?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Há de haver imputação, porque não se instaurou esse inquérito civil público sem que tenha havido alguma alegação.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O que se diz é que a diretoria do banco emprestou, sem as necessárias cautelas, à impetrante, e este teria sido um ato de prevaricação. A impetrante liquidou o débito.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pergunto a V. Exa.: O simples fato da quitação desse débito, do resgate da dívida exclui a ilicitude do ato? Se se tratasse de matéria tributária o pagamento, em certas hipóteses, exclui o crime. Se se

pratica um furto e depois de três, quatro ou cinco dias, efetua-se o ressarcimento da importância que se furtou, exclui a ilicitude do delito?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Não exclui.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Ela é co-autora porque co-autores são os dois. Se o contrato de mútuo entre as partes, quais sejam, a instituição financeira e a empresa, foi feito irregularmente é preciso saber se a simples quitação exclui ou não a culpabilidade de ambos e a ilicitude. Mas isso não é matéria para ser discutida no âmbito do mandado de segurança.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Senhor Ministro Demócrito Reinaldo, não há vínculo de afinidade entre a imputação e o próprio empréstimo.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O motivo pelo qual se instaurou o inquérito civil público não foi exatamente a irregularidade.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Ministro Demócrito Reinaldo, permita-me concluir este esclarecimento. O que se diz é que o empréstimo foi tomado sem garantias. Por que não se verificar a situação desses garantidos? O que isso tem a ver com o sigilo bancário da empresa?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Tem a ver pelo motivo de o fato típico, culpável e punível ser exclusivamente esse, qual seja, o de se contrair o empréstimo sem

as solenidades que a lei estabelece. O crime se perfectivo se aperfeiçoa nesse ponto. É um crime formal.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Mas essas solenidades são extrínsecas à conta bancária.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Então, nesse caso, não há crime, uma vez que essas irregularidades não constituem crime.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O que não há é vínculo de afinidade entre a imputação e a providência que se quer tomar. O que mais me preocupa é que essa competência é da Polícia Federal.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros, essa questão da competência é tal como se referiu o Senhor Ministro Milton Luiz Pereira: instaurou-se, por meio do Ministério Público, um inquérito civil público. No curso desse inquérito pediu-se a quebra do sigilo bancário daquelas pessoas envolvidas na irregularidade.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Exatamente, sendo este, então, um crime de colarinho branco.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pediu-se a quebra do sigilo bancário daquelas pessoas que fizeram um contrato de mútuo eivado de irregularidades. Pois bem. Então, por que se falar em competência? Só se poderia falar em competência depois que fosse concluído esse inquérito civil público remetido

do à autoridade judiciária competente, abrindo-se oportunidade para que as partes interessadas manifestassem a exceção de incompetência se ela fosse relativa ou suscitasse o conflito de competência se ela fosse absoluta. As partes ainda vão ter oportunidade porque, até este momento, não há notícia de que esse inquérito tenha sido concluído.

Esta questão de competência está completamente fora de propósito para se alegar ...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Não está, porque não vai haver oportunidade.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mesmo porque, nesta fase pré-processual não existe ainda jurisdição, e não existindo jurisdição não há que se falar em incompetência, porque ele não tem competência, tem atribuições.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Mas Ministro, o mandado de segurança é contra um ato judicial, não é contra ato administrativo.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sim, mas é preciso verificar, quanto ao ato jurisdicional, se há, se o inquérito estava ainda na fase da Justiça Estadual...

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O que se percebe, Ministro, é que ou havia competência ou o crime é de colarinho branco e a competência é da Justiça Federal ou então o crime não é de colarinho branco, e não se quebra o sigilo.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: No caso, V. Exa. terá também que trancar este inquérito civil público. Ele não pode ser instaurado pelo Ministério Público Estadual. O Ministério Público Estadual não tem atribuições para isso.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O que não pode haver agora é a quebra do sigilo bancário com fundamento na lei do colarinho branco.

APARTE

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, pela ordem. O alegado direito líquido e certo proclamado pelo eminente Subprocurador-Geral da República e exaltados pelo ilustre Advogado estaria na quitação. Sucede que a questão da competência, evidentemente, transborda para outros aspectos que não são desse campo da análise. A pretensão de que a quebra do sigilo só poderia ficar circunscrita aos crimes da Lei do Colarinho Branco vai de encontro ao próprio sistema inquisitorial, onde pode se iniciar uma investigação no rumo de um determinado tipo penal, ou de um ilícito administrativo, ou cível e, no entretanto, com a coleta dos elementos verificar-se que não é aquele o caminho; o caminho é outro. Somente na conclusão a autoridade decifrará qual o juízo competente. Mantida a competência, surgindo uma outra, suscitar-se-á o conflito ou a exceção de incompetência. Em contrário pensar, ficariam as autoridades inibi-

das pela dúvida sobre a competência de uma autoridade ou outra. A situação competencial firma-se com a verificação, pelo menos razoável, dos elementos indiciários.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, para desenvolver o meu raciocínio, assinalo que se cuida de Mandado de Segurança, sob a afirmação da liquidez e certeza do direito alegado.

Nessa esteira, referentemente à incompetência, não vejo como se possa amoldar-se ao rito do Mandado de Segurança a solução de questão que me parece restrita aos limites de Conflito de Competência. Outrossim, comenta-se que não há conflito configurado, porque o ato judicial, atacado na via do Mandado de Segurança, foi proferido e se constitui pelo Juiz de Direito da Sétima Vara Cível, segundo os registros feitos da Comarca de Goiânia e, no que diz respeito à competência para o ato ensejador da impetração, ela não foi enfrentada, ou excepcionada.

Por outro lado, desprezada essa circunstância, as alegações de incompetência das autoridades estaduais, seja no tocante ao Ministério Público ou à Polícia, não me convenceram no âmbito do Mandado de Segurança ao derredor da liquidez e certeza.

As instâncias administrativa e penal são autônomas. O fato singularizado e enfatizado da quitação da

dívida não me parece que, por si, impeça as averiguações objetivadas no inquérito; na amplitude de outros ilícitos, não só na esfera administrativa como também na esfera penal.

O inquérito instaurado — inquérito civil público — pode, sem dúvida nenhuma, colher novos elementos que não adstritos àquela quitação, para demonstração da existência de suficientes indícios para a capitulação, seja de um dos citados crimes do “Colarinho Branco”, ou quanto a um ilícito fiscal, ou, por desdobramentos de outras infrações de natureza administrativa. Por isso antes da conclusão do inquérito, não vejo a possibilidade, desde logo, de ficar definida a competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual. De efeito, se apontados crimes de natureza federal, a respeito irá se pronunciar o Ministério Público Federal, decorrendo consequências jurídicas próprias. Se os crimes, a final, demonstrados por indícios suficientes, tipificarem crimes comuns, não aprisionados à competência da Polícia Federal ou da Justiça Federal, evidentemente o encaminhamento será para o Juízo competente do Estado. De qualquer forma, o inquérito está ainda em curso. Soma-se que, imaginar a necessidade da conclusão do inquérito para depois solicitar o sigilo, estar-se-ia constituindo, **a priori**, dificuldade para a coleta dos elementos indiciários, uma vez que o sigilo ou as informações decorrentes da sua quebra é que nortearão a tipificação deste ou daquele ilícito, seja no âmbito administrativo, cível

ou penal. Aliás, temos inúmeros precedentes, onde foi pela autoridade judiciária, a requerimento do Ministério Público antes de encerrado o inquérito civil público ou antes de encerrado o inquérito policial, autorizada a quebra do sigilo, a fim de serem bem orientadas as investigações.

Em outro aspecto, dizer-se que a competência é do Banco Central e que, portanto, não competiria a outra autoridade averiguar, não vejo procedência. O Banco Central tem nas suas atividades gerenciais a competência para a política monetária, administração e fiscalização dos agentes financeiros. Ora, a inércia do Banco Central não inibe o Ministério Público na ação civil pública ou para agir no inquérito civil público, nem a polícia estadual na perseguição e coleta de outros elementos, com atividades investigatórias. Se a inércia do Banco Central servisse para inibir, certamente seria um caminho muito favorável àqueles colocados sob suspeição. Conhecemos casos de responsabilidade civil do Banco Central, por inércia na apuração de faltas administrativas. Porém, outras autoridades não ficaram tolhidas na procura de elementos para a demonstração de outros ilícitos.

Demais disso, inexistente conflito de competência, não me conste que foi suscitado conflito de atribuições.

Por outro lado, quanto à concomitância de inquéritos na Polícia Federal, na Polícia Estadual, ou, ainda, de inquérito administrativo,

os três podem prosseguir. É evidente que, cada um dentro do âmbito da própria competência e finalidade, embora possam levar a uma ou mais denúncias, dependendo da capitulação dos ilícitos apurados ou das responsabilidades apuradas.

No que diz respeito ao contraditório, seja doutrinariamente, seja pela via da construção pretoriana, tem-se entendido que no inquérito não há que se cogitar do contraditório. Evidentemente, há a notícia ao interessado, ele é ouvido, seus elementos de informação, sem a configuração de formal contraditório no inquérito. O contraditório é amplo, mas, no momento em que se consolide a acusação formal. No inquérito há apenas a participação instrumental de defesa. Tanto que o advogado, no inquérito, na verdade, não faz defesa e sim acompanha, por exemplo, sem o direito de articular perguntas e contestação.

Um ponto, este sim, me preocupou, referente à notícia dada pelo ilustre Advogado de que foi impe-trada segurança na Justiça Federal, porque também na Polícia Federal existiria um inquérito com o pedido de quebra de sigilo, com sentença e Acórdão transitado em julgado. Todavia, recentemente, na Egrégia Primeira Seção, foi apreciado conflito de competência, no qual se verificavam situações muito interessantes quanto às suas conseqüências jurídicas. O Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deferiu liminar para que não se concretizassem os atos de quebra do sigilo, enquanto que o Juiz Federal,

em outro Mandado de Segurança negou a liminar. Desse modo, a pessoa que deveria fornecer os elementos de informação tinha duas ordens judiciais: uma impedindo e uma outra autorizando a quebra de sigilo. A solução que se deu foi — pelo menos a maioria assim entendeu — que não havia conflito, porque as instâncias têm competências autônomas especializadas e os atos diferenciaram-se no tocante à finalidade. Portanto, como as autoridades agiram no âmbito de sua competência constitucional não existiria conflito. Essas razões inspiram-me a concluir que, no caso, não se configurou conflito de competência.

Por outras veredas, estamos tratando do Mandado de Segurança atacando ato judicial. Qual? Pelo que estou entendendo o Mandado de Segurança foi impetrado perante o egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, ato do Juízo da 7ª Vara Cível. Esse é o ato que ensejou este recurso. O Tribunal julgou, entendendo que não havia liquidez e certeza e denegou a segurança. Não vejo edificado o direito líquido e certo contra ato judicial resultante do prudente arbítrio do Juiz e salvaguardado no exame feito pelo Tribunal de Justiça. Não diviso, aqui, como estabelecer-se fundamento para a concessão da segurança, sob o argumento da existência de conflito de competência. O escudo baseado no fato de que houve quitação da dívida é mera conjectura, porque somente com as informações decorrentes é que surgirão elementos para a indicação, ou não, de crime, abrindo caminho para a fixação da competência.

Com todas as vênias dirigidas ao Eminentíssimo Ministro-Relator, apesar da preciosidade dos fundamentos do seu voto, lastreado no parecer do Ministério Público apoiados aqui, oralmente, pelo eminente Subprocurador, Doutor César, no recolhimento das minhas reflexões, não estou convencido de que exista direito líquido e certo para a segurança impetrada contra o ato do Juízo da 7ª Vara Cível da Justiça de Goiás.

Com estas considerações, Senhor Presidente e com as reiteradas vênias, divirjo de V. Exa. votando pelo improvimento do recurso.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, ouvi atentamente todo o debate que se instaurou. Fico, no particular, com a compreensão de que não me impressionam as alegações referentes ao problema da incompetência, em face da extensão que pode tomar a investigação criminal. Não obstante o Ministério Público, segundo tudo indica, tenha instaurado ação civil pública visando tão-somente apurar crimes cometidos contra o sistema financeiro, é bem verdade que essa investigação pode se desdobrar. Um aspecto me impressiona muito, o qual foi suscitado por V. Exa. no corpo do voto: em nenhum momento pareceu-me aqui presente qualquer fato, pelo menos razoável, determinando uma investigação que resultasse na quebra do sigilo bancário da impetrante. E como todos nós sabemos, o Supremo Tribunal Fede-

ral tem construído uma doutrina muito vinculada ao sigilo bancário — o sigilo bancário é uma exceção e é quase como uma mitigação do direito à intimidade — no sentido de que só se permite quebra do sigilo bancário quando há uma razoabilidade de prova de que ilícito foi cometido, não chegando a exigir que haja uma prova comprovada de cometimento ilícito, mas sim a possibilidade de uma investigação. Lembrando-me dessa doutrina e pesquisando-a, agora, via Internet, encontrei a decisão do Supremo Tribunal Federal na Petição de Inquérito nº 577/DF: (lê)

“Inexistentes os elementos de prova mínima de autoria do delito em inquérito regularmente instaurado...”

O inquérito foi regularmente instaurado, não temos qualquer dúvida, mas, em relação ao impetrante, em nenhum momento há notícia de que houvesse qualquer elemento de prova, um elemento mínimo que determinasse que ele tivesse cometido qualquer delito dentro do campo em que a investigação está sendo tratada.

Então, assim termina o acórdão do Supremo Tribunal Federal (lê):

“... Indefere-se o pedido de sigilo bancário, com base no art. 38 da Lei nº 4.595.”

Dentro dessa mesma linha decidiu o Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 923/DF, do qual foi relator o eminente Ministro Moreira Alves (Lê):

“Questão de ordem. Solicitação de fornecimento de cópia da documentação resultante da quebra de sigilo bancário.”

Nesse inquérito o Supremo Tribunal Federal tinha competência originária.

“Questão de ordem. Solicitação da Delegacia da Receita Federal em Brasília do fornecimento de cópia da documentação resultante da quebra do sigilo bancário do indiciado para a instrução de inquérito penal. Impossibilidade de atendimento desse pedido, em face do disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Indeferimento da solicitação **in casu**”.

Dessa forma, mostra-se ao Supremo que se está fazendo, cada vez mais, um alongamento dessa jurisprudência de que se deve limitar a investigação do sigilo bancário ao mínimo e, além desse mínimo de ilícito cometido, ao tipo de ilícito cometido.

Então, penso, Sr. Presidente, segundo entendi do relatório e do voto que V. Exa. proferiu e seguindo o parecer do Ministério Público e as razões apresentadas, que esse mínimo não está presente.

Peço vênha para acompanhar o voto do Sr. Ministro-Relator, concluindo por dar provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: — Estamos diante de um mandado de segurança e o ato é de um Juiz Estadual. Não cabe ao Juiz Federal apreciar mandado de segurança contra autoridade estadual.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Aparte): Mas não foi o Juiz Federal.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas o mandado de segurança é impetrado contra ato do Juiz Estadual.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sim. E foi julgado pelo Tribunal.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Então, se é um mandado de segurança impetrado contra ato de Juiz Estadual, não cabe à Justiça Federal apreciar esse ato.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Mas ela não apreciou.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Claro que tem que ser a Justiça Estadual, até para dizer que a competência é da Justiça Federal.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Mas ela não apreciou.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Em princípio, a competência não é da Justiça Federal. Como lembraram os Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira, estamos ainda na fase de inquérito, não se apurou crime algum. Como sa-

ber se a competência é da Justiça Federal? Baseado em quê?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Mas o mandado de segurança é contra um ato judicial.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sim, mas praticado por um Juiz Estadual. Cabe a quem apreciar este ato?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Ao Tribunal de Justiça.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Pois então, não é competência da Justiça Federal.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não. O Tribunal de Justiça apreciou.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: E disse que a competência é da Justiça Federal.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Eu é que estou dizendo agora, por isso estou dando provimento ao recurso.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Aparte): O Tribunal não disse isso. E o Tribunal de Justiça não apreciou esta questão.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Então cabia ao Tribunal de Justiça apreciar este mandado de segurança.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Estou dizendo exatamente o que V. Exa. diz.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Além do mais, desse inquérito civil público, pode haver

desdobramentos. Desdobramentos para incluir outras pessoas e desdobramentos para indiciamento em relação a outros crimes, a outros delitos.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Aparte): Eu afastei o fundamento da incompetência.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A exemplo dos Ministros Milton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo, também, entendo que no caso não há direito líquido e certo, a esta altura, de trancar este inquérito.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Ele não quer trancar o inquérito.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Então qual é a finalidade do mandado de segurança?

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Ele não é sequer inquirido, ele não é parte no inquérito.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: É somente para o sigilo bancário.

PELA ORDEM MATÉRIA DE FATO

O SR. JOSÉ PERDIZ DE JESUS (Advogado): Apenas para esclarecer a V. Exas., leio a petição de fls. 22, do Ministério Público Estadual ao Juiz da Sétima Vara:

“O Ministério Público Federal, em virtude do depoimento da Sra. Rosilene Fátima de Castilho Oliveira, instaurou no dia 03 de ou-

tubro de 1995, inquérito civil público para apurar a ilegalidade de diversas operações bancárias no BEG, nas agências do Rio Verde, Itaberai e Brasília, com a provável participação do então presidente da instituição, Sr. Aires Neto Campos Ferreira, bem como dos gerentes intermediários. Não consta a Astro Gráfica, não consta ninguém.”

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Não há nenhuma imputação contra ela.

Peço vênia, Ministro Garcia Vieira, porque talvez o meu voto não tenha sido esclarecedor. Parece que eu disse que é a Justiça Federal que deve julgar. Não. O Ministério Público recomendou que se declarasse nulo o julgamento do Tribunal de Justiça. O que digo é que o pedido foi bem dirigido ao Tribunal de Justiça que o apreciou no exercício de sua competência. Incompetente haveria de ser o Juízo Federal. Concluo como V. Exa.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sim, mas até para dizer que a competência é da Justiça Federal, quem tem que julgar, realmente, é o Tribunal de Justiça. Só que, com referência às demais questões, estou de acordo com o Ministro Milton Luiz Pereira. Não vejo também direito líquido e certo de, a essa altura, impedir que se prossiga com esse inquérito e, se for o caso, também de quebrar o sigilo.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Cuida-se de mandado

de segurança impetrado por Astro Gráfica e Editora Ltda. e outros (seus sócios) contra ato do Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Goiânia-GO e que, atendendo pedido do Ministério Público Estadual, no curso de Inquérito Civil Público, lhes quebrou o sigilo bancário.

Malgrado concedida a liminar, a segurança foi denegada pelo Tribunal de Justiça, “sob color de inexistência de ilegalidade do ato coator, porquanto, a quebra do sigilo bancário, por autorização judicial, em sede de procedimento investigatório, é admissível, inexigindo contraditório e defesa”.

Irresignados, os impetrantes manifestaram recurso ordinário em que alegam, sucintamente:

a) a inexistência de defesa e do contraditório;

b) a desnecessidade da quebra do sigilo bancário, no caso, porquanto a quantia tomada como empréstimo na Instituição Financeira foi resgatada com juros e demais consectários, antes da instauração do processo investigatório;

c) o sigilo bancário é assegurado em preceito constitucional e regra de Lei Complementar;

d) a incompetência da autoridade judiciária para determinar a quebra do sigilo; e do Ministério Público estadual;

e) a quebra do sigilo foi autorizada com base em meras suspeitas.

O Ministro-Relator — Humberto Gomes de Barros — deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo eminente companheiro José Delgado, enquanto os Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira lhe negaram acolhida.

Pedi vista por me assaltarem dúvidas, sobretudo se os motivos autorizadores da quebra do sigilo são suficientes para justificar medida de exceção, rompendo com a garantia constitucional inscrita em cláusula pétreia.

Observo, agora, após detido exame dos autos, em confronto com o voto do nobre Relator, que a quebra do sigilo se revestiu de injuridicidade, eis que:

a) a justificação é insuficiente, por se embasar em meras suspeitas;

b) o juiz que concedeu a medida é, efetivamente, incompetente;

c) a quebra do sigilo se me apresenta como desnecessária.

De fato, o Inquérito foi instaurado, na esfera do Ministério Público estadual para efeito de apuração de irregularidade em contrato de mútuo celebrado pelos impetrantes com o Banco do Estado.

Sucedo que, antes mesmo da instauração do Inquérito e, no prazo estrito do vencimento, o empréstimo questionado foi pago, pelos impetrantes, acrescido dos juros e demais consectários. E como a investigação se funda na Lei de nº 8.428,

de 02 de junho de 1992, cuja finalidade precípua é a apuração de possíveis danos à Administração Pública, para possibilitar o subsequente *ressarcimento*, a investigação, nesta fase, em relação aos impetrantes, está totalmente *esvaziada*, tornando-se *desnecessária* e se transmutando em violência contra direito assegurado na Constituição Federal.

É o próprio juiz que, ao deferir a medida de exceção — quebra do sigilo — esclarece:

“Em peça investigatória onde se apura a prática de irregularidades e infrações penais decorrentes de empréstimos bancários fraudulentos, não há possibilidade de desenvolvimento das investigações policiais sem a necessária quebra do sigilo bancário dos contratantes e beneficiários dos contratos bancários investigados”.

E, em sua decisão, escreveu:

“Conforme já exposto, o Ministério Público busca a quebra do sigilo bancário e fiscal das pessoas jurídicas e física supramencionadas, a fim de se apurar irregularidades no Banco do Estado de Goiás, estando em andamento Inquérito Civil que poderá servir de base à futura ação civil pública” (fl. 35).

Não concebo, pois, como se determinar quebra de sigilo bancário (e fiscal) de pessoas, para efeito de

apuração de possíveis irregularidades em Banco do Estado, no momento em que estas pessoas já não possuem nenhum vínculo contratual com a referida Instituição Financeira. É que, como já se afirmou, se contrato de mútuo existiu entre os impetrantes e o Banco, o débito foi resgatado, em tempo oportuno e muito antes da instauração do Inquérito. Os impetrantes — pessoas físicas e jurídica — eram (e são), no momento em que se iniciaram as investigações, pessoas inteiramente estranhas ao Banco de Goiás, nenhum vínculo existindo entre eles, pois, o contrato de mútuo que, antes, havia, já se tinha resolvido com o pagamento. Qual a motivação que justifica a quebra do sigilo bancário, protegido por norma constitucional? O fato de ter, em tempo passado, contratado com o Banco de Goiás, por si, justifica a medida de exceção? Parece-me que não. A investigação, a partir do momento do pagamento, se dirige contra o Banco. A única obrigação dos impetrantes, já desvinculados de qualquer vínculo com a Instituição Financeira, é a de prestar esclarecimentos, como declarantes ou como testemunhas; nunca como investigados.

Por outro lado, segundo me parece, o juiz estadual não tem competência para autorizar a quebra do sigilo bancário, nos termos em que foi postulada.

É o próprio Ministério Público, que requereu a medida, que escreveu:

“Art. 109. Aos juízes Federais compete processar e julgar:

VI — os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o Sistema Financeiro e a ordem econômica financeira”.

E continua:

“Como foi visto, não se trata de ação penal mas, ao contrário, de ação por ato de improbidade administrativa. Ainda mais, saliente-se que as sanções contidas na Lei nº 8.429/92 independem das sanções penais, cíveis e administrativas previstas em legislação específica. Não sendo a quebra dos sigilos bancário e fiscal destinada a posterior ação penal, mas, ao contrário, a ação civil por ato de improbidade, não há que se falar em Justiça Federal” (fl. 43).

Ora, as afirmações do Ministério Público estão inteiramente divorciadas dos fatos da causa, dos documentos e do acórdão recorrido.

Com efeito, ficou explicitado, de forma clara e precisa, no acórdão impugnado:

“Ora, segundo denota-se da Portaria de instauração de Inquérito Civil Público, concluiu-se que das investigações serão apuradas as responsabilidades civil e *criminal* dos envolvidos. Enquanto a responsabilidade criminal realmente direciona-se para a competência da Justiça Federal, diverso é em relação à responsabilidade civil, onde certamente a justiça estadual é a competente

para processar e julgar virtual ação civil pública que vise o ressarcimento ao erário público estadual lesionado” (fl. 230).

Torna-se, pois, indubitado, que o procedimento investigatório foi instaurado com dupla finalidade: apuração de irregularidades na órbita civil e, também, a apuração da existência de *crimes*. É o que decorre da Portaria de Instauração do Inquérito Civil Público, como bem se inscreve no acórdão do Tribunal **a quo**. Se assim o é, como reconhecem o Ministério Público e o aresto desafiado, no Inquérito se pretende, também, investigar-se a existência de possíveis crimes contra a instituição financeira. E, no caso, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal (art. 109, VI, da Constituição Federal). E como, a autorização pertinente à quebra do sigilo bancário, no curso do Inquérito, constitui, indiscutivelmente, uma decisão do juiz, em sua *função jurisdicional* (como membro do Poder Judiciário) e nada mais é do que um *incidente* da ação *penal subseqüente*, competia só e só ao Juiz Federal proferir a referida *decisão autorizativa*.

Explicitando melhormente, o Inquérito tem natureza (e finalidade) *penal e civil* e constituiu um *só instrumento, inseparável*, enquanto não estiver sob a jurisdição de um juiz. Portanto, no conflito entre juiz estadual e federal, prevalece a competência deste, por ser considerada a Justiça Federal, como *especial*. É a jurisprudência do STF. A decisão do juiz, além de desfundamentada

e desnecessária é nula, em face de sua manifesta incompetência.

De outra feita, ao julgar Mandado de Segurança (nº 96.01.04841-3-Goiás) e com o fim de anular decisão de juiz que determinou a quebra de sigilo bancário da primeira impetrante, assim se manifestou o Juiz Fernando Gonçalves, hoje eminente Ministro deste Sodalício:

“A autoridade policial, ao solicitar a quebra do sigilo bancário e fiscal dos impetrantes, colocou em destaque a necessidade de verificar se o empréstimo foi destinado efetivamente a outras pessoas, que não a gráfica, e se houve pagamento por parte de outra empresa, com ela não relacionada, a caracterizar a simulação de negócio, com responsabilidade por ato de improbidade dos agentes públicos, notadamente os diretores do banco. O delito em apuração consiste a teor da Lei 8.429/92 no ato de improbidade administrativa lesiva ao erário notadamente pela realização de operações financeiras sustentadas por garantias insuficientes ou inidôneas. Esse questionamento, entretanto, carece de lógica, pois, a quitação, no prazo do emprésti-

mo, torna despicienda a investigação. Presumidamente, não houve nem uma coisa nem outra: “nem o erário foi lesado e a eventual ou insuficiência da garantia oferecida não interessa ou é irrelevante” (fl. 251). Se o empréstimo foi pago, dentro do prazo previsto, inclusive com os juros devidos, não há motivo, por enquanto, para a quebra do sigilo bancário e fiscal, com fundamento apenas em meras suspeitas” (fl. 252).

In casu, além da incompetência do juiz prolator da decisão e da desfundamentação desta, inexistem elementos de prova, que justifiquem medida de caráter violento, por em desacordo com norma constitucional.

Com estes argumentos, pedindo vênua aos eminentes Ministros que pensam em contrário, o meu voto é de inteiro acordo com o do Relator, salientando, entretanto, que, de futuro, se novos elementos surgirem e quando as diligências estiverem sob a jurisdição de juiz competente, este poderá reexaminar a conveniência e necessidade da quebra do sigilo bancário e fiscal dos impetrantes.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 92.738 — CE

(Registro nº 96.0022070-0)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Pescanave S.A. — Pesca e Exportação*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogado: *Dr. Manoel de Freitas Cavalcante*

Procuradores: *Drs. José Saraiva de Souza Junior e outros*

EMENTA: Tributário. Imposto de renda. Isenção. Pessoa jurídica. “Lucro da exploração”. Decreto-Lei nº 1.598/77 (art. 19).

1. Inexistência do direito de adicionar ao lucro abrangido o excesso de remuneração paga aos administradores de pessoa jurídica favorecida pela isenção.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Impedido o Senhor Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Humberto Gomes de Barros.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Relator.

Publicado no DJ de 24-11-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Trata-se de Recurso Es-

pecial, fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, atacando o v. aresto do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim sumariado:

“Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Isenção. Exclusão do excesso de remuneração paga aos administradores no cálculo do lucro de exploração. Inteligência do art. 19, do DL nº 1.598/77.

Não integra o conceito legal de ‘lucro de exploração’ o excesso de remuneração paga aos administradores de pessoa jurídica beneficiada com isenção do IR calculado sobre o referido lucro, **ex vi** do disposto no art. 19, do DL 1.598/77.

Inexistência do direito de adicionar ao lucro abrangido pela isenção o excesso da remuneração suso referida.

Impossibilidade de dar-se interpretação extensiva à legislação isencional, por força do art. 111, II, do CTN.

Sentença mantida.” (fl. 105).

O Especial fundamenta-se em contrariedade aos “Decretos-Leis nºs 1.564/77 e 1.598/77 que instituem a isenção de imposto de renda para determinados empreendimentos, bem como o exato alcance dessas isenções, dado pela conceituação por este último diploma que seja ‘Lucro da Exploração’. De fato está convencida a Recorrente, como demonstrará adiante, que o artigo 19, do Decreto-Lei 1.598/77, ao conceituar o lucro da exploração determinou a inclusão neste conceito de todos os resultados operacionais, inclusive despesas operacionais ‘não dedutíveis’ como excesso de **pro labore** uma vez que só previu a exclusão de resultados não operacionais.” (fls. 108/109).

Sustenta:

“Não há, efetivamente, alusão expressa que tenha sido feita pelo artigo 19 do Decreto-Lei nº 1.598/77 às despesas operacionais não dedutíveis, entre as quais se encontra o excesso de retiradas a título de **pro labore**. No entanto essa ausência de referência feita pelo art. 19 às despesas operacionais não dedutíveis, não significa em absoluto que não sejam consideradas como elementos de cálculo para a determinação do lucro da exploração, muito pelo contrário.”

omissis

“Assim, resolvida essa questão preliminar, já sabendo ser o excesso de **pro labore** pago uma despesa operacional, que entra portanto na composição do lucro

da exploração, resta finalmente que se determine como se dá a participação desse elemento de cálculo na determinação do lucro da exploração.”

omissis

“A questão em exame, aqui, consiste em saber se as quantias correspondentes a despesas com excesso de **pro labore**, operacionais, mas consideradas não dedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto, ficam sujeitas ao imposto, no caso ser dele isenta a pessoa jurídica.

Entende a Recorrente, com respaldo no princípio hermenêutico **ubi lex non distinguit nec interpres distinguere debet**, ou seja, onde a lei não faz distinção não caberá ao intérprete fazê-la, que já que é obrigada a adicionar o valor dos excedentes de **pro labore** ao lucro líquido do exercício para determinação do lucro real, esse mesmo valor excedente deverá ser adicionado também ao mesmo lucro líquido para fins de determinação do lucro da exploração. Não havendo disposição legal específica para o procedimento a ser adotado com essas parcelas, no cálculo desse lucro da exploração, deve ser empregado o mesmo previsto para o cálculo do lucro real. Se a lei não proíbe tal procedimento não caberá ao intérprete fazê-lo.

Se em direito penal temos o brocardo **nullum crimen, nulla poena sine lege praevia** em direito tributário teríamos, de maneira análoga o enunciado **nul-**

lum tributum sine lege prae-
via. E se não há lei que proíba a
adição de despesas operacionais
não dedutíveis ao lucro da explo-
ração não há motivo para que tal
procedimento seja proibido, de-
vendo-se, ao contrário, neste ca-
so, proceder como manda a regra
geral que estipula o modo de cál-
culo do lucro real. A legislação
aplicável não determina sejam
excluídas do lucro da exploração
as parcelas que considera in dedu-
tíveis da base de cálculo do tri-
buto.

Em se tratando de pessoa ju-
rídica cujo lucro sujeita-se ao im-
posto, as quantias ditas não
dedutíveis são tributadas. Em se
tratando de pessoa jurídica cujo
lucro não enseja a incidência do
imposto, vale dizer, de pessoa ju-
rídica isenta, não se tributam
aquelas quantias porque elas
nada mais são do que parcelas do
lucro.

No caso de que se cuida a Re-
corrente é isenta do imposto de
renda. A tributação das quantias
ditas 'não dedutíveis' implica tri-
butar parte de seu lucro, reduzin-
do indevidamente o alcance da
isenção, o que é absolutamente
inadmissível.

Em se tratando de empresa
cujo lucro não está sujeito ao im-
posto de renda, como é o caso da
Recorrente, essa adição não pro-
duz qualquer efeito tributário. O
lucro, recomposto pela adição das
parcelas que a legislação não ad-
mite como despesa, é isento do
imposto." (fls. 109/111).

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

O ínclito Presidente do egrégio
Tribunal de origem admitiu o Espe-
cial em decisão assim fundamenta-
da:

"Encontram-se presentes os
pressupostos genéricos do recur-
so, quais sejam, tempestividade,
interesse e legitimidade para re-
correr e regularidade formal.

Passando à análise dos requi-
sitos intrínsecos do recurso, en-
tendo que o mesmo merece segui-
mento tão-somente quanto ao
Decreto-Lei 1.598/77, uma vez
que a matéria foi devidamente
prequestionada e a fundamenta-
ção foi suficientemente ampla,
permitindo a exata compreensão
da controvérsia, com indicação
precisa do dispositivo legal por-
ventura violado, bem como do
permissivo constitucional, auto-
rizador do apelo especial.

Com tais considerações, admi-
to o recurso." (fl. 117).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ
PEREIRA (Relator): Compendiadas
as informações colhidas nos autos,
revela-se que, lida de alegada "ise-
nção do imposto calculado sobre o lu-
cro da exploração", conforme Porta-
ria DAI/PTE — 0166/90, expedida
pela Sudene, em Ação Anulatória de
Débito Fiscal, articulou a parte au-
tora:

(...)

“... em virtude de erros no preenchimento de sua Declaração de Rendimentos, a Autora recebeu a Notificação de Lançamento anexa (doc. 12), por não haver efetuado o cálculo do adicional do Imposto de Renda sobre o lucro excedente a Cz\$ 2.128.000,00 no quadro 15, item 4 do Formulário 1, bem como por não ter efetuado o cálculo do adicional a que tem direito sobre o Lucro da Exploração no Anexo 2, Quadro 10, item 10 de sua Declaração, o que resultou na apuração de imposto menor que o declarado. Este foi o entendimento do Fisco.

Inconformada a Autora impugnou a referida notificação (doc. 13), porém, não obteve êxito conforme a Decisão nº 889/90 do Sr. Delegado da Receita Federal, que julgou procedente a Ação Fiscal (doc. 14).

Outrossim, ao fazer a devida retificação (doc. 15), a Autora verificou que efetivamente não havia incluído o aludido adicional. Por outro lado, também não havia incluído no cálculo do Lucro da Exploração o valor referente ao excesso de retiradas de administradores, o que trouxe substancial alteração no cálculo da isenção do imposto de renda.” (fl. 4).

A União Federal aduziu na contestação:

(...)

“4. Por força da lei de outorga da isenção deferida à Autora, in-

cide ela sobre o lucro da exploração.

5. O lucro da exploração, por sua vez, está assim disciplinado pelo art. 19 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

‘Considera-se lucro da exploração o lucro líquido do exercício ajustado pela exclusão dos seguintes valores:

I — a parte das receitas financeiras (art. 17) que exceder das despesas financeiras (art. 17, parágrafo único);

II — os rendimentos e prejuízos das participações societárias; e

III — os resultados não operacionais.’

6. Ora, a atividade fiscal é vinculada, tanto para o órgão tributante como para o contribuinte. Em conseqüência, falece à Promovente qualquer poder para incluir no lucro da exploração o excesso de remuneração.

7. É que, nos critérios de ajuste do lucro da exploração não há previsão do excesso de remuneração.

8. O excesso de remuneração importa, em termos realísticos, num esvaziamento do lucro do exercício, através de repasse para os administradores. Vale dizer, configura distribuição de lucro.

9. O § 3º do art. 19, do Decreto-Lei nº 1.598 dispõe, a propósito:

‘O valor do imposto que deixar de ser pago em virtude de isenções de que trata o § 1º não poderá ser distribuído aos sócios e constituirá reserva de capital da pessoa jurídica, que somente poderá ser utilizada para absorção de prejuízos ou aumento de capital social.’

.....

12. O argumento de que o excesso de retiradas integra o lucro que é isento, não pode **data venia** ser invocado.

13. Na verdade, o lucro, na sua totalidade não é isentado. A isenção incide apenas sobre a parte dele mantida na empresa. Nunca sobre a parte distribuída pela empresa mediante a rubrica excesso de remuneração. Esta não foi atingida, por absoluta ausência de justificativa, pela norma isentiva.

14. O legislador, em nenhum dispositivo, permitiu à Autora adicionar o excesso de remuneração ao lucro da exploração para igualá-lo ao lucro real, eximindo-se da tributação. Em absoluto, mandou, sim, adicionar o excesso de remuneração ao lucro líquido para determinação do lucro real.

15. Excesso de retirada ou distribuição de lucro se equivalem, estando, por expressa determinação legal, fora do manto protetor da norma de isenção.” (fls. 62 a 64).

Nesse contexto, julgando a apelação, o egrégio Tribunal **a quo**, negando provimento, conforme sumariado no vergastado v. Acórdão, assentou:

— “Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Isenção. Exclusão do excesso de remuneração paga aos administradores no cálculo do lucro de exploração. Inteligência do art. 19, do DL nº 1.598/77.

Não integra o conceito legal de ‘lucro de exploração’ o excesso de remuneração paga aos administradores de pessoa jurídica beneficiada com isenção do IR calculado sobre o referido lucro, **ex vi** do disposto no art. 19, do DL 1.598/77.

Inexistência do direito de adicionar ao lucro abrangido pela isenção o excesso da remuneração suso referida.

Impossibilidade de dar-se interpretação extensiva à legislação isencional, por força do art. 111, II, CTN.

Sentença mantida”. (fl. 105).

Adveio o Recurso Especial, pondo no cenáculo do debate o art. 19, Dec.-Lei nº 1.598/77, em síntese, destacando:

“... A questão em exame, aqui, consiste em saber se as quantias correspondentes a despesas com excesso de **pro labore**, operacionais, mas consideradas não dedutíveis na determinação da base de cálculo do imposto, ficam sujei-

tas ao imposto, no caso ser de-le isenta a pessoa jurídica” (fl. 110).

Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido (art. 105, III, a, C.F.).

Desimpedido o pórtico para o exame, tendo como ponto primordial o art. 19, Dec.-Lei 1.598/77, ao derredor do *lucro da exploração*, conforme adiantado, conseqüente de operações feitas por pessoa jurídica, para favorecer o desate, primeiramente, comporta anotar que, dito lucro, advém “das atividades relativas aos setores ou empreendimentos objeto de incentivo fiscal ou tributação favorecida”, considerando o lucro líquido do exercício antes de provisionado para o Imposto de Renda.

Esclareça-se que, no caso, trata-se de contribuinte com empreendimento aprovado pela Sudene.

Feito esse encaminhamento, exalta-se a composição do *lucro da exploração* (art. 19, Dec.-Lei 1.598/77; Dec.-Lei 2.065/83), não se negando que a parte recorrente beneficiava-se de incentivos fiscais na vigência da legislação comemorada, por correspondente ato declaratório (Portaria DAI/PTE — 0166/90 — Sudene —). Porém, não está em causa o direito à isenção ou revogação do benefício, mas, isto sim, a tributação acoimada de exasperante e ilegal.

Nessa esteira, tem significação observar que não está em causa o direito à isenção ou revogação de favor fiscal, pois,

“... o direito a isenção da petionária foi totalmente concedido, com base no lucro da exploração, e o que está sendo exigido a mais, é em razão da falta de cálculo do adicional do imposto de 10% sobre o Lucro Real excedente a CZ\$ 2.128.000,00, bem como, pelo fato da empresa ter obtido um Lucro Real, superior ao lucro da exploração. Nestes casos, mesmo as empresas com isenção total de imposto, geralmente, se obtém imposto a recolher, depois de deduzida toda a isenção a que tem direito, com base na legislação. A própria empresa já havia apurado imposto a recolher, só que a menor do que o devido” (fl. 38).

Com efeito, não houve negativa de isenção, apenas ocorrendo a compatibilização do imposto calculado, observado o “lucro real”, confrontado com o “lucro da exploração”. Daí as certas razões contempladas no voto condutor do objurgado aresto, **verbis**:

(...)

“... se a lei de outorga da isenção em comento determina sua abrangência tão-somente em relação ao lucro de exploração — ao qual não se integra o excesso de retirada dos administradores — não se pode modificar a definição legal do aludido lucro, a fim de atender aos reclamos da apelante.

Ressalto, ainda, que as decisões do ex-TFR transcritas na exordial dizem respeito ao cálculo do lucro contábil, e não do lucro de exploração.” (fl. 103).

Outrossim, averba-se que o *lucro da exploração*, útil à base de cálculo nas isenções, reduções e exclusões deferidas às pessoas jurídicas pelo exercício de certas atividades, deve ser constituído nos restritos lindes definidos em lei, inadmitindo compreensão extensiva.

Por essa espia, desfigurada contrariedade ou negativa de vigência aos padrões legais invocados para exame na via Especial, compreendido que há motivação suficiente para votar improvendo o recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 97.869 — SP

(Registro nº 96.0036282-3)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Geraldo Ruas e outros*

Advogados: *Leila D'Auria Kato e outros, e Vicente Renato Paolillo*

EMENTA: *Processual Civil. Desapropriação. Terrenos marginais aos rios navegáveis. Domínio público. Indenizabilidade. Recurso especial provido para efeito de execução de indenização.*

Em sede de especial, não se aprecia questão jurídica de natureza essencialmente constitucional.

In casu, tendo o acórdão desafiado decidido a matéria sobre a reserva obrigatória (vegetação classificada como mata atlântica) e a qualificação de seu percentual (50%) em bases constitucionais (arts. 5º, incisos XXII e XXIV e 225, § 4º), a quaestio iuris daí decorrente só é de ser dirimida no âmbito do extraordinário.

A jurisprudência que se cristalizou, em Súmula (verbete nº 479), na egrégia Suprema Corte, é no sentido de que as margens dos rios navegáveis são do domínio público, insusceptíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização, ressalvadas as terras (marginais) que estão efetivamente no domínio particular por título legítimo convalidado, reconhecido ou concedido em face da Lei Imperial de nº 601, de 1850.

Desmerece provimento o especial por afronta a preceito da Lei do Processo (art. 535, II), se o Tribunal a quo, ao apreciar a lide, decidiu de forma expressa e clara a questão sobre ser ou não indenizável a *cobertura florestal*, não padecendo de omissão reparável, nesta fase.

Recurso do Estado parcialmente provido (para excluir, da indenização, as terras marginais), negando-se guarida à segunda irresignação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao primeiro recurso do Estado de São Paulo e negar provimento ao segundo recurso da Fazenda do Estado de São Paulo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília, 07 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: O Estado de São Paulo promoveu perante o Juízo com-

petente, u'a ação expropriatória contra Geraldo Ruas e outros. Com a ação, objetivou, o Estado, desapropriar uma área rural de 247,50 ha. situada na Praia do Una, em Iguaapé, declarada de utilidade pública pelo Decreto Estadual de nº 26.714 e publicado no Diário Oficial de 07/02/87 e para efeito da implantação da Estação Ecológica de Juréia-Itatins.

Na primeira instância, o pedido foi julgado procedente. Em grau de apelação (e recurso de ofício) o Tribunal de Justiça, por maioria de votos, deu-lhe parcial provimento, para reduzir a indenização da cobertura florestal em 50% do valor fixado na sentença, alterou a data de incidência dos juros moratórios e reduziu os honorários para 6% sobre o montante, negando provimento ao recurso dos expropriados.

Os expropriados manifestaram embargos infringentes e recurso especial (este indeferido na origem) e o Estado, nesta fase interpôs o especial de folha 471.

Os embargos dos expropriados foram recebidos, com a inclusão, no **quantum** indenizatório, dos juros compensatórios, fixando-se o valor da indenização de acordo com o voto vencido.

Os embargos declaratórios (do Estado) foram rejeitados.

Contra o acórdão proferido, nos embargos infringentes, o Estado manifestou *especial*, sob o pálio das letras **a** e **c** do admissivo constitucional (folha 541). Alega ofensa ao art. 535 do CPC e arts. 2º e 16 do Código Florestal (Lei nº 4.771/65) e divergência com julgados de outros Tribunais e com a Súmula 69/STJ.

Os dois recursos do Estado foram admitidos na origem, subindo os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Cuida-se, na hipótese, de ação de desapropriação promovida pela Fazenda do Estado de São Paulo contra Geraldo Ruas e outros, objetivando a incorporação ao respectivo patrimônio de uma área rural de 247,50 ha. situada na Praia do Una, em Iguapé, declarada de utilidade pública pelo Decreto Estadual de nº 26.714 e publicação no Diário Oficial de 7/2/87, para efeito de implantação da Estação Ecológica de Juréia-Itatins.

A sentença de primeiro grau julgou procedente a ação e excluiu da indenização a faixa de marinha e a estrada do Telégrafo, além de considerar não indenizável a parte da floresta de preservação permanente, e condenou a expropriante ao pagamento de quantia que menciona, acrescida de correção, juros mora-

tórios, custas e despesas com perito e honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%).

Interposta apelação (e recurso de ofício), a Eg. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deu-lhes parcial provimento para reduzir a indenização da cobertura florestal para 50% do valor fixado na sentença, modificou o termo inicial de incidência dos juros moratórios para a data do trânsito em julgado da sentença, reduziu a verba honorária para 6% e negou provimento a recurso dos expropriados, por maioria de votos.

Os expropriados manifestaram embargos infringentes e recurso especial (folha 445) e o Estado interpôs, nesta fase, o especial de folha 471.

Os embargos infringentes dos expropriados foram recebidos (folha 527) para a inclusão, no **quantum** indenizatório, dos juros compensatórios e fixar o valor da indenização de acordo com o voto vencido, no montante de duzentos e sessenta e sete milhões, oitocentos e setenta e cinco mil, setecentos e setenta e dois cruzeiros, no mês de dezembro de 1993 (CR\$ 267.875.772,00).

Nesta fase, houve embargos declaratórios, todavia rejeitados (folha 531).

Mais uma vez, irresignado, o Estado interpôs recurso especial, sob o pálio das letras **a** e **c** (folha 541). Alega ofensa ao art. 535 do CPC, arts. 2º e 16 do Código Florestal (Lei 4.771/65) e divergência com julgados de outros Tribunais, especificamente com a Súmula 69/STJ, porquanto:

a) ao interpor os embargos declaratórios, embora tenha demonstrado a existência de omissão, esta não foi suprida pelo órgão julgador;

b) na indenização, não se excluiu as terras cobertas por florestas e de reserva obrigatória (Mata Atlântica).

Como se vê, são três (3) recursos especiais, dois (2) do Estado e um (1) dos expropriados.

Observo, de logo, que o *especial* dos expropriados (folha 445) não é de ser apreciado, eis que indeferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça (fls. 605/608), não interpuseram, os interessados, em tempo hábil, o *agravo de instrumento*.

Restam, pois, para serem apreciados, os dois recursos do Estado, um deles, manifestado antes e o outro depois do julgamento dos embargos infringentes.

Examinaremos, de logo, o especial do Estado que se volta contra a decisão da Câmara Julgadora (folha 471). Neste recurso com base nas alíneas **a** e **c**, o recorrente alega ofensa aos arts. 2º, alíneas **a** e **b**, art. 11, § 2º e art. 31 todos do Decreto de nº 24.643/34 (Código das Águas), porquanto, não excluiu, do valor da indenização, as áreas reservadas às margens do Rio Paçaiuna e divergência com a Súmula 479 do STF.

Quanto à indenizabilidade das áreas marginais do Rio, assim decidiu-se, no acórdão:

“No que concerne aos terrenos reservados à margem do Rio Pai-

çaiuna eles são indenizáveis porque integrantes da propriedade particular. O art. 11 do Código das Águas diz claramente que são públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título não pertencerem ao domínio particular. Ora, se esses terrenos que margeiam o Rio Paçaiuna estão dentro da propriedade titulada dos réus, não são públicos dominicais, pelo que indenizáveis, não comportando a pretensão a exclusão da indenização manifestada pela Fazenda Estadual” (folha 417).

Parece-me, com a razão, o Estado. Os terrenos reservados (às margens dos Rios navegáveis) são do domínio público, desde tempos imemoriais, não estando sujeitos à indenização. O jurista Martin Outeiro Pinto, ao fazer profundo e judicioso estudo acerca do tema, a partir da Lei Imperial de nº 1.507, de 26 de setembro de 1867 e da Lei Imperial de nº 601, de 18 de setembro de 1850 e, ainda, da Constituição do Império de 25 de março de 1824, passando pelas Constituições subsequentes, até a de 1988, concluiu:

“Os terrenos reservados às margens dos Rios navegáveis são de domínio público, insusceptíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídos de indenização. Os terrenos reservados não foram criados, em nenhuma hipótese sobre terras particulares, posto que a Lei Imperial de nº 1.507, de 1867, traz ressalva expressa delas. É inquestionável, pois, que

os terrenos marginais situados nas margens dos rios navegáveis e de seus braços são de domínio público, vez que foram constituídos de parcelas de terras devolutas, pertencentes à Coroa Imperial, as quais foram discriminadas por força da Lei (Sete braços a contar do ponto médio das enchentes ordinárias), embora não tenham sido demarcadas de fato, e reservadas para o uso público. A criação dos terrenos reservados tem origem em lei (a Lei nº 1.507, de 1867), que, por sua vez, tem amparo na Lei 601, de 1850; ambas têm seus fundamentos de validade e eficácia na Constituição Imperial de 25 de março de 1824. As ordens constitucionais posteriores recepcionaram, de forma explícita ou implícita, os terrenos reservados, restringindo apenas a dimensão de 15,4 metros (sete braços, craveiras) para 15,00 metros; a transferência das terras devolutas para os Estados da Federação operada pela Constituição Federal de 1891 (art. 64) não implicou na transferência dos terrenos reservados, os quais passaram do domínio da Coroa para o da União; os dispositivos legais que pretenderam fazer essa transferência não lograram êxito, ou porque fizeram a ressalva, “salvo se por algum título legítimo não forem do domínio federal, municipal ou particular (Lei nº 3.644, de 31/12/1918; art. 31 do Código das Águas; Decreto nº 1.202, de 08/9/1939) ou porque se tratava de legislação específica acons-

titucional, emanada de fonte sem qualquer legitimidade, a qual, bem depressa, revogou-a (o Decreto nº 21.235, de 2/4/32). A atual Constituição Federal espanta qualquer dúvida ao estatuir que os terrenos reservados, às margens de quaisquer rios navegáveis, em território nacional, lhe pertencem (art. 20, I e III). Ressalva há de ser feita quanto às terras marginais que realmente estão no domínio particular, por qualquer título legítimo, todavia, somente podem considerar títulos legítimos para esse fim ou que se filiam àqueles que foram convalidados, reconhecidos ou concedidos na forma da Lei Imperial de nº 601, de 1850” (Rev. Trimestral de Direito Público, vol. 9/1995, págs. 235/236).

A controvérsia, aliás, já se pacificou na jurisprudência do STF, ao editar a Súmula de nº 479, com a seguinte dicção:

“As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insusceptíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização.”

Nos comentários à Súmula 479, em seu Direito Sumular, assim, se manifesta **Roberto Rosas**:

“A Constituição de 1934 considerava de domínio da União os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio, ou que tenha mais de um Estado (art. 21, II), assim também a Constituição de 1937 (art. 36, b). A Constitui-

ção de 1967 também incluiu entre os bens dos Estados os rios em terrenos de seu domínio (art. 5º). Assim fez também a Emenda nº 1, de 1969. Em longo parecer estudando a matéria, o Min. Gonçalves de Oliveira concluiu: “Se a autora não possui título de concessão de zona à margem do Tietê, esta é do domínio público reservada ao uso comum, como o é o rio do qual as margens são partes integrantes. Mesmo tivesse a autora concessão dessa margem, estaria esta sujeita a serviço público para uso do rio, incontestavelmente do domínio público (RF, vol. 104/241). Mais recentemente, o STF voltou a reafirmar a querela nos RE nº 83.476, DJU de 1/10/76, p. 8.542, e 88.698, Rel. Min. Décio Miranda” (págs. 197/198 — Direito Sumular).

E, como, no caso, as terras marginais ao rio Paçaiuna não estão incluídas naquela exceção (Lei nº 601, de 1850) e nem sobre elas demonstram, o expropriado a existência de título legítimo, a conclusão é de que são do domínio público e insuscetíveis de indenização no âmbito da expropriatória.

O *especial* do Estado *merece*, pois, ser provido, para efeito de exclusão das *terras marginais ao rio mencionado*, do **quantum** indenizatório e (conhecido pelas letras **a** e **c**).

Apreciamos, nesta fase, o recurso especial do Estado (folha 541), manifestado contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes. Neste recurso, o Esta-

do com arrimo nas letras **a** e **c** do admissivo constitucional, se insurge contra a fixação do **quantum** indenizatório, em que se incluiu a floresta e a terra nua (mata de preservação permanente), “sem a exclusão da reserva obrigatória, que é de 50%” e, ainda, contra os juros compensatórios, já que inexistiu imissão prévia na posse.

Antes, porém, há uma questão que entendo preceder às demais. É que, o Estado, em sua irresignação, alega afronta ao art. 545, II do Código de Processo Civil. É que, na impugnação aos embargos infringentes, o recorrente se insurge contra a indenização da *cobertura florestal* (a que a sentença de primeiro grau diminuiu em 20%), porquanto pela redução de 50% do valor, em face do disposto no art. 225, § 4º da Constituição Federal. Naquela oportunidade, assim se manifestou o Estado recorrente:

“Pesa, ainda, o fato de a referida área estar inserida dentro da Mata Atlântica, sendo, pois, área de preservação ambiental, inclusive por determinação constitucional, art. 225, o que torna impossível a derrubada de matas e florestas, independentemente do Decreto expropriatório. Assim sendo, vedada a exploração, a extração e/ou a derrubada da cobertura vegetal, por força de legislação específica, não há que se falar em valor comercial, pois, este inexistente, recebendo o Estado o imóvel com as mesmas restrições que os autores possuem” (folha 494).

Uma vez silente o acórdão (que julgou os embargos infringentes sobre a questão — art. 225 da Constituição Federal), o Estado interpôs embargos declaratórios, em que alegam:

“No tocante à cobertura vegetal, o art. 225, § 4º da Constituição Federal proíbe expressamente a exploração da Mata Atlântica, e Serra do Mar, da qual a Estação Ecológica da Juréia-Itatins é integrante, sobre este aspecto o acórdão não apreciou a questão, vez que a mesma passou a ser patrimônio nacional, onde qualquer indenização, se houver, deve ser pleiteada junto à União, aguardando-se, pois, o pronunciamento desta Câmara” (fls. 531/532).

Observa-se, ainda, que o Estado já em sua apelação (folha 369) insurgiu-se contra a sentença, que só excluiu 20% pertinente à cobertura vegetal.

Ocorre que, no julgamento dos embargos declaratórios (folha 537) no acórdão se faz a alegação a seguir:

“Quanto ao art. 225, § 4º da Constituição Federal por não ter sido devolvida pelos embargos infringentes a matéria ora cogitada, o quanto a embargante, data vênua, não poderia deixar de lado. O acórdão discutiu a questão do domínio, de forma clara e suficiente, pela invocação do art. 5º, XXII da Carta Política que não pode ser entendida separadamente das garantias e direitos in-

dividuais nela proclamadas, e o que fez de forma o **quantum satis** para afastar a fase da perda da propriedade da cobertura florestal, não se podendo admitir confisco de bens — folha 516.”

Estou em que, o acórdão recorrido decidiu a matéria — indenização sobre as matas de preservação — embora não tenha feito expressa menção ao preceito constitucional invocado (art. 225, § 4º). Com efeito, ao apreciar a controvérsia, assim dissertou, o acórdão malsinado:

“Outrossim, com renovada vênua e integral acatamento às opiniões divergentes, o presente recurso ainda deve ser provido no quanto reclama a incidência de indenização sobre as matas de preservação permanente e, bem assim, sobre a denominada reserva legal de que trata o art. 16 do Código Florestal. É que, a Constituição da República garante a nível de direito individual... que a desapropriação será precedida de indenização prévia e justa (art. 5º, inciso XXIV). Trata-se de dispositivo que não contempla e não admite exceções, não se podendo admitir seja aplicado com restrição qualquer... Ora, garantindo o direito de propriedade e não podendo admitir qualquer espécie de confisco de bens, salvo indenização prévia e justa pela desapropriação, não encontra guarida na Carta Magna, a *perda de respeitável montante em cobertura florestal* para a Fazenda do Estado, sem correspondente indenização,

fundamento já pelo qual, na interpretação da Carta Política, recebeu-se os presentes embargos” (fls. 516/517) — (grifo nosso).

O excerto acima é claro e preciso. Nele se decidiu, de forma expressa, a questão sobre ser ou não indenizável a *cobertura florestal* e, com base na Constituição, se determinou o ressarcimento das matas de preservação como um todo, sem diminuição alguma.

Desfeita, pois, a primeira parte do *especial*, no dizente à afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil.

Alega, ainda, o Estado, desafeição ao art. 16 da Lei nº 4.771/65, porquanto, o acórdão não “excluiu das terras cobertas por florestas, o percentual para a reforma de reserva obrigatória”. E continua: “em se tratando, no caso, de vegetação classificada como Mata Atlântica, a reserva obrigatória atinge o percentual de 50% da área, consoante Portaria DEPER 3, de 8/3/90” (fls. 543/544).

Essa questão, como já se afirmou, acima, inclusive com a transcrição de trechos do *decisório*, foi decidida, pelo acórdão impugnado em bases constitucionais. Com efeito, o aresto desafiado, assim apreciou a matéria: “o presente recurso ainda deve ser provido no quanto reclama a incidência de indenização sobre as matas de preservação permanente e, bem assim, sobre a denominada reserva legal de que trata o art. 16 do Código Florestal. É que, em primeiro lance, a Constituição da Re-

pública garante, a nível de direito individual primário e intangível, elevado à dignidade de cláusula pétrea, que a desapropriação, art. 5º, inciso XXIV, será precedida de indenização prévia e justa... E nesse prisma nem se poderia entender de forma diversa, pois, a Carta Política, com a mesma dignidade acima já vista, também garante o direito de propriedade, art. 5º, inciso XXII. Garantido o direito de propriedade e não se podendo admitir qualquer espécie de confisco de bens, salvo a indenização prévia e justa pela desapropriação, não encontro guarida na Carta Magna deste País, a perda de respeitável montante de cobertura florestal para a Fazenda do Estado de São Paulo, sem a correspondente indenização, fundamento já pelo qual, na interpretação da Carta Política recebem-se os presentes embargos” (fls. 516/517).

Como se vê, tanto em relação à reserva florestal (art. 16 do Código Florestal), como no pertinente às matas de preservação permanente (art. 225, § 4º da Constituição Federal), a controvérsia foi dirimida em bases constitucionais e foi com arrimo na Carta Política que se receberam os embargos infringentes, nesta parte. A questão, agora, somente poderá ser reapreciada no âmbito do extraordinário.

Sobra, por último, a alegativa de divergência com a Súmula 69/STJ, “eis que, o acórdão incluiu, no **quantum** indenizatório, os juros compensatórios, sem que existisse imissão provisória na posse do imóvel” (folha 544).

Não vinga, o especial, sob esse fundamento. Realmente, a jurisprudência que se pacificou nesta Corte, é no sentido de incluir na indenização, os juros compensatórios, “desde que o Decreto instituidor do Parque se erija em restrição total ao uso das matas” (REsp n. 82.177, de minha relatoria, julgado em 10/10/96).

No caso, o Decreto nº 26.714/87 esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao privar os seus proprietários de utilizar e fruir dos bens, proibidos que estão de explorar os recursos materiais existentes

(REsp nº 47.865, julgado em 15/08/94, de minha relatoria). São, pois, devidos os juros compensatórios, com a incidência prevista no acórdão recorrido.

Com essas considerações, conhecimento do primeiro recurso especial do Estado, pela letra **a** e dou-lhe parcial provimento, para excluir, do **quantum** indenizatório, as terras marginais ao Rio Paíçaiuna. Quanto ao segundo recurso do estado, conhecimento pela letra **c**, mas lhe nego provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 126.792 — SP

(Registro nº 97.0024097-5)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Carlos Rubens de Oliveira*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Ilana Renata Schonenberg Rojz e outros, e Robério Dias e outros*

EMENTA: *Tributário. Imposto de renda. Sua incidência sobre as quantias recebidas, pelo empregado em face da rescisão contratual incentivada. Descabimento (art. 43 do CTN).*

Na denúncia contratual incentivada, ainda que com o consentimento do empregado, prevalece a supremacia do poder econômico sobre o hipossuficiente, competindo, ao Poder Público e, especificamente, ao Judiciário, apreciar a lide de modo a preservar, tanto quanto possível, os direitos do obreiro, porquanto, na rescisão do contrato não atuam as partes com igualdade na manifestação da vontade.

No programa de incentivo à dissolução do pacto laboral, objetiva a empresa (ou órgão da Administração Pública) diminuir a

despesa com a folha de pagamento de seu pessoal, providência que executaria com ou sem o assentimento dos trabalhadores, em geral, e a aceitação, por estes, visa a evitar a rescisão sem justa causa, prejudicial aos seus interesses.

O pagamento que se faz ao operário dispensado (pela via do incentivo) tem a natureza de ressarcimento e de compensação pela perda do emprego, além de lhe assegurar o capital necessário para a própria manutenção e de sua família, durante certo período, ou, pelo menos, até a consecução de outro trabalho.

A indenização auferida, nestas condições, não se erige em renda, na definição legal, tendo dupla finalidade: ressarcir o dano causado e, ao menos em parte, *previdencialmente*, propiciar meios para que o empregado despedido enfrente as dificuldades dos primeiros momentos, destinados à procura de emprego ou de outro meio de subsistência. O quantum recebido tem feição previdenciária, além da ressarcitória, constituindo, desenganadamente, mera indenização, indene à incidência do tributo.

Recurso provido. Decisão por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília, 03 de novembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

Publicado no DJ de 15-12-97.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Carlos Rubens de Oliveira impetrou mandado de segurança contra Autoridade Fazendária, objetivando eximir-se do pagamento do imposto de renda a incidir sobre o montante das importâncias recebidas, a título de indenização especial e indenização adicional complementar, tendo em vista a rescisão do respectivo contrato de trabalho com base no Programa de Ajuste Pessoal, de iniciativa da Empresa Autolatina Brasil S.A.

Concedida, em primeira instância, a segurança restou denegada, em grau de remessa oficial e recurso apelatório.

Irresignado, o vencido manifestou recurso especial, sob o pálio da

letra **c**, do admissivo constitucional, sobre alegar divergência do *decisório* com julgados de outros tribunais, além de malferimento ao art. 43 do CTN, eis que, as importâncias recebidas em face da rescisão de seus contratos de trabalho constituem indenização e isentas de tributação.

Sem contra-razões, admitido o recurso na origem, vieram os autos a esta instância, onde me foram distribuídos e conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Carlos Rubens de Oliveira, ex-empregado da Empresa Autolatina Brasil S.A., impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal em São Bernardo do Campo-SP, objetivando a sustação do desconto do imposto de renda, descontado na fonte, sobre o montante das indenizações, tendo em vista a respectiva rescisão de contrato de trabalho, com base no Programa de Ajuste Pessoal, de iniciativa da referida empresa.

A segurança foi indeferida, em sede de remessa oficial e recurso apelatório.

Inconformado, manifestou, o vencido, recurso especial estribado na letra **c** do admissivo constitucional, sobre alegar divergência com julgados de outros tribunais, além de afronta ao art. 43 do CTN, eis que,

as verbas recebidas em decorrência da rescisão de seu contrato celetista constituem indenização e, de consequência, estão indenidos de incidência do imposto de renda.

Afigura-se-me que o recorrente tem inteira razão, estando a postulação em consonância com a lei e a jurisprudência desta Eg. Corte. O principal argumento do acórdão recorrido consiste em que, “a vontade do empregado também concorre nas demissões incentivadas. Não é ato unilateral do empregador. Assim, a pecúnia recebida em decorrência dessa rescisão, inobstante ser tratada de “indenização especial”, é acréscimo patrimonial e, como tal, sujeito à incidência do imposto de renda” (fl. 87).

Nada mais desarrazoado.

Em princípio se sabe que nesse incentivo prevalece a supremacia do poder econômico sobre o hipossuficiente, competindo aos poderes públicos e, especificamente ao judiciário, protegê-lo. Na rescisão dos contratos, na verdade, não há igualdade entre as partes. Ao contrário, os empregados aceitam a proposta da Empresa (ou do Estado ou Município), em relação à dispensa incentivada, porque, de algum modo, lhe é mais favorável e para evitar a rescisão sem justa causa. O que a Empresa pretende, com esse *Programa*, é diminuir a despesa com pessoal e o faria unilateralmente, com ou sem o assentimento dos operários. É ingenuidade pensar, nesses casos, na igualdade das partes.

Quando assim não fosse, a indenização que o empregado aufere na

dispensa incentivada tem a mesma natureza daquela percebida quando da rescisão do contrato, ainda que imotivada (ou sem justa causa).

As quantias recebidas (em razão desse incentivo) têm o mesmo objetivo, o de repor o patrimônio do empregado ao estado anterior, visto como, a rescisão do contrato de trabalho, seja ou não consentida, implica, desenganadamente, em *dano*, consistente na perda do emprego. O pagamento que se faz ao operário afastado do seu emprego tem natureza de ressarcimento, de compensação pela perda do emprego e, mais ainda, objetiva que o operário, nessas condições, tenha o capital necessário para se manter com a sua família durante certo período, pelo menos até a consecução de outro trabalho ou de atividade livre que lhe assegure vida condigna com os seus. Toda e qualquer importância que receber com incentivo ou sem ele — se decorrente da perda do emprego — têm o caráter *indenizatório*, é mera compensação. Não há, pois, que falar, em acréscimo de patrimônio, porque é dessa mísera indenização que o obreiro irá sobreviver, nos meses subseqüentes e por período indefinido. Nada mais justo que essa verba que, aliás, constitui alimento no porvir, esteja isenta de qualquer desconto.

A indenização, adverte **Russo-mano**, “não é um simples ressarcimento de prejuízo, matematicamente apurado, como vimos. Ela tem, igualmente, um fim providencial. Tem uma finalidade dupla: a) ressarcir o dano causado indevidamen-

te, ao menos em parte; b) também ao menos em parte, providencialmente, dar meios a que o empregado despedido enfrente as dificuldades dos primeiros momentos em que procura outro patrão” (Coms. à Consolidação das Leis do Trabalho, vol. III, pág. 798).

No caso, ainda que o obreiro tenha concordado com a despedida (e essa concordância nunca é totalmente livre, espontânea), resta, ainda, em relação ao **quantum** recebido, a feição *previenciária*, que é a de sua própria subsistência, com os seus, durante o incerto lapso de tempo em que ficará desempregado. Só essa circunstância, por si, convola as verbas de compensação que o operário percebe, no momento da rescisão consentida de seu contrato laboral, em indenização e, por tal razão, indene à incidência do tributo.

E isso por força da legislação de regência. Quando a lei isenta do imposto de renda as verbas indenizatórias, não estabelece diferença se defluente de dispensa imotivada ou não (ou incentivada). O que se pretende é que se cuide de *indenização*. O imposto poderia incidir sobre o que sobejasse da indenização prevista em lei, mas, essa questão não está em causa.

Assim é que, em caso semelhante, pontificou o nobre Ministro Garcia Vieira, no julgamento do especial de nº 57.319-0/RS: “A importância paga ao servidor público como incentivo à demissão não está sujeita à incidência do imposto de renda, porque renda não é e nem representa acréscimo patrimonial”.

E, no contexto do acórdão, enfatizou o eminente Ministro:

“O art. 4º da Lei Estadual nº 9.437, de 27 de novembro de 1991... ofereceu ao servidor público estatutário ou celetista que pedisse exoneração ou rescisão contratual uma compensação denominada de ajuda de custo. O objetivo do legislador era incentivar as demissões voluntárias... Na realidade, a vantagem oferecida pelo legislador estadual como incentivo à demissão voluntária apesar de ter sido denominada de ajuda de custo, não passa de uma *indenização* ao servidor celetista ou estatutário que concordasse em rescindir o seu contrato de trabalho ou exonerar-se, perdendo o emprego ou o cargo e indenização não está sujeita à incidência do imposto de renda (art. 1º, inciso V, da Lei Federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988). O imposto sobre a renda tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica e de proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN). Acontece que a referida *indenização* não é renda e nem proventos. É uma compensação ao servidor pelo que ele estará perdendo ao abrir mão de seu emprego ou cargo”.

Naquele julgamento, proferi *voto de vista* e, após analisar a legislação de regência, escrevi: “Não importa que a lei tenha denominado o incentivo de ajuda de custo. Ajuda de custo, segundo os Administrati-

vistas, “é a quantia que o Estado põe à disposição do funcionário que, passando a ter exercício em nova sede, precisa ser compensado das despesas de viagem e da nova instalação” (José Cretella Júnior, Curso de Direito Administrativo, pág. 490). **In casu**, o que se denomina de ajuda de custo constitui, indubitavelmente, *indenização*. Com efeito dispõe o art. 22, II, do Decreto 85.450: Art. 22: não estarão no cômputo do rendimento bruto: V: a indenização e o aviso prévio, pago em dinheiro, por despedida ou rescisão do contrato de trabalho, que não excedam os limites garantidos por lei... Como se vê, a legislação pertinente afasta da incidência do imposto de renda a indenização paga em dinheiro em razão da despedida ou rescisão do contrato de trabalho. Foi o que ocorreu, no caso. A recorrida recebeu, com base na lei estadual, uma importância, a título de ajuda, calculada de acordo com o seu tempo de serviço público. Essa ajuda de custo, que em verdade é *indenização*, desponta, a toda evidência, como uma reparação em face da rescisão contratual, que é sempre danosa ao servidor, e tem, indiscutivelmente, o visio de prover a manutenção desse servidor e de seus dependentes, até a consecução de outro emprego, na área pública ou na iniciativa privada. Não há, pois, na percepção dessa indenização, sob título de ajuda de custo, um rendimento, um **plus**, um *acréscimo* nos ganhos do servidor exonerado, mas, uma compensação, uma indenização pela perda do emprego... Não vislumbro, pois, como acolher as alegações da recorrente,

sobre ser, essa ajuda, um prêmio — premiado seria o servidor exonerado que, além de perceber a indenização (em seu todo) recebesse a chamada ajuda de custo. Aí, haveria um somatório, um adicional, um acréscimo e excedidos estariam os limites da lei. Sobre esse acréscimo incidirá o tributo. Mas, não é o que acontece no caso presente”.

Observe-se que a lei isenta do imposto de renda as indenizações a aviso prévio recebidos, em dinheiro, pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho. A lei não distingue se a despedida (ou rescisão) é desmotivada ou incentivada, não cabendo, ao intérprete, distinguir: **quod lex non distinguit, non distinguere possumus**. E a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador, sendo irrelevante para qualificá-la, a denominação e outras características adotadas pela lei” (art. 4º do CTN). No caso, não se desfigura a natureza de mera indenização por despedida, a circunstância de o Programa que estimulou a rescisão dos contratos de trabalho, ter denominado a contraprestação de “indenização especial, de indenização complementar adicional” ou outra qualquer. Basta que as importâncias recebidas decorram da despedida do empregado, com ou sem justa causa; como providência unilateral da empresa ou com o assentimento do empregado: o que se tem, aí, é indenização e, como tal, isenta de imposto de renda.

É certo que, no montante auferido pelo recorrente, se encontra a

parcela correspondente às férias (que, ainda não haviam sido gozadas). A inclusão dessa parcela (férias) não desnatura a feição indenizatória. A indenização de férias, esclarece **Orlando Gomes**, “dá-se quando há dissolução do contrato de trabalho (CLT, art. 143). Neste caso será paga a título de indenização, a remuneração correspondente ao período de férias cujo direito o empregado tenha adquirido. Trata-se de uma indenização tarifada cuja estimativa há de ser fixada em quantia igual às férias que fez jus em um ou mais períodos aquisitivos anteriores à rescisão ou terminação do contrato. Não se trata de remuneração de férias, como muitos inadvertidamente pensam, mas, sim, de típica indenização, pois, o contrato de trabalho está extinto” (Curso de Direito do Trabalho, pág. 358). Assim, frente ao seu caráter essencialmente indenizatório, as férias estão imunes à tributação. Também, as diferenças de 13º salário constituem indenização, na hipótese de dispensa (Súmula 148 do TST).

Com estas considerações, conheço do recurso e lhe dou provimento, nos termos do pedido.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Envolvido por dúvidas, com o intuito de elidi-las, na via regimental, pedi vista para fazer particularizado exame da questão jurídica debatida.

Alcançado o propósito, favorecendo a continuação do julgamento relembro que, em Mandado de Segurança, o Impetrante objetiva eximir-se do pagamento de Imposto de Renda lançado sobre as importâncias recebidas “a título de indenização especial e adicional complementar”, conseqüentes da rescisão de contrato de trabalho, estimulada no Programa de Ajuste Pessoal.

Denegada a segurança em sede de apelação cível e remessa oficial, no julgamento do recurso sob exame, o eminente Relator, votando pelo provimento, à parla de “dispensa incentivada”, averbou:

“A indenização, adverte **Rusomano**, ‘não é um simples ressarcimento de prejuízo, matematicamente apurado, como vimos. Ela tem, igualmente, um fim previdencial. Tem uma finalidade dupla: a) ressarcir o dano causado indevidamente, ao menos em parte; b) também ao menos em parte, previdencialmente, dar meios a que o empregado despedido enfrente as dificuldades dos primeiros momentos em que procura outro patrão’ (Coms. à Consolidação das Leis do Trabalho, vol. III, pág. 798).

No caso, ainda que o obreiro tenha concordado com a despedida (e essa concordância nunca é totalmente livre, espontânea), resta, ainda, em relação ao **quantum** recebido, a feição *previdenciária*, que é a de sua própria subsistência, com os seus, durante o incerto lapso de tempo em que

ficará desempregado. Só essa circunstância, por si, convola as verbas de compensação que o operário percebe, no momento da rescisão consentida de seu contrato laboral, em indenização e, por tal razão, indene à incidência do tributo.

E isso por força da legislação de regência. Quando a lei isenta do imposto de renda as verbas indenizatórias, não estabelece diferença se defluente de dispensa imotivada ou não (ou incentivada). O que se pretende é que se cuide de *indenização*. O imposto poderia incidir sobre o que sobejasse da indenização prevista em lei, mas, essa questão não está em causa.

Assim é que, em caso semelhante, pontificou o nobre Ministro Garcia Vieira, no julgamento do especial de nº 57.319-0/RS: ‘A importância paga ao servidor público como incentivo à demissão não está sujeita à incidência do imposto de renda, porque renda não é e nem representa acréscimo patrimonial’.

E, no contexto do acórdão, enfatizou o eminente Ministro:

‘O art. 4º da Lei Estadual nº 9.437, de 27 de novembro de 1991... ofereceu ao servidor público estatutário ou celetista que pedisse exoneração ou rescisão contratual uma compensação denominada de ajuda de custo. O objetivo do legislador era incentivar as demissões voluntárias... Na realidade, a van-

tagem oferecida pelo legislador estadual como incentivo à demissão voluntária, apesar de ter sido denominada de ajuda de custo, não passa de uma *indenização* ao servidor celetista ou estatutário que concordasse em rescindir o seu contrato de trabalho ou exonerar-se, perdendo o emprego ou o cargo e indenização não está sujeita à incidência do imposto de renda (art. 1º, inciso V, da Lei Federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988). O imposto sobre a renda tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica e de proventos de qualquer natureza (art. 43 do CTN). Acontece que a referida *indenização* não é renda e nem proventos. É uma compensação ao servidor pelo que ele estará perdendo ao abrir mão de seu emprego ou cargo’.

Naquele julgamento, proferi *voto de vista* e, após analisar a legislação de regência, escrevi: ‘Não importa que a lei tenha denominado o incentivo de ajuda de custo. Ajuda de custo, segundo os Administrativistas, ‘é a quantia que o Estado põe à disposição do funcionário que, passando a ter exercício em nova sede, precisa ser compensado das despesas de viagem e da nova instalação’ (José Cretella Júnior, Curso de Direito Administrativo, pág. 490). **In casu**, o que se denomina de ajuda de custo constitui, indubitavelmente, *indenização*. Com

efeito dispõe o art. 22, II, do Decreto 85.450: art. 22: não estarão no cômputo do rendimento bruto: V: a indenização e o aviso prévio, pago em dinheiro, por despedida ou rescisão do contrato de trabalho, que não excedam os limites garantidos por lei... Como se vê, a legislação pertinente afasta da incidência do imposto de renda a indenização paga em dinheiro em razão da despedida ou rescisão do contrato de trabalho. Foi o que ocorreu, no caso. A recorrida recebeu, com base na lei estadual, uma importância, a título de ajuda, calculada de acordo com o seu tempo de serviço público. Essa ajuda de custo, que em verdade é *indenização*, desponta, a toda evidência, como uma reparação em face da rescisão contratual, que é sempre danosa ao servidor, e tem, indiscutivelmente, o visio de prover a manutenção desse servidor e de seus dependentes, até a consecução de outro emprego, na área pública ou na iniciativa privada. Não há, pois, na percepção dessa indenização, sob título de ajuda de custo, um rendimento, um **plus**, um *acréscimo* nos ganhos do servidor exonerado, mas, uma compensação, uma indenização pela perda do emprego... Não vislumbro, pois, como acolher as alegações da recorrente, sobre ser, essa ajuda, um prêmio — premiado seria o servidor exonerado que, além de perceber a indenização (em seu todo) recebesse a chamada ajuda de custo. Aí, haveria um somatório, um adicio-

nal, um acréscimo e excedidos estariam os limites da lei. Sobre esse acréscimo incidirá o tributo. Mas, não é o que acontece no caso presente.

Observe-se que a lei isenta do imposto de renda as indenizações a aviso prévio recebidos, em dinheiro, pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho. A lei não distingue se a despedida (ou rescisão) é desmotivada ou incentivada, não cabendo, ao intérprete, distinguir: **‘quod lex non distinguit, non distinguere possumus**. E a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador, sendo irrelevante para qualificá-la, a denominação e outras características adotadas pela lei’ (art. 4º do CTN). No caso, não se desfigura a natureza de mera indenização por despedida, a circunstância de o Programa que estimulou a rescisão dos contratos de trabalho, ter denominado a contraprestação de ‘indenização especial, de indenização complementar adicional’ ou outra qualquer. Basta que as importâncias recebidas decorram da despedida do empregado, com ou sem justa causa; como providência unilateral da empresa ou com o assentimento do empregado: o que se tem, aí, é indenização e, como tal, isenta de imposto de renda.” (REsp 126.792-SP — Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Pois bem, no contexto comemorado, para a afirmação do meu juízo, ressalto que o pedido inicial restringe-se a “obter provimento judicial

que libere o impetrante da sujeição à retenção de imposto de renda na fonte incidente sobre a indenização trabalhista adicional que receberá.” (fl. 4).

Em primeiro plano reclama atenção a conceituação de *indenização* e *renda* como rota necessária para verificar-se se as verbas pagas a título de *incentivo* têm, ou não, a natureza indenizatória.

Por essa lida, de imediato, convenha-se que se a rescisão do contrato, apesar de incentivada, foi *voluntária*, desfigura-se o ressarcimento ou reparação *indenizatória*, cuja finalidade é recompensar o dano ou prejuízo. Em assim sendo, não se confundindo com férias indenizadas, aviso-prévio ou licença-prêmio, afigura-se a constituição de “renda e proventos de qualquer natureza” (art. 43, CTN). De efeito, inafastável que, atraído pelo incentivo, o empregado voluntariamente aceitou desfazer a relação empregatícia, não se revela a *obrigação de indenizar* (ressarcimento por danos sofridos), contemplando-se simples dever do empregador pagar o crédito do empregado. Logo, mesmo *incentivada* a desarticulação contratual, as verbas decorrentes não correspondem a *indenização*, ao aviso-prévio, pagamento de férias não gozadas e licença-prêmio. Enfim, simplesmente aderindo à vantagem, o empregado não é realmente indenizado, daí mostrarem-se inaplicáveis as disposições do art. 6º, V, Lei 7.713/88.

À mão de reforçar, trazendo da memória precedente do antigo Tri-

bunal Federal de Recursos (Ap. Cível 64.658/MG — Rel. Min. Hugo de Brito Machado), colhendo ensinamentos espalhados no voto-vista proferido pelo eminente Ministro Adhemar Maciel no REsp 125.791/SP, lembrando a “teoria da sub-rogação”, anota-se:

“O simples fato de ser a quantia recebida uma indenização, é insuficiente para determinar sua exclusão do conceito jurídico fiscal de renda. Uma indenização destinada a cobrir um custo, ou uma despesa, objeto de registro contábil, simplesmente repõe o resultado operacional da empresa na situação que estaria se não ocorrido tal custo, ou despesa. Corresponde a um estorno do registro contábil do custo, ou despesa, anulando os seus efeitos na determinação do resultado que afinal servirá de base para o cálculo do Imposto de Renda. Neste caso, a indenização é simples recuperação de custo, ou de despesa, e se não for como tal escriturada, deve ser adicionada ao lucro para fins de tributação. Pode ocorrer também que uma indenização diga respeito a lucros cessantes, que em princípio não são objeto de registro contábil. Neste caso deve ser escriturado como receita, pois seu valor há de participar, positivamente, na formação do resultado, sendo irrelevante a não escrituração do prejuízo, vale dizer, daquilo que a empresa deixou de ganhar, que se designa pela expressão lucros cessantes.”

Mais para a frente, o articulista prossegue:

‘... pensamos que há a incidência do imposto de renda sobre o incentivo nos programas de demissão voluntária e inexistente regra de isenção.

.....
A alegação de que seria o incentivo uma verdadeira indenização além de ser uma petição de princípio, funda-se em premissa indemonstrada, qual seja, a não sujeição das indenizações ao imposto de renda.

Em todos os programas de demissão incentivada há um acordo de vontades entre empregador e empregado ou entre Estado e servidor. Se há acordo, não vemos espaço para falar em prejuízos, até porque, não há direito à perpetuação da relação empregatícia, mas expectativa de direito.

Mesmo que se pense de modo contrário, mister será apontar que dano estaria sendo indenizado. Se é o dano da perda de percepção de uma renda certa, pela teoria da sub-rogação esse valor deverá ser tributado, pois os rendimentos seriam passíveis de tributação. Nesse caso, sequer seria possível invocar eventual intributabilidade dos salários ou vencimentos por não atingirem o mínimo legal, eis que em matéria de tributação das pessoas físicas é adotado o princípio caixa, de modo que pouco importa se há várias competências abrangidas em

um pagamento único, a incidência se dará pelo somatório dos valores recebidos no mês pelo mesmo pagador, no caso da retenção na fonte, ou ao curso do ano, no caso da tributação na declaração de ajuste.’

Gustavo Amaral, autor mencionado no aludido voto elaborado pelo Senhor Ministro Adhemar Maciel, assinalou no trabalho intitulado “Incidência do Imposto de Renda nos Programas de Demissão Voluntária”, **verbis**:

.....
“... A alegação de que seria o incentivo uma verdadeira indenização além de ser uma petição de princípio, funda-se em premissa indemonstrada, qual seja, a não sujeição das indenizações ao imposto de renda.

Em todos os programas de demissão incentivada há um acordo de vontades entre empregador e empregado ou entre Estado e servidor. Se há o acordo, não vemos espaço para falar em prejuízos, até porque, não há direito à perpetuação da relação empregatícia, mas expectativa de direito.

Mesmo que se pense de modo contrário, mister será apontar que dano estaria sendo indenizado. Se é o dano da perda de percepção de uma renda certa, pela teoria da sub-rogação esse valor deverá ser tributado, pois os rendimentos seriam passíveis de tributação. Nesse caso, sequer seria possível invocar eventual intri-

tabilidade dos salários ou vencimentos por não atingirem o mínimo legal, eis que em matéria de tributação das pessoas físicas é adotado o princípio caixa, de modo que pouco importa se há várias competências abrangidas em um pagamento único, a incidência se dará pelo somatório dos valores recebidos no mês pelo mesmo ‘pagador’, no caso da retenção na fonte, ou ao curso do ano, no caso da tributação na declaração de ajuste.

Seria possível dizer que a indenização é pela perda da relação de emprego ou pela perda do **status** funcional e que o cálculo do valor tomando por base a remuneração não desnaturaria o valor em efetiva remuneração, de modo a afastar a aplicação da teoria da sub-rogação.

Embora seja algo ponderável, há que se ter em mente que a noção de patrimônio, aqui, não é ministrada pelo direito privado, mas pelo próprio direito financeiro ou tributário. Não é aqui o local para relembrar a autonomia do direito tributário para conceituar a seu modo situações também regidas pelo chamado direito privado. A razão é simples. Enquanto em um contrato o direito civil pensa nas necessidades de regular o convívio intersubjetivo, o direito tributário pensa em colher signos presuntivos de capacidade contributiva, a fim de propiciar uma partilha considerada mais justa dos custos com o bem comum, com a **res publica**.

Como têm escopos diversos, é franqueado ao direito tributário chamar de propriedade situações que são verdadeiramente posse, embora para o estudo do direito cível seja isso verdadeira heresia.

A limitação positiva, no ordenamento brasileiro, é a do artigo 110 do CTN, que veda sejam modificados pela legislação tributária o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir competências tributárias. Daí insistem alguns em falar da existência de fatos geradores jurídicos e fatos geradores econômicos, divisão inútil e terminologicamente errônea.

Seja como for, não há um conceito 'privado' de renda e a Constituição em momento algum fala em acréscimo patrimonial, para que se possa querer limitar a compreensão da expressão às noções privatísticas do que seja patrimônio.

Na hipótese, nos parece clara a ocorrência de [a] *net accretion to one's economic power between two points of time*, de um acréscimo patrimonial em termos econômicos, que constitui signo presuntivo de riqueza apto a ser tributado, nos termos do artigo 43, II do CTN.

Restaria então verificar se a hipótese não poderia ser enqua-

drada na isenção estabelecida no artigo 40, XVIII do RIR/94.

Cumprir ver, de início, que a matéria é de estrita legalidade, não comportando, assim, o emprego da analogia, mas apenas a interpretação. Acerca do limite que separa a interpretação extensiva da analogia, vale conferir a lição de **Karl Engisch**:

'Se, para a interpretação, se assenta na regra de que ela encontra o seu limite lá onde o sentido possível das palavras já não dá cobertura a uma decisão jurídica (**Heck**: 'O limite das hipóteses de interpretação é o sentido possível da letra'), é neste limite que começa a indagação de um argumento de analogia';

'como critério decisivo para a determinação dos limites entre uma interpretação extensiva, ainda permitida, e uma aplicação analógica, que já não é, — determinação essa que, sendo necessária em cada caso, é freqüentemente insegura —, temos de novo o sentido literal possível.'

Falava o artigo 22, V do RIR/80 e fala o artigo 40, XVIII do RIR/94 em indenização e aviso prévio pagos por despedida ou rescisão do contrato de trabalho. Não vemos como extrair do sentido possível das palavras da lei uma disciplina para a rescisão contratual ou, mais ainda, para a dispensa incentivada de servi-

dores estatutários. A nosso ver, há tentativa de aplicação analógica de uma regra isentiva, o que contraria frontalmente o disposto no artigo 150, § 6º da Constituição Federal.

Em suma, deve ser retido o imposto de renda sobre as verbas de incentivo ao desligamento, seja de empregados, seja de servidores estatutários.”

.....
“... o Brasil adota conceito amplo de renda tributável, abrangendo todas as formas de acréscimo patrimonial, pouco importando a origem. A forma de arrecadação é semi-composta, com uma tributação quase unitária sobre todos os rendimentos e outros poucos tributados em segregado, na chamada tributação exclusiva de fonte.

O valor do incentivo pago nos programas de desligamento voluntário não tem natureza de indenização, pois não há como se falar tecnicamente em dano. Ainda que assim não seja, é o pagamento desse valor gerador do imposto de renda, nos termos do artigo 43, II do CTN.

Não ocorre, na hipótese, a isenção prevista no artigo 40, XVIII do RIR/94, nem mesmo se os valores se encontrarem dentro do limite da legislação trabalhista, pois em se tratando de isenção, não é possível falar em aplicação analógica e a realidade é de rescisão bilateral de contrato, nos casos das situações regidas pela

CLT, ou de negócio jurídico inominado, com vistas à exoneração do servidor, em nenhum caso correspondendo aos significados possíveis da lei.” (in Revista Dialética de Direito Tributário — abril/1997 — nº 19).

Por essa ardem de idéias, pela via da reparação indenizatória, não há reposição ao **status quo ante**, representando a verba de incentivo para o desligamento do emprego *riqueza nova*, significando acréscimo patrimonial tributável, por esse eito, comportando realçar transcrição de julgado no referido trabalho doutrinário:

.....
“Se o mero uso do vocábulo ‘indenização’ fosse suficiente a afastar a cobrança do tributo, ter-se-ia de coonestar um fácil expediente à sonegação, a ser bastante a convergência das vontades dos contribuintes, usualmente refratários às obrigações pecuniárias para o Estado.” (pág. 13).

Em prol de ampliada apreciação, em questão assemelhada, calham à fíveleta observações feitas pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, conforme lineado no REsp 37.965-2/SP; textualmente:

.....
“Assim, é preciso observar, de logo, que o imposto sobre a renda além de sujeitar-se aos princípios constitucionais tributários gerais, tais como os da legalidade,

da isonomia ou igualdade jurídica, da capacidade contributiva, da anterioridade, da irretroatividade etc., também está submetido a princípios específicos, decorrentes do disposto no art. 153, § 2º, I, da Constituição Federal, a saber: generalidade, universalidade e progressividade.

Do art. 153, III, da Carta Política, decorre que o imposto de renda tem como fato gerador 'renda e proventos de qualquer natureza', ainda que sendo certo que a Carta Magna excepciona — ora expressamente, ora remetendo à lei — da incidência desse imposto diversas situações.

Com base nessa premissa constitucional, o Código Tributário Nacional, pelos incisos I e II do seu art. 43, explicita que o fato gerador desse imposto é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de rendas ou proventos de qualquer natureza, definindo ambos.

Em verdade, rendas e proventos de qualquer natureza são espécies do gênero acréscimo patrimonial. A rigor, nem haveria necessidade de o detalhamento legal descer a tanto, mas o propósito parece não ter sido outro senão o de espantar qualquer dúvida que pudesse surgir de que todo aumento patrimonial, salvo os expressamente excepcionados pela lei, consubstancia fato gerador para a exação em comento.

Destarte, o fato gerador sobre a renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição de riqueza nova (acréscimo de patrimô-

nio), quer decorra do capital ou do trabalho, quer não.

Ives Gandra prestigia esse entendimento, quando assim leciona:

'O fato gerador é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, que se realiza na ocorrência da elevação patrimonial de valores, bens ou direitos relativos.

Por esta razão, explicita o legislador complementar que a renda e os proventos implicam, necessariamente, uma aquisição. A aquisição corresponde a algo que se acrescenta, que aumenta a patrimonialidade anterior, embora outros fatores possam diminuí-la.' ('Caderno de Pesquisas Tributárias', v. 11, CEEU, 1986, pag. 265).

É certo, conforme observei acima, que nem toda aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica é tributável. Assim, estão fora do foco de incidência do tributo em análise várias indenizações. Todavia, há de ser ressaltado que isso decorre de isenção explicitamente concedida pela lei, de que são exemplos as tratadas pela Lei nº 7.713/88." (in DJU de 12.12.94).

Na confluência das razões expendidas, imana, pois, a conclusão de que os valores incluídos para o desfazimento de rescisão de contrato laboral, não se afeiçoando ao conceito de indenização, em sendo ato vo-

luntário de adesão ao programa de dispensa incentivada, sem explícita disposição isencional em lei. Estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda.

Com essa compreensão, reconsiderando a minha adesão à posição

contrária e perfilada no REsp 57.319-0/RS — Rel. Min. Garcia Vieira (in DJU de 6.3.95), formulando vênias ao Senhor Ministro-Relator, voto improvido o recurso.

É o voto-vista.

RECURSO ESPECIAL Nº 146.175 — SP
(Registro nº 97.0060647-3)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *União Federal (Fazenda Nacional)*

Recorrido: *Cândido Moliner*

Advogados: *Drs. Sérgio Augusto G. Pereira de Souza e outros, e Vera Lúcia do Amaral Corazza e outros*

EMENTA: Tributário — Imposto de renda — Demissão incentivada — Conceito jurídico do pagamento recebido pelo empregado despedido — Não incidência do tributo.

— A “demissão incentivada” resulta de compra e venda, em que o operário aliena de seu patrimônio o bem da vida constituído pela relação de emprego, recebendo, como preço, valor correspondente ao desfalque sofrido. Tal preço não é fato gerador de imposto sobre renda ou provento.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, negar provimento ao recurso. Votaram

com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 3 de novembro de 1997
(data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 02-02-98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Discute-se a incidência de imposto sobre renda ou proventos no pagamento feito pelo patrão ao ex-empregado, por efeito de demissão incentivada.

O V. Acórdão recorrido proclama a não incidência do tributo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Este recurso traz ao exame da Corte Superior do Brasil um novo instituto, gerado em meio à crise da era pós-industrial: a demissão incentivada.

A revolução capitalista desenvolveu-se em torno do conflito entre os donos do dinheiro e o proletariado — aqueles que nada tinham, senão a prole.

Os atritos produziram, como síntese, uma nova disciplina: o direito do trabalho — consequência de aperfeiçoamentos e desdobramentos, operados a partir da antiga locação de serviços.

O Direito do Trabalho, inspirado pelo imperativo de proteger o mais fraco, efetivou o vínculo contratual, incorporando-o, como bem da vida, ao patrimônio empregado.

O contrato de trabalho transformou o antigo proletário em empregado — alguém que já possui algo mais que a miserável prole.

A cibernética, com a robótica (seu corolário), tornou desnecessária a manutenção de operários, em grande número. Em compensação, ampliou as oportunidades de prestação autônoma de serviços.

As empresas passaram a depender, cada vez menos, do trabalho humano.

O pós-capitalismo tornou supérfluo o homem, mas não derogou o capitalismo. O lucro continua a ser o escopo fundamental da empresa.

Surgiu nova preocupação, fundamental para a sobrevivência da empresa: o enxugamento da folha de salários. Vale dizer: a diminuição do número de empregados.

Persiste, entretanto, uma dificuldade: o sindicato, a proteger o trabalhador, contra despedidas espoliadoras.

Para contorná-la, concebeu-se um artifício: a “despedida incentivada”.

Este modo de romper o vínculo empregatício consiste em induzir, oferecendo compensações, o pedido de dispensa, pelo empregado.

O patrão se dirige ao operário e lhe propõe:

— Você aceita trocar o emprego por dinheiro, em quantidade suficiente para o estabelecimento de seu próprio negócio?

Feitas as contas e acertado o valor do pagamento, consuma-se o negócio: o patrão recebe o pedido, dispensa o empregado, pagando-lhe a compensação.

Todos ficam satisfeitos. De um lado, o patrão consegue enxugar a folha de salários, sem enfrentar o sindicato; de sua parte, o ex-operário perde o emprego, mas dispõe do capital necessário ao começo de uma vida nova.

A despedida incentivada foi recebida com grande simpatia. O Estado brasileiro a utiliza constantemente.

Pergunta-se, agora: qual a natureza jurídica do instituto?

Sem dúvida, ele resulta de transação, com o escopo de obviar litígios.

Substancialmente, nele se envolve uma permuta: troca-se segurança por esperança.

Sob o enfoque jurídico, o negócio confunde-se com o velho contrato de compra e venda, no qual, um bem da vida é trocado por seu valor em dinheiro.

Um exame superficial pode conduzir o observador a enxergar, no pagamento feito pelo empregador, uma indenização.

Semelhante impressão é falsa. Indenização é o pagamento que se faz a alguém, cujo patrimônio, contra sua vontade, foi lesado.

Na despedida incentivada, o pagamento corresponde ao valor de um bem alienado mediante consentimento. Ajusta-se, pois, ao conceito de preço.

O preço acarreta metamorfose patrimonial: o emprego, bem da vida que integrava o patrimônio do trabalhador, transmuda-se em dinheiro.

Em tese, a transformação não resulta em acréscimo ou diminuição patrimonial.

Se assim ocorre, indaga-se: a compensação pelo desemprego incentivado é fato gerador de imposto sobre a renda?

A resposta há que ser negativa.

Com efeito, a teor do CTN (art. 43), o imposto é gerado pela aquisição de:

1. renda (produto do capital ou do trabalho);
2. proventos (qualquer outro acréscimo patrimonial).

A compensação pelo desemprego não é produto do capital, nem do trabalho. Tampouco, pode ser encarada como provento, já que não acarreta acréscimo patrimonial.

Se assim ocorre, não há como considerá-la fato gerador de imposto sobre a renda.

O tema já é nosso conhecido.

No julgamento do REsp 57.319, o Ministro Garcia Vieira conduziu esta Turma — então formada pelos Ministros Demócrito Reinaldo, Cesar Rocha e por mim — ao Acórdão unânime de que

“A importância paga ao servidor público como incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda, porque não é renda e nem representa acréscimo patrimonial.”

Esta proposição, ao tempo em que mantém fidelidade aos institutos ju-

rídicos, obedece ao preceito contido no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com efeito, o pagamento correspondente à demissão tem como escopo recompor a vida do ex-empregado. Ele se traduz em valor substancial. Se o imposto incidisse sobre ele, certamente haveria de atingir a mais elevada das alíquotas.

Imagine-se o trabalhador que renuncia à segurança do emprego, na esperança de adquirir um automóvel que utilizará como táxi.

Imagine-se que a compensação acertada corresponda, justamente, ao preço de um carro popular.

Como ficaria este homem, ao saber que não lhe será possível adquirir o novo instrumento de trabalho, porque o Estado lhe tomou a quarta parte de seu patrimônio?

A despedida incentivada foi concebida para manter o empregado no mesmo nível econômico em que se encontrava — não para levá-lo à rua da amargura.

Nego provimento ao recurso.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, fico vencido.