

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 174.465 – SP

(Registro nº 98.003516-8)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Embargantes: Norberto Luiz Júnior (espólio) e outros
Advogado: Gil Reigada
Embargado: Município de Bertiooga
Advogados: Ana Beatriz Reupke Ferraz e outros

EMENTA: Processo Civil – Embargos de declaração – Agravamento da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ambas as partes têm o direito de aproveitar os efeitos do julgado, tão logo o Tribunal decida a causa – de modo que tanto é protelatória a conduta do réu que estica recursos para evitar os efeitos da decisão judicial, quanto a do autor que, a pretexto de omissão inexistente, resiste ao resultado do julgamento, visando a alterá-lo em sede imprópria. Embargos de declaração não conhecidos, com o agravamento da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração, majorando a multa para 5%, condicionando a interposição de qualquer outro recurso ao pagamento da multa. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel.

Brasília-DF, 2 de junho de 1998 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro ARI PARGENDLER, Relator.

Publicado no DJ de 29.06.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Na sessão de 24 de março de

1998, a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do acórdão assim ementado: “Processo Civil. Recurso especial. Protocolo. A petição do recurso especial deve ser recebida pela secretaria do tribunal **a quo** e aí protocolada (CPC, art. 542); a respectiva tempestividade é, portanto, aferida à luz desse registro. Agravo regimental improvido” (fl. 92).

Seguiram-se embargos de declaração (fls. 94/98), rejeitados em julgamento sumulado nestes termos: “Processo Civil. Embargos de declaração. Multa. Os embargos de declaração só podem ter efeitos modificativos, se estes resultarem imediatamente do suprimento de omissão ou da remoção de contradição no julgado; quem opõe embargos de declaração com propósitos infringentes, sem que o acórdão padeça de omissão ou contradição, está sujeito à pena de multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, seja autor ou réu na ação, porque a resistência assim manifestada é, num caso ou noutro, sempre protelatória da decisão final. Embargos de declaração não conhecidos” (fl. 103).

Agora são interpostos novos embargos de declaração, em termos pouco usuais na praxe forense, reproduzindo-se, a seguir, somente aqueles trechos que dizem com o debate racional, **in verbis**:

“Os embargos declaratórios interpostos tinham, sim, fundamento pela omissão de Vossa Excelência em não dispensar nenhuma letra para a argumentação iniciada no agravo, depois em agravo regimental.

Vossa Excelência se limitou a copiar parte de acórdão proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado e não se diz em nenhum momento o porquê da diferença de protocolização na secretaria ou na comarca, já que o foi no prazo legal.

É certo outrossim, que os demais acórdãos acostados ao agravo regimental, igualmente foram ignorados, principalmente sobre a motivação da criação de protocolos integrados...” (fl. 106).

“Como se vê das peças trasladadas, o processo principal trata de desapropriação indireta promovida contra a Municipalidade de Bertioga, com a devida vênua, qual seria o intuito protelatório de quem espera receber uma indenização?

Está mais do que claro que o intuito dos embargantes é o de ver seu recurso especial apreciado.

É que não se consegue imaginar qual a diferença estabelecida pela egrégia Turma, quando se faz ressalva aos recursos da competência dos Tribunais Superiores.

É claro e indiscutível que o recurso especial é da competência de

juízo do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em nenhum momento do recurso se diz o contrário. Contudo, ele é sim, dirigido ao Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, o qual o deixará represado em determinado setor até sua apreciação de admissibilidade.

Ora, por que tanto rigor para que tais recursos sejam protocolizados, dentro do prazo e na Secretaria do Tribunal, se tal rigor não se estende à prestação jurisdicional correspondente? É claro e compreensível que o número de recursos é impossível de ser apreciado por seres humanos. Então por que apenas rigor com o profissional advogado, que, queiram ou não, protocolizou o recurso no prazo, ainda que não ‘na secretaria do tribunal’, qual a diferença da protocolização na comarca de origem ou em dita secretaria quando nem o prazo é assim tão dilatado, menos de 1 (um) mês, o que todos sabemos não representa nada na realidade atual do Judiciário?

É inegável que o Provimento nº 3/92 da Corregedoria Geral da Justiça existe para facilitar a prestação jurisdicional e não para tornar-se uma armadilha, que traz incertezas não só aos profissionais do Direito, mas principalmente à parte interessada, ao cidadão comum, que busca no Judiciário, a reparação de um direito usurpado” (fl. 107).

VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): Não se desconhece que “o intuito dos embargantes é o de ver seu recurso especial apreciado” (fl. 107). Nem por isso deixam – à luz da conduta documentada nos autos – de ser protelatórios. São protelatórios da decisão final já tomada pela Turma, com a qual não se conformam. O parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil vale para o autor e para o réu, porque há um momento em que as partes devem se conformar com o julgado. Insista-se: não só é protelatória a conduta do réu que estica recursos para evitar os efeitos da decisão judicial; o autor também incide nesse erro quando, a pretexto de omissão inexistente, resiste ao resultado do julgamento, visando a alterá-lo em sede imprópria. Isso já ficou expresso no julgamento dos precedentes dos embargos de declaração (fl. 103), o que agora caracteriza reincidência.

II

Já no julgamento do agravo regimental, o voto-condutor explicou os motivos que justificavam a decisão recorrida, **in verbis**:

“A matéria é regulada pelo artigo 542 do Código de Processo Civil, cuja parte inicial se transcreve:

‘Recebida a petição pela secretaria do Tribunal e aí protocolada...’

Os acórdãos trazidos à colação dizem respeito a casos em que os recursos (apelação ou agravo de instrumento) deixaram de ser conhecidos no tribunal **a quo**.

A diferença de tratamento, relativamente ao recurso especial, está bem explicitada no voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado, no REsp nº 106.039-SP:

‘Esta 4ª Turma tem admitido a utilização do Sistema de Protocolo Integrado, instituído em São Paulo, para considerar útil o ato praticado em outro foro, dentro do prazo, ainda que a petição somente mais tarde venha a ser juntada aos autos, já fora do prazo, e isso tanto para atos praticados junto à primeira instância, como perante os tribunais locais. O Provimento nº 03/92, da egrégia Corregedoria Geral admitiu a protocolização nos Foros do Estado de petições dirigidas ao Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Alçada de São Paulo. Por isso, no STJ têm sido considerados tempestivos os recursos de apelação ou de agravo de instrumento cujas petições tenham sido protocoladas nos Foros, dentro do prazo de recurso, mesmo quando a apresentação na secretaria do tribunal aconteça depois de esgotado o prazo (REsp nº 46.327-SP, 4ª Turma, rel. o eminente Min. Fontes de Alencar; REsp nº 56.663-SP, 4ª Turma, de minha relatoria; REsp nº 28.487-SP, 6ª Turma, rel. o eminente Min. José Cândido). *A única ressalva que se faz é aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores e ao egrégio Supremo Tribunal Federal, para os quais se exige a protocolização na secretaria do Tribunal recorrido, ainda no prazo de recurso (AgRg no Ag nº 48.470-SP, 3ª Turma, rel. o eminente Min. Cláudio Santos; AgRg no Ag nº 45.022-SP, 4ª Turma, rel. o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; AgRg no REsp nº 41.212-SP, 3ª Turma, rel. o eminente Min. Nilson Naves; AgRg no Ag nº 91.286-SP, 4ª Turma, rel. o eminente Min. Barros Monteiro)*” (fl. 79/80)

Registre-se: a transcrição desse voto do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior foi feita a partir de acórdão juntado aos autos pelos próprios agravantes – nada, portanto, inovando aquilo que eles já sabiam.

Seguiram-se os primeiros embargos de declaração, à base de que fora omitido o exame do Provimento nº 3, de 10 de março de 1992, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 96).

O voto-condutor do respectivo julgamento retranscreveu, então, o que o emi-

nente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior havia dito no citado acórdão, fazendo prova cabal de que esse ato fora considerado no exame do precedente (fl. 101).

Volta-se a fazê-lo, ainda uma vez:

“O Provimento nº 3/92, da egrégia Corregedoria Geral admitiu a protocolização nos Foros do Estado de petições dirigidas ao Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Alçada de São Paulo” ... “A única ressalva que se faz é aos recursos dirigidos aos tribunais superiores e ao egrégio Supremo Tribunal Federal, para os quais se exige a protocolização na secretaria do tribunal recorrido, ainda no prazo de recurso (AgRg no Ag nº 48.470-SP, 3ª Turma, rel. o eminente Min. Cláudio Santos; AgRg no Ag nº 45.022-SP, 4ª Turma, o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; AgRg no REsp nº 41.212-SP, 3ª Turma, rel. o eminente Min. Nilson Naves; AgRg no Ag nº 91.286-SP, 4ª Turma, rel. o eminente Min. Barros Monteiro)” (fl. 101).

Não se trata de interpretação cerebrina, levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, a respeito de provimento exarado por outro tribunal.

Foi o próprio Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quem indeferiu o processamento do recurso especial; é certo que o fez à base do Provimento nº 462, de 14 de outubro de 1991 (fl. 10), mas manteve a decisão mesmo depois da invocação do Provimento nº 3, de 10 de março de 1992 (fl. 43).

III

O mais é matéria impertinente, desde a crítica injustificada até a mágoa expressa na afirmação de que há “apenas rigor com o profissional-advogado” (fl. 107).

“Ora”, – está dito também – “por que tanto rigor para que tais recursos sejam protocolizados, dentro do prazo e na secretaria do tribunal, se tal rigor não se estende à prestação jurisdicional correspondente?” (fl. 107).

A petição, evidentemente, não foi produzida especificamente para estes autos, tendo sido extraída da memória do computador sem maior exame.

Os autos deste agravo de instrumento foram recebidos no meu gabinete no dia 2 de março de 1998 (fl. 47), e despachados no dia seguinte, em 3 de março de 1998 (fl. 48). A secretaria certificou o respectivo recebimento no dia subsequente, em 4 de março de 1998 (fl. 49), tendo a decisão respectiva sido publicada em 9 de março de 1998 (fl. 49) – tudo em exato uma semana.

A 16 de março de 1998, foi interposto agravo regimental (fl. 50). Os autos foram conclusos em 23 de março de 1998, e já no dia seguinte, 24 de março de 1998, o agravo regimental foi julgado pela Turma (fl. 92), tendo o acórdão sido publicado em 13 de abril de 1998 (fl. 93).

Seguiram-se embargos de declaração em 20 de abril de 1998 (fl. 94), tendo os autos sido entregues no meu gabinete em 23 de abril de 1998 (fl. 99). Na primeira sessão seguinte, em 28 de abril de 1998, a Turma rejeitou os embargos de declaração (fl. 103), com a publicação do acórdão em 18 de maio de 1998 (fl. 104).

A 25 de maio de 1998, foram opostos os presentes embargos de declaração (fl. 105). Conclusos os autos em 27 de maio de 1998, estou trazendo-os ao julgamento da Turma na primeira sessão seguinte, 2 de junho de 1998.

Qual rigor a Turma está exigindo do advogado que, antes, não impôs a si própria? E desconhece ele que os prazos são feitos no interesse das partes, e não no interesse dos juízes? Que a intempestividade de um recurso molesta, sim, a parte que o interpôs, mas aproveita à contraparte, e não ao juiz? Que a contraparte tem todo o direito de exigir o cumprimento dos prazos, na forma que a lei determina?

Os juízes deste Tribunal, e também os dos outros Pretórios, não utilizam o artigo 538 do Código de Processo Civil, “de modo a inviabilizar, ou ainda, amedrontar e inibir as partes processuais de ingressar com os recursos cabíveis”, diferentemente do que está insinuado à fl. 106. Aplicam-no apenas se for o caso, e, quando isso ocorre, fazem-no em toda a sua extensão, até para agravar a penalidade, se a anterior não foi capaz de evitar a repetição do abuso.

IV

Em suma:

a) a exigência de que a petição do recurso especial seja protocolada na “secretaria do tribunal” resulta da letra expressa do artigo 542 do Código de Processo Civil;

b) o Provimento nº 3, de 1992, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não alterou – *nem podia fazê-lo* – o disposto no artigo 542 do Código de Processo Civil, valendo apenas para os recursos endereçados ao Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Alçada do Estado de São Paulo;

c) não só é protelatória a conduta do réu que estica recursos para evitar os efeitos da decisão judicial; o autor também incide nesse erro quando, a pretexto de omissão inexistente, resiste ao resultado do julgamento, visando a alterá-lo em sede imprópria;

d) o mais delira destes autos.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer dos embargos de declaração, majorando a multa aplicada para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do valor respectivo, nos termos do artigo 538, parágrafo único, segunda parte, do Código de Processo Civil.

RECURSO ESPECIAL Nº 73.443 – PR

(Registro nº 95.0044131-4)

Relator: Ministro Hélio Mosimann
Recorrente: Município de Curitiba
Advogado: Júlio César Ribas Boeng e outros
Recorrida: SSIA – Construtora de Obras Ltda
Advogada: Kátia Pacheco Snege

EMENTA: Procedimento cautelar – Produção antecipada de provas – Oferecimento de contestação – Periculum in mora – Matéria examinada pela decisão recorrida – Recurso especial desprovido.

Não havendo litígio, não se admite, como princípio geral, contestação em procedimento cautelar de produção antecipada de provas.

Se, embora formalmente inadmitida, os termos da contestação apresentada foram considerados e refutados – presente o requisito do **periculum in mora** – não há como prover o recurso, para reconhecer o direito à defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adhemar Maciel.

Brasília-DF, 16 de junho de 1998 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 24.08.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de Curitiba, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a e c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que, confirmando a decisão singular, assentou que medida cautelar de produção antecipada de provas não admite contestação.

Manifestados embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados, ao argumento de que, “sob o pretexto de omissão, o embargante quer examinar matéria meritória”.

Sustenta o recorrente, em síntese, contrariedade ao disposto nos artigos 802 e 812, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial, perseguindo o alegado direito de contestar a cautelar, por entender inexistente, no caso, o **periculum in mora**.

Com as contra-razões de fls. 356/364, vieram os autos a esta superior instância.

Recebi memorial da recorrida.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Cuida-se de saber se, em medida cautelar de vistoria (produção antecipada de provas), facultou-se a apresentação de contestação.

Pela negativa decidiu o sentenciante monocrático. Referindo-se a **Galeno Lacerda e Marcos Afonso Borges** (fls. 245 v.) arremata: “esta cautela, na qual o juiz não decide a respeito de sua eficácia, caracteriza-se pela urgência e sumariedade (art. 848), que estariam totalmente prejudicadas se se aplicasse o art. 802, em facultando à outra parte a oportunidade de apresentar contestação. Ora, se não há julgamento, não há que se falar em contraditório. A atividade do juiz é meramente administrativa, e, portanto, não jurisdicional”.

É verdade que a afirmação nem sempre pode ser categórica, pois casos há, ainda que excepcionais, em que se pode admitir a contestação.

Embora avesso ao procedimento contestatório, de destacar-se que o requerido – Município de Curitiba – foi intimado pelo juízo e ofereceu contestação (fls. 67/74), onde assevera que “falta, pois, para que vingue a presente medida de cautela, o **periculum in mora**”.

A rechaçar tal afirmativa o fundamento maior do **decisum** que homologou a cautelar, onde desponta que:

“... como não se constitui em ação, não se cogita da plausibilidade do direito invocado pela parte (**fumus boni iuris**), pois nem sempre será necessária a propositura da ação principal, mas tão-só do **periculum in mora**, o qual encontra-se presente no caso concreto, dada a possibilidade de desaparecimento de certos vestígios ao longo do tempo.”

A medida prende-se a dois contratos de empreitada para a edificação de creches municipais.

Assim, embora formalmente inadmitida, certo é que os termos da contestação foram considerados e refutados no juízo singular, que entendeu presente o requisito do **periculum in mora**. Divergir de tal compreensão exige, no caso, o exame da prova, o que não se compatibiliza com a via do recurso especial (Súmula nº 7-STJ). Seja como for, acha-se, na espécie, bem demonstrado.

Ainda e por derradeiro, “em produção antecipada de prova, não há litígio a ser solucionado. Trata-se de mera medida cautelar, de feição administrativa, em que não figuram partes, mas apenas interessados na sua realização” (REsp nº 30.716-SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Na linha do exposto, conheço do recurso mas lhe nego provimento.
É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 78.462 – PR

(Registro nº 95.0056709-1)

Relator: Ministro Peçanha Martins

Recorrentes: Aurora Segurança, Vigilância e Transporte de Valores Ltda e outros

Advogados: José Walter de Sousa Filho e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Mandado de segurança contra decisão interlocutória concessiva de liminar em outro *writ* – Ato ilegal – Agravo de instrumento – Recurso próprio – Precedentes.

– Não cabe mandado de segurança para desconstituir decisão liminar do juiz em outro *writ*, por isso que esta constitui decisão interlocutória a ser desafiada via agravo de instrumento.

– Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Adhemar Maciel e Ari Pargendler. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Hélio Mosimann.

Brasília-DF, 4 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 13.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial manifestado por Aurora Segurança, Vigilância e Transporte de Valores Ltda e outros, via agravo de instrumento por mim provido, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que, por unanimidade, concedeu a ordem, requerida em ação mandamental ajuizada pela Fazenda Nacional, objetivando cassar liminar que permitiu às empresas compensarem os valores recolhidos, a maior, a título de Finsocial, com tributos da mesma espécie.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados por unanimidade.

Sustenta a ora recorrente ter o v. acórdão recorrido violado os arts. 170, CTN, 66, § 1ª, da Lei nº 8.383/91, e 1.009 do CC, ao não permitir a compensação dos tributos. Ainda, divergiu de julgados do STJ, ao entender ser o mandado de segurança o meio para reverter decisão que concedeu liminar.

Recurso extraordinário simultaneamente interposto.

Contra-razões às fls. 227/233.

Os recursos não foram admitidos no tribunal **a quo**. Contra os despachos denegatórios de seguimento dos recursos foram interpostos agravos de instrumento.

Subiram os autos a esta egrégia Corte onde vieram a mim conclusos. Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): A empresa ora recorrente insurge-se contra decisão da 2ª Turma do TRF da 4ª Região que recebeu a ementa do seguinte teor: (fls. 186)

“Mandado de segurança. Ato judicial. Liminar autorizativa de compensação de créditos.

1. A compensação, instituto com eficácia constitutivo-negativa, não é compatível com a natureza dos provimentos cautelares antecipatórios, necessariamente provisórios.

2. A possibilidade de futura inscrição em dívida ativa que depende de prévia instauração do devido processo administrativo fiscal, não constitui, por si só, risco de ineficácia a determinar a concessão da liminar.

3. Ordem concedida.”

Sustenta a ora recorrente negativa de vigência dos arts. 66, § 1º, da Lei nº 8.383/91 c/c o art. 170, CTN, que consagraram a compensação entre tributos da mesma espécie.

Entende ainda ter sido negada a vigência ao art. 1.009 do CC, no que toca à compensação.

Argúi divergência jurisprudencial do v. acórdão recorrido, com julgados deste STJ, ao entender não ser o mandado de segurança a via judicial própria para reverter decisão interlocutória concessiva de liminar, em lugar de agravo de instrumento, que seria o recurso próprio.

Sobre o tema, esta Segunda Turma decidiu, recentemente, por unanimidade, no mesmo sentido da tese que esposa o recorrente.

Cito, como exemplo, o RMS nº 5.854/PE, julgado em 17.02.97 (DJ de 10.03.97), cujo acórdão ficou resumido na ementa que reproduzo:

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança contra ato judicial denegatório de liminar em outro *writ*. Possibilidade, visto que a impetração se deu antes do advento da Lei nº 9.139/95. Precedentes do STJ: RMS nº 1.857-SP e RMS nº 4.715-PR. Recurso ordinário improvido.

1. Antes do advento da Lei nº 9.139/95, admitia-se a impetração de mandado de segurança contra decisão denegatória de liminar em outro *writ*. Atualmente, contra a decisão monocrática que denega liminar em

writ, cabe tão-somente recurso de agravo, e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em *writ* para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo. Em suma, o mandado de segurança voltou ao seu leito natural, deixando de ser a panacéia de outrora.

2. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança improvido.”

No mesmo sentido, o ROMS nº 6.422-SC (DJ de 17.03.97), assim resumido:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança contra decisão concessiva de liminar. Ato judicial flagrantemente ilegal. Admissibilidade da impetração do *writ* sem a prévia interposição do recurso cabível. Provimento.”

Assim, há que ser reformado o acórdão para cassar a ordem concedida, por isso que conheço e dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 90.141 – MG

(Registro nº 96.0015147-4)

Relator: Ministro Peçanha Martins
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Afonso Augusto Ribeiro Costa e outros
Recorrida: Recauchubrás Pneus Ltda
Advogados: Francisco Xavier Amaral e outros

EMENTA: Tributário – Contribuição Social sobre o Lucro – Compensação entre bases de cálculo – Ausência de previsão legal – Impossibilidade – Precedentes STF e STJ.

– É ilegítima a compensação dos eventuais prejuízos com lucros verificados em exercícios diversos, na determinação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, por isso que a incidência do tributo diz respeito ao lucro apurado no mesmo exercício.

– Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 6 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 05.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial apoiado no permissivo da letra a, interposto pela Fazenda Nacional impugnando o acórdão do TRF da 1ª Região.

Recauchubrás Pneus Ltda impetrou mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal em Juiz de Fora a fim de lhe ser assegurado o direito de efetuar o pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Lei nº 7.689/88, no ano de 1992, deduzidos os prejuízos apurados no período-base anterior (1991) o que, a seu ver, encontra amparo na referida lei e na de nº 8.383/91.

Denegada a ordem no primeiro grau, o Tribunal Regional reformou a sentença pelos motivos expostos do acórdão de fls. 90/93, assim resumidos na ementa:

“Tributário. Contribuição Social. Lei nº 7.689, de 1988. Compensação entre bases de cálculo.

De acordo com a Lei nº 7.689, de 1988, o resultado negativo, apurado no período-base, deve ser compensado com o resultado positivo do período-base posterior, pois se assim não se proceder não se pode determinar o lucro, o acréscimo patrimonial.”

Alega a recorrente a inadequação da via eleita pela recorrida para obter a compensação pretendida e, no mérito, que o art. 44 da Lei nº 8.383/91 não permite a compensação do prejuízo, salvo entre meses de um mesmo exercício.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, cabendo-me relatá-lo.

Dispensado, regimentalmente, o pronunciamento do Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Este processo assemelha-se em tudo ao REsp nº 90.249-MG, por mim relatado, originário do TRF da 1ª Região. Assim como ali, discute-se a possibilidade da compensação da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689/88) com os prejuízos apurados até 31.12.91 e a sentença, de igual forma, julgou improcedente a segurança impetrada, valendo transcritos os seguintes trechos da decisão de primeiro grau:

“O centro de gravidade jurídica do *writ* reside na validade, ou não, do disposto na Instrução Normativa nº 90/92 que não permite a compensação, pela pessoa jurídica, do resultado negativo apurado até 31 de dezembro de 1991 na base de cálculo da contribuição social apurada no balanço ou balancete levantado em 30 de junho de 1992.

Exsurge, assim, que a vedação em apreço alcança inequivocamente o *resultado negativo apurado até 31 de dezembro de 1991*, ou seja, esse **quantum** negativo não poderá ser contabilizado como compensação na base de cálculo da contribuição social incidente sobre o balanço ou balancete levantado em 30 de junho de 1992.

Afasta-se qualquer tentativa de introduzir o resultado negativo, no período precisado, na base de cálculo da contribuição social, também no lapso temporal precisado, para obter compensação entre prejuízo anterior e lucro posterior.

A tese da ilegalidade da mencionada Instrução Normativa decorreria do fato de ter consagrado restrição não prevista legalmente.

O raciocínio não colhe. Com efeito, como demonstrado pelo parecer do Ministério Público Federal, a citada Lei nº 7.689/88, em seu art. 2º, § 1º, admite a consideração, na formação da base de cálculo da contribuição social, do resultado de cada período-base e que entre as exclusões autorizadas (alínea c) não estejam incluídos os prejuízos relativos a exercício anterior.

Conclusão: a própria lei citada estabelece a vedação da pretendida compensação na medida exata em que não contempla a exclusão dos prejuízos para efeito de compor a base de cálculo na modalidade compensatória.

Há de se ter presente, portanto, que o explicitado na discutida Instrução Normativa nº 90/92 deriva de correta apreensão do já contido na Lei nº 7.689/88, o que afasta a mácula de ilegalidade assacada pela impetrante.” (fls. 65/66).

Concluindo, após reproduzir precedente do TRF 5ª Região:

“Inexistentes, assim, as mencionadas violações ao conceito constitucional de lucro, ao preceptivo constitucional que proíbe a utilização de tributo com efeito confiscatório, ao conceito de lucro utilizado pelo CTN e à fixação competencial para a instituição de contribuição social sobre o lucro” (fls. 67)

O Tribunal Regional, da mesma maneira que no processo referido, reformou a sentença através de acórdão da lavra do ilustre Juiz Tourinho Neto ao fundamento de não haver dúvida de “que o resultado negativo apurado no período-base deve ser compensado com o resultado positivo do período-base posterior. Se assim não se proceder, não se pode determinar o lucro, renda, acréscimo patrimonial”.

Mantenho, porém, o ponto de vista anteriormente manifestado por entender que o lucro ou prejuízo é apurável no exercício e a incidência do tributo diz respeito ao lucro nele apurado, não autorizando a lei a compensação de prejuízos e lucros em exercícios diversos. Por esta razão, conheço e dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 99.653 – SP

(Registro nº 96.0041132-8)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Simone Aparecida Vencigueri Azeredo e outros

Recorrida: Serveng – Civilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia

Advogados: Antônio Pinto Martins e outros

EMENTA: Tributário – Certidão positiva com efeitos de negativa – Penhora de bens suficientes.

A execução fiscal que, em princípio, agrava a situação do devedor pode, ao revés, beneficiá-lo com a possibilidade de obter a certidão positiva com efeitos de negativa (CTN, art. 206); trata-se de um efeito reflexo da penhora, cuja função primeira é a de garantir a execução – reflexo inevitável porque, suficiente a penhora, os interesses que a certidão negativa visa acautelar já estão preservados. Mas daí não se segue que, enquanto a execução fiscal não for ajuizada, o devedor capaz de indicar bens suficientes à penhora tenha direito à certidão positiva com efeito de negativa, porque aí os interesses que a certidão negativa visa a tutelar estão a descoberto. A solução pode ser outra se, como no caso, o contribuinte antecipar a prestação da garantia em Juízo, de forma cautelar. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 15 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 23.11.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Serveng – Civilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz Federal da 9ª Vara que, em outro, indeferiu-lhe medida liminar que autorizasse a expedição de certidão fiscal negativa (fls. 2/6).

A egrégia 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região concedeu a ordem, nos termos do acórdão assim ementado: “Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Caução real em garantia de liminar em cautelar. Art. 9º, III, Lei nº 6.830/80. Possibilidade. 1) A caução pode ser real quando se tratar de garantir liminar em cautelar visando à suspensão de crédito tributário, posto que o contribuinte tem esse direito mesmo em execução fiscal (art. 9º, III, da Lei nº 6.830/80). 2) Ordem concedida” (fl. 80). Constituição Federal, por violação do artigo 206 do Código Tributário Nacional (fls. 140/152).

Lê-se no voto-condutor:

“Ora, se ainda não foi incoada a execução, onde poderá a ora impetrante prestar garantia real, e se, por outro lado, a atividade da impetrante se situa em contexto que lhe torna indispensável o ônus de apresentar certidões negativas de débito, qual será o direito a aplicar? **Quid juris?**”

Entendo que a impetrante, não por vontade própria, se encontra momentaneamente tolhida em suas atividades por falta de uma simples tutela provisória do Poder Judiciário.

Encontra-se numa espécie de limbo processual, já que de um lado não há ainda execução e, de outro, não se aceita caução real por motivos operacionais nem se defere proteção transitória para que obtenha aquelas certidões.

Entendo ser ilegal o ato impugnado, em que pesem as razões que o lastreiam, exatamente porque não proveu a tutela transitória devida, à luz do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) (fl. 76).

Daí o presente recurso especial, interposto pela União Federal, com base no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, por violação do artigo 1º da Lei nº 1.533, de 1951, e do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional (fl. 86/95).

VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): “A lei” – dispõe o artigo 205 do Código Tributário Nacional – “poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição”.

“Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior” – segundo o artigo 206 do mesmo diploma legal – “a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

As razões do recurso especial sustentam que o devedor solvente, isto é, com condições de oferecer bens suficientes à penhora, tem condições de obter a certidão positiva de débito com efeito de negativa, se o crédito fiscal for objeto de execução, e deve também ter esse direito enquanto a Fazenda atrasar a execução – sob pena de a expedição da certidão pretendida ficar dependente da vontade da Fazenda.

Há aí uma circunstância curiosa: a de que a execução fiscal que, em princípio, agrava a situação do devedor pode, ao revés, beneficiá-lo com a possibilidade de obter a certidão positiva com efeitos de negativa.

Trata-se de um efeito reflexo da penhora, cuja função primeira é a de garantir a execução – reflexo inevitável porque, suficiente à penhora, os interesses que a certidão negativa visa a acautelar estão satisfeitos.

Daí não se segue que o devedor capaz de indicar bens suficientes à penhora tenha direito à certidão positiva com efeito de negativa enquanto a execução fiscal não for ajuizada. Tudo porque aí os interesses que a certidão negativa visa a tutelar estão a descoberto.

Logo, a analogia entre um caso e outro é imprópria.

Agora, se o contribuinte, como no caso, se dispõe a oferecer caução real para obter a certidão negativa, o Judiciário está obrigado a tutelar, cautelarmente, os seus interesses.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 114.339 – RN

(Registro nº 96.0074158-1)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Recorridos: Raimundo Andriola Pereira e outros
Advogados: Carlos Alberto de Castro e Silva e outros, Elísia Helena de Melo Martini

EMENTA: Constitucional e Administrativo – FGTS – Levantamento por mudança de regime – Legitimidade passiva exclusiva da CEF – Direito adquirido – Inexistência – Leis Federais nºs 8.036/90, 8.162/91 e 8.678/93.

I – O ingresso do servidor no Regime Jurídico Único não autoriza o saque do FGTS, na medida em que inexistente, na hipótese, dispensa sem justa causa, mas, apenas, simples alteração da natureza do vínculo, com a manutenção, inclusive com vantagens adicionais, do mesmo cargo.

II – Assim como no caso dos servidores federais, em que a Lei nº 8.112/90 não lhes outorgou direito ao levantamento, de igual modo também não o fez a Lei Estadual nº 6.486/93, mesmo porque a movimentação dos saldos das contas fundiárias obedece, exclusivamente, à legislação federal.

III – A seu turno, a modificação havida na legislação federal, consubstanciada na revogação do § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162/91, pelo art. 7º da Lei nº 8.678/93, não torna possível o saque imediato, como pretendido pelos impetrantes. Como a norma anterior vedava peremptoriamente o levantamento por motivo de conversão de regime, se ela não fosse revogada, como o foi, o saque não seria possível nem mesmo após o triênio de paralisação da conta. Daí porque o legislador, equiparando os servidores públicos ex-celetistas aos trabalhadores comuns, revogou-a para permitir que aqueles também fizessem jus ao resgate dos saldos depois de três anos de imobilização, ainda que esta houvesse decorrido de conversão de regime. Apenas isso.

IV – Dissídio jurisprudencial configurado (art. 105, III, c, da Constituição Federal).

V – Recurso especial conhecido e provido. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Peçanha Martins, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Adhemar Maciel e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 20 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

Publicado no DJ de 03.11.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: A Caixa Econômica Federal interpõe recurso especial, com base nas letras a e c do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pela colenda 1ª Turma do

Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que autorizou o saque do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço dos impetrantes por motivo de mudança de regime jurídico, decorrente da transformação da empresa pública da qual eram empregados em autarquia pela Lei Estadual nº 6.486, de 05.10.93, resultando na extinção dos seus contratos de trabalho e na sua integração ao antigo Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado do Rio Grande do Norte, criado pela Lei nº 920, de 24.11.93.

Alega a recorrente que a decisão negou vigência ao art. 20 da Lei nº 8.036/90, na redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.678, de 13.07.93, que não contempla o saque em tal hipótese, salvo no caso de afastamento do regime do FGTS por três anos (inciso VIII), o que não acontecera. Aponta, também, divergência jurisprudencial com decisões do TRT-SC, TST e STJ (fls. 202/208).

Sem contra-razões (fl. 215).

O recurso foi admitido por despacho presidencial do tribunal **a quo**, exarado às fls. 217/218.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por antigos servidores celetistas de empresa pública do Estado do Rio Grande do Norte, que por força da Lei Estadual nº 6.486, de 05.10.93, que transformou a Emater em autarquia, passaram a integrar o Estatuto dos Funcionários Cíveis daquela unidade da Federação, deixando seus antigos contratos de trabalho e pretendendo, por isso, o levantamento dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Conquanto os impetrantes estejam, a essa altura, há mais de três anos afastados do regime do FGTS, o que, em tese, autorizaria o saque com base no art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90, inexistente notícia nos autos de que tal ocorreu, nem, tampouco, de que os recursos foram resgatados por força de execução definitiva do julgado. Desse modo, entendo que subsiste o objeto do recurso especial.

Quanto à admissibilidade do recurso pela letra **a** do permissivo constitucional, tenho que não é possível, eis que o aresto regional não discute o dispositivo invocado pela CEF, nem a ele foram opostos embargos de declaração, pelo que a matéria não se acha prequestionada, esbarrando a pretensão nos óbices das Súmulas nºs 282 e 356 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o dissenso jurisprudencial é muito claro, ao autorizar o cabimento do recurso pela letra **c** do art. 105, III, da Carta Política.

A matéria não difere muito da que já foi exaustivamente examinada no âm-

bito desta Corte, quando da primeira leva de ações geradas pelo ingresso de servidores públicos no Regime Jurídico Único implantado pela Lei nº 8.112/90, ocasião em que proferi, por inúmeras vezes, no egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, ao qual pertencia até recentemente, o seguinte voto, **verbis**:

“Dispõe a Súmula nº 178 do colendo Tribunal Federal de Recursos, aprovada, aliás, *por escassa maioria de sete votos contra cinco*, **in verbis**:

‘Resolvido o contrato de trabalho com a transferência do servidor do regime da CLT para o estatutário, em decorrência de lei, assiste-lhe o direito de movimentar a conta vinculada do FGTS.’

O citado enunciado decorreu do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação em Mandado de Segurança nº 106.060-RS, cuja ementa é a seguinte:

‘Incidente de Uniformização de Jurisprudência com Base na AMS nº 106.060-RS. Servidores Admitidos pelo Regime Celetista que passaram para o Regime Estatutário, por Força de Lei Municipal. Levantamento do FGTS. Intervenção do BNH.

Se o Município transformou servidores celetistas em estatutários, através de lei, não é justo venham perder o FGTS, pelo simples fato de a hipótese não estar contemplada na Lei nº 5.107, de 13.09.66. A justiça deve prevalecer com o silêncio da lei. Fruto do contrato celetista, nenhum óbice pode-se levantar contra o empregado. Indiferente a discussão sobre a inconstitucionalidade, não declarada, da lei municipal. Se há prejuízo para o Fundo, que o BNH tome as medidas que julgar de direito contra o ex-empregador. O que não é possível é a perda pura e simples do FGTS sem culpa do servidor. Decisão em favor do levantamento total do FGTS.’

(1ª Seção, Rel. para o acórdão Min. José Cândido, por maioria, DJU de 10.04.86).

A leitura do precedente revela que o colegiado baseou-se no fato de que a legislação de regência do FGTS à época – Lei nº 5.107/66 – não previa a hipótese de saque em tal situação e, nessas circunstâncias, ante a omissão da legislação, cabia à Justiça dar interpretação que atendesse melhor aos interesses do trabalhador.

Contudo, a questão, agora, ressurgiu sob condições inteiramente distintas.

Com efeito, a Lei nº 5.107/66, vigente à época da Súmula nº 178, foi revogada pela Lei nº 7.839/89, e esta, por sua vez, pela atual Lei nº 8.036, de 11.05.90, que passou a prever o levantamento do FGTS após a paralisação da conta vinculada por três anos (art. 20, inciso VIII).

Assim, diferentemente da legislação anterior, sob cuja égide nasceu a Súmula nº 178 do Tribunal Federal de Recursos, o trabalhador não mais ficou impossibilitado de resgatar o FGTS, podendo automaticamente fazê-lo decorrido certo tempo de carência estabelecido em lei, durante o qual o depósito é remunerado com juros e correção monetária.

Não há falar-se, pois, em direito adquirido ao levantamento do Fundo por mudança de regime *por absoluta ausência de previsão legal nesse sentido* e, ainda, porque sequer se pode aplicar a antiga Súmula nº 178 ao caso, eis que o fundamento essencial da sua edição consistia na pretérita omissão legislativa para o saque na hipótese, a justificar a supressão da lacuna pelo Judiciário, coisa que perdeu a sua razão de ser ante o surgimento, mais tarde, de norma a respeito (Lei nº 8.036/90, art. 20, VIII).

Logo em seguida e para ser mais explícito, o legislador fez promulgar a Lei nº 8.162, de 08.01.91, que reza:

‘Art. 6º – O saldo da conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, do servidor a que se aplique o regime da Lei nº 8.112, de 1990, poderá ser sacado nas hipóteses previstas nos incisos III a VII do artigo 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

§ 1º – *É vedado o saque pela conversão de regime.*’

Destarte, se antes, como visto, inexistia direito adquirido, porque não havia, *e não há, legislação escrita que permita o saque por mudança de regime*, menos ainda depois, com o advento da Lei nº 8.162/91, que expressamente obstaculiza a pretensão dos autores.

Embora compreendendo o anseio do trabalhador em resgatar, o mais breve possível, os depósitos do FGTS, matéria que sempre causou polêmica nos Tribunais, estou em que o Poder Judiciário, **data maxima venia** não pode se substituir ao legislador, a quem compete, como representante eleito do povo, identificar e atender às suas necessidades sociais.

Cabe observar, a propósito, que tal não significa que os autores ficarão impedidos, **ad eternum**, de levantar os saldos de suas contas vinculadas, eis que permanecem dispostos das hipóteses de saque previstas na Lei nº 8.036/90.

Ademais, é importante observar que um trabalhador, ao se despedir voluntariamente, deixando o emprego, não faz jus ao levantamento do FGTS. No caso dos postulantes, a situação é mais favorável, eis que continuam como servidores da Fundação Nacional de Saúde, apenas que sob outro regime que lhes confere maiores vantagens que o celetário.

Examinando ação idêntica à presente, esta 1ª Turma assim decidiu:

‘Constitucional e Administrativo. FGTS. Mudança de regime de servidor. Legitimidade passiva exclusiva da CEF. Direito adquirido. Inexistência. Leis nºs 8.112/90 e 8.162/91. Constituição Federal, art. 5º, XXXVI. Segurança denegada.

I – Legitimidade passiva **ad causam** exclusiva da CEF.

II – Inexiste direito adquirido ao levantamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço por mudança de regime jurídico de servidor público.

III – Segurança denegada.’

(AMS nº 92.01.18808-0 – DF, Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior, in DJU de 22.03.93).

No mesmo rumo orientou-se a colenda 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, **litteris**:

‘Administrativo. FGTS. Conversão do Regime da CLT para o Regime Único.

– Em sendo o Ministério da Ação Social gestor do FGTS, afigura-se a União como litisconsorte passiva necessária.

– A movimentação do FGTS está adstrita às hipóteses expressamente previstas na Lei nº 8.036/90.

– Constitucionalidade do art. 6º e seu parágrafo único, da Lei.

– Apelo parcialmente provido.

– Decisão unânime.’

(AC nº 91.05.11327-CE, Rel. Juiz Francisco Falcão, unânime, DJU de 20.03.92).

Mais recentemente, adotou tal orientação também o colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, **verbis**:

‘Administrativo. Servidor público estadual. Conversão de Regime. FGTS.

I. Levantamento. Assentada orientação da Corte Especial, via de embargos de divergência, sobre subordinar-se o discutido levantamento às condições do art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90.'

(REsp nºs 33.113-1-CE, 93.0022695-97, Rel. Min. José Dantas, por maioria, DJU de 04.04.94).

Ante o exposto, não vislumbrando, na espécie, direito adquirido à luz do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, dou provimento à apelação da CEF, para julgar improcedente a ação, condenando os autores ao pagamento das custas e honorários de sucumbência de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, corrigido desde o ajuizamento da ação."

A par dos arestos acima citados, o colendo Superior Tribunal de Justiça, por muitas vezes mais se manifestou no mesmo rumo, valendo citar os seguintes julgados, *litteris*:

"Servidor público. Conversão de regime jurídico. Levantamento do FGTS.

– O saque, por mera mudança do regime celetista para o estatutário, só pode ocorrer na hipótese do art. 20, inc. VIII, da Lei nº 8.036/90.

– Inexistência de direito adquirido.

– Embargos recebidos."

(Corte Especial, EREsp nº 30.811/93-CE, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, por maioria, DJU de 19.09.94).

"Agravo regimental. Suspensão de segurança. Movimentação de conta do FGTS. Mudança de regime jurídico para estatutário. Lei Estadual nº 122/94 – RN. Impossibilidade. Precedentes da Corte.

– A simples alteração do regime jurídico do servidor não autoriza a movimentação da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, consoante a reiterada orientação da Corte Especial."

(Corte Especial, AgRg-SS nº 358/95-RN, Rel. Min. Américo Luz, por maioria, DJU de 16.10.95)

.....
 "Consolidado na jurisprudência da Corte Especial o entendimento no sentido de que inexistindo rescisão contratual, o saque por mera mudança de regime só pode ocorrer na hipótese do art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90. Ausência de direitos adquiridos"

(EREsp nº 947-7-CE, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 14.11.94).

Em resumo, viu-se que a Lei nº 8.112/90 jamais outorgara aos servidores o direito ao saque do FGTS por conversão de regime, e o que a Lei nº 8.162/91 objetivou, ao vedar expressamente, foi, *apenas*, deixar explícito que tal levantamento era impossível. Ela não suprimiu direito adquirido, pelo simples motivo de que este jamais existira.

Agora, *no contexto atual*, o que há de novo?

Em primeiro lugar, uma lei estadual, qualquer que seja, não seria bastante para dar amparo ao levantamento dos depósitos, como argumentam alguns.

É da competência da União Federal legislar, com exclusividade, sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, achando-se as hipóteses de saque previstas em norma federal. Defeso, portanto, aos Estados e Municípios, expedir legislação que institua casos de saque diversos daqueles estabelecidos na lei própria que é a Lei nº 8.036, de 11.05.90, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.678/93.

Aliás, a citada Lei Estadual nº 6.486/93 não chegou a fazê-lo.

E quais são os casos de saque em vigor? A resposta está na Lei Federal nº 8.036/90, cujo art. 20, incisos I a X, que, *salvo um deles, o de nº VIII*, não apresentam inovação e a discussão está superada desde a época em que os tribunais se manifestaram a respeito, naquela primeira “onda” de ações.

Portanto, de novo mesmo só o inciso VIII, alterado pela Lei nº 8.678/93, que reza:

“VIII – quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1ª de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.”

Ora, os impetrantes somente tiveram as suas contas paralisadas a partir de 05.10.93, quando foram transpostos para o Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado do Rio Grande do Norte pela Lei Estadual nº 8.486/93.

Destarte, só a partir de 05.10.96 é que poderiam fazer jus ao saque, de sorte que quando da impetração, em 1994, nenhum direito possuíam sequer com base no já citado inciso VIII e, menos ainda, por simples mudança do seu regime jurídico de trabalho.

Ressalte-se, outrossim, que a revogação do § 1º do art. 6º da Lei nº 8.162/91 pelo art. 7º da Lei nº 8.678/93 não torna possível o saque de imediato. Como a norma anterior vedou peremptoriamente o levantamento por motivo de conversão,

se ela não fosse revogada, como o foi, o saque não seria possível nem mesmo após o triênio. Daí porque o legislador, equiparando os servidores públicos ex-celetistas aos trabalhadores comuns, revogou-a para permitir que aqueles também fizessem jus ao resgate depois de três anos de paralisação, ainda que tal paralisação houvesse decorrido de conversão de regime.

Nesse sentido é a orientação desta Corte também em caso de legislação estadual que opera a mudança de regime, a saber:

“FGTS. Contas inativas. Servidores estaduais. Levantamento pela conversão do regime jurídico de celetista para estatutário.

Inexistindo rescisão contratual, o saque por mera mudança do regime só pode ocorrer na hipótese do art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90.

Ausência de direito adquirido.

Votos divergentes quanto à fundamentação mas convergentes na conclusão.

Recurso especial, pela letra a, conhecido e provido para, cassados o acórdão e a sentença, indeferir-se a segurança.”

(REsp nº 30.790-2-CE, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª Turma, unânime, DJ de 07.06.93).

“Administrativo – FGTS – Contas inativas – Servidores públicos estaduais – Levantamento pela conversão do regime jurídico de celetista para estatutário.

I – Consolidado na jurisprudência da Corte Especial o entendimento no sentido de que inexistindo rescisão contratual, o saque por mera mudança de regime só pode ocorrer na hipótese do art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/90.

II – Ausência de direito adquirido.

III – Embargos acolhidos.”

(EREsp nº 947-CE, Rel. para acórdão Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, por maioria, DJ de 14.11.94).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para denegar a segurança, registrando, todavia, que os impetrantes, em face do decurso do prazo trienal de paralisação das contas, já fariam jus ao saque, apenas que por outro fundamento (Lei nº 8.036, art. 20, VIII).

Custas, pelos impetrantes.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, voto-vencido, por entender que falece objeto ao recurso. Faz muito consagrado o direito ao levantamento do FGTS e, na forma da jurisprudência estabelecida pela Corte Especial, é de julgar-se extinto o processo por falta de objeto.

RECURSO ESPECIAL Nº 116.962 – RS

(Registro nº 97.0000288-8)

Relator: Ministro Peçanha Martins
Recorrente: Perini & Companhia Ltda
Advogados: João Carlos Barbacovi e outro
Recorridos: Ministério Público Federal e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

EMENTA: Processual – Ação civil pública – Ajuizamento – Foro competente – Inexistência de Vara Federal – Súmula nº 183-STJ.

1. O juiz estadual é competente para processar e julgar ação civil pública nas comarcas onde não haja Vara de Justiça Federal, mesmo que a União figure no processo.

2. Entendimento sumulado deste Tribunal.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Adhemar Maciel, Ari Pargendler e Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 6 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 05.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Perini & Cia. Ltda agravou da decisão do Juiz Federal da 13ª Vara de Porto Alegre que rejeitou a exceção de incompetência daquele juízo para julgar ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra a agravante por danos causados à flora de imóvel situado no Município de São Francisco de Paula, tendo o TRF da 4ª Região negado provimento ao agravo em acórdão assim resumido na ementa:

“Processual Civil. Ação civil pública. Dano contra o meio ambiente. Art. 2º da Lei nº 7.347/85 e art. 93 da Lei nº 8.078/90. Competência. Justiça Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.347/85, que estabelecia o foro do local do dano para a propositura de ação civil pública, foi modificado pelo Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que, em seu art. 93, ressaltou a competência federal para a hipótese.

A ação foi ajuizada corretamente na Vara Federal de Porto Alegre, porque na época da ocorrência do alegado dano na cidade de São Francisco de Paula, ainda não havia sido instalada a Vara Federal de Caxias do Sul.

Agravo improvido.”

Inconformada, amparando-se nos permissivos a e c, a agravante manifestou o presente recurso especial alegando contrariedade ao art. 2º da Lei nº 7.347/85 e divergência com decisões de outros tribunais, inclusive deste Superior Tribunal de Justiça, insistindo na competência do juiz da comarca onde ocorreu o dano e pugnando pela reforma do acórdão.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, cabendo-me relatá-lo.

Dispensado o pronunciamento da Subprocuradoria Geral da República, na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O acórdão recorrido negou provimento ao agravo de instrumento da excipiente, por considerar correto ajuizamento da ação civil pública perante a Justiça Federal em Porto Alegre, já que não havia Vara daquela Justiça Especializada na comarca onde ocorreu o dano.

A questão, entretanto, dispensa maiores considerações por já se encontrar pacificada nesta Corte através da Súmula nº 183, abaixo transcrita, com a qual o aresto impugnado está em desacordo:

“Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de Vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.”

Em vista disso, seguindo a orientação sumulada deste STJ, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 155.265 – MG

(Registro nº 97.081915-9)

Relator: Ministro Adhemar Maciel
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorridos: Joaquim Vieira Peixoto e outros
Advogados: Fernando Paulo de Lima e outro
Recorridos: Ismael Naves de Oliveira e outros
Advogado: Luiz Carlos Figueira de Melo
Recorrido: Walker Claret Alves Martins
Advogado: Walker Claret Alves Martins

EMENTA: Processual Civil – Recurso – Razões e pedidos – Remissão genérica às alegações e aos pedidos formulados na petição inicial: inadmissibilidade – Precedentes do STJ – Recurso não conhecido.

I – De acordo com nosso sistema recursal (cf. arts. 514 e 524 do CPC), é dever do recorrente tratar em sua peça recursal de todas as questões sobre as quais deseja efetivo pronunciamento do órgão julgador. Não basta, por conseqüência, fazer mera remissão ou menção genérica às alegações ou aos pedidos formulados na petição inicial e em outras peças processuais. É necessário que constem da própria peça recursal os argumentos e os pedidos que deverão ser apreciados pelo órgão julgador. Isso porque, tendo o recorrente a oportunidade de apresentar em uma peça todos os seus argumentos e pedidos, contraria o princípio da celeridade processual exigir dos magistrados que, além das alegações efetivamente apresentadas na peça recursal, apreciem os demais argumentos que estão em outras peças processuais.

II – Precedentes do STJ: REsp nº 23.115-MG, REsp nº 43.537-PR e REsp nº 65.773-SP.

III – Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Ari Pargendler, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 1998 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

Publicado no DJ de 23.03.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TJMG.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra Joaquim Vieira Peixoto e outros, objetivando a preservação do patrimônio público do Município de Araguari. Requereu, via tutela antecipatória, a imediata exoneração dos servidores contratados sem concurso público para cargos inexistentes e para cargos de provimento efetivo.

O juiz de primeiro grau indeferiu a tutela antecipada pleiteada.

Insatisfeito, o Ministério Público interpôs agravo de instrumento.

O Ministério Público opinou pelo provimento do agravo.

A 1ª Câmara Cível do TJMG negou provimento ao agravo, ao argumento de que a decisão indeferitória da liminar está devidamente fundamentada, e de que a concessão da tutela acarretaria irreversibilidade do provimento antecipado.

Inconformado, o Ministério Público interpôs embargos declaratórios.

Conduzida pelo voto proferido pelo eminente Desembargador Orlando Adão de Carvalho, a 1ª Câmara Cível do TJMG rejeitou os embargos.

Irresignado, o Ministério Público recorre de especial pela alínea a do per-

missivo constitucional. Alega que o acórdão do TJMG violou o art. 535, II, do CPC. Argumenta que a Corte mineira se omitiu acerca de pedidos formulados pelo *parquet*.

Foram apresentadas contra-razões.

O recurso foi inadmitido na origem, dando ensejo à interposição de agravo de instrumento, ao qual dei provimento para submeter o especial à apreciação desta Turma.

Por se tratar de recurso contra acórdão que confirmou decisão que denegou tutela antecipatória, o que sinaliza a urgência de o presente especial ser julgado, deixei de remeter os autos à Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, o recurso especial não merece prosperar.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais requereu na petição inicial (cf. fls. 36/40) a concessão de tutela antecipatória para fins de: a) “dispensa imediata de todos os servidores contratados sem concurso público”, a “cessação imediata dos contratos de prestação de serviços advocatícios”, e a recondução de alguns servidores aos cargos originários, adequando-se a remuneração; b) o arrolamento e a posterior indisponibilidade dos bens dos réus indicados à fl. 37; e c) o afastamento do vereador Joaquim Vieira Peixoto da presidência da Câmara Legislativa, enquanto perdurar a ação, sem prejuízo de sua remuneração.

O juiz de primeiro grau indeferiu a tutela antecipatória.

Inconformado, o *parquet* interpôs agravo de instrumento. Requereu o imediato desligamento dos servidores municipais contratados sem concurso público para cargos inexistentes e para cargos de provimento efetivo. No mais, reiterou os pedidos formulados na petição inicial (cf. fls. 7 e 8).

Conduzida pelo voto proferido pelo eminente Desembargador Orlando Adão de Carvalho, a 1ª Câmara Cível do TJMG negou provimento ao agravo pelos seguintes fundamentos:

“No mérito, aduz o agravante que o juiz já havia reconhecido uma série de ilegalidades e imoralidades administrativas na Câmara. Informa que o magistrado indeferiu a tutela antecipada parcial consistente na exoneração imediata de todos os servidores contratados sem concurso público, alguns para cargos inexistentes e outros para cargos de provimento

efetivo'. Foi pedida, ainda, como tutela antecipada, o rompimento do vínculo contratual do irmão de um servidor da Câmara Municipal com aquela Casa legislativa. Juntou documentos.

Verifico, mais uma vez, que não assiste razão ao digno Promotor.

O § 3º do art. 273 do CPC contém prescrição normativa no sentido de vedar a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. No caso, o agravante pleiteia, como tutela antecipada, a dispensa dos servidores, ou seja, o rompimento do vínculo existente entre os mesmos e o município, por intermédio do Poder Legislativo.

Tivesse pleiteado a suspensão dos servidores do exercício das funções, poderia até ser vislumbrada a reversibilidade superveniente, em face do não cumprimento do vínculo institucional existente, ou mesmo contratual, como quer o agravante, faz emergir situação irreversível.

Outro aspecto gerador da irreversibilidade na concessão da medida é o fato de dispensa de todos os servidores implicar no fechamento da Câmara Municipal e cessação provisória de suas atividades.

Os servidores encontram-se lotados em cargos comissionados criados por atos do Poder Legislativo – resoluções – e desempenhando as funções inerentes aos cargos, propiciando o normal funcionamento da Câmara Municipal, segundo se depreende das informações prestadas. Por qualquer ângulo que se analise a situação existente, não há como se vislumbrar receio de dano e muito menos irreparável.

Quanto à posição dos servidores agravados, observa-se confusão em relação ao vínculo dos réus-agravados com a Câmara Municipal, desprezando o fato de serem nomeados para cargos comissionados, contratação de natureza aleatória.

O constituinte de 1988 deixou insculpido no inc. IV do art. 51, e no inc. XII do art. 52, ambos da Constituição vigente, a competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para disporem sobre a organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos e funções de seus serviços e a fixação da respectiva remuneração.

Se a competência é privativa do Legislativo para criar os cargos, empregos e funções inerentes aos seus serviços, o ato de criação só pode ser formalizado mediante resolução ou decreto do Legislativo. E os dispositivos pertinentes da Carta Estadual são explícitos em reconhecer às Câmaras Municipais a competência para, privativamente, criar seus cargos. Basta o exame do art. 62, IV, e art. 176, ambos da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Como se trata de competência privativa, o ato formaliza-se mediante resolução ou decreto legislativo, como se pode extrair também dos artigos 29, IV, 39, II, e 40, II, todos da Lei Orgânica local.

No caso, a Câmara Municipal de Araguari, no uso desta prerrogativa explícita contida na Lei Orgânica e, sobretudo, na Carta Estadual, criou os cargos de provimento em comissão explicitados no ato legislativo. Os réus Hélvio Alberto Gomide e Wilson Guimarães Rezende são servidores do Legislativo desde 1^a de fevereiro de 1983. Adquiriram estabilidade em face do art. 19 do ADCT da Constituição de 1988, conforme evidenciam os pareceres jurídicos emitidos à época (fls. 107 e 109) e os atos do Poder Legislativo (Decretos-Leis n^{os} 4/88 e 5/88), como faz prova a documentação trazida aos autos pelos agravados (fls. 106 e 108-TJ).

Diante deste aspecto, já se nota a temerária concessão da tutela antecipatória pleiteada.” (fls. 146/149).

Insatisfeito, o Ministério Público interpôs embargos de declaração, nos quais alega que a turma julgadora não apreciou dois pedidos formulados na petição inicial e reiterados no agravo de instrumento.

A 1^a Câmara Cível do TJMG rejeitou os embargos, ao fundamento de que não houve omissão.

Daí o presente recurso especial, fundado na violação do art. 535, II, do CPC.

Senhor Presidente, tenho para mim que o acórdão recorrido não violou o art. 535, II, do CPC, pois as questões efetivamente suscitadas no agravo de instrumento foram apreciadas pela Corte mineira. Os pontos tidos como omissos foram tratados apenas na petição inicial, e não na peça recursal do agravo, na qual o recorrente se limitou a fazer menção genérica aos argumentos apresentados na inicial.

Realmente, o recorrente tratou em seu agravo de instrumento apenas da questão da dispensa dos servidores municipais contratados sem concurso público, e da questão da cessação imediata dos contratos de prestação de serviços advocatícios (cf. fls. 2/9).

Já os pontos tidos como omissos, quais sejam, os relativos à indisponibilidade dos bens dos réus e do afastamento do presidente da Câmara Municipal, não foram efetivamente tratados na peça recursal. O recorrente limitou-se a fazer simples remissão à petição inicial, conforme se depreende dos seguintes excertos da peça recursal:

“Afora os pedidos supra-referidos *vários outros foram formulados na petição inicial (que continuam sendo objeto deste recurso)*, sem que ao menos o magistrado cuidasse de fazer uma análise cuidadosa de cada um deles e

dos textos legais então invocados, para lançar nos autos a sua livre convicção motivada.

Omissis

Por tais fundamentos e por outros mais que Vossas Excelências vislumbrarem, argüimos em preliminar a nulidade da decisão e, no mérito, *reiteramos os pedidos ministeriais contidos na petição inicial.*” (fls. 7 e 8) (grifei).

Com a devida vênia do recorrente, a menção e a remissão genérica à petição inicial não têm nenhuma serventia. Dentro de nosso sistema recursal, especialmente o “antigo” art. 523 do CPC e do “novo” art. 524 do CPC, é dever do recorrente enfocar em sua peça recursal todas as questões sobre as quais deseja efetivo pronunciamento do órgão julgador. Não basta, por conseqüência, fazer mera menção ou remissão genérica às alegações e aos pedidos formulados na petição inicial, e em outras peças processuais. É necessário que constem da própria peça recursal os argumentos e os pedidos que deverão ser apreciados pelo órgão julgador. Isso porque, tendo o recorrente a oportunidade de apresentar em uma peça todos os seus argumentos e pedidos, contraria o princípio da celeridade processual exigir dos magistrados dos tribunais que, além das alegações efetivamente apresentadas na peça recursal, apreciem os demais argumentos que estão em outras peças processuais. A respeito do tema, há um precedente da relatoria do eminente Ministro e Professor Eduardo Ribeiro que se encasa na hipótese dos autos, senão vejamos:

“Apelação – Razões.

Não satisfaz a exigência legal a simples e vaga referência à inicial e outras peças dos autos” (REsp nº 43.537-PR, 3ª Turma do STJ, unânime, publicado no DJU de 16.05.94).

Eu mesmo, Senhor Presidente, já tive oportunidade de manifestar-me sobre a matéria, conforme se apreende da ementa do seguinte precedente:

“Processual Civil. Recurso de apelação. Fundamentos que se reportam ao arrazoado da inicial. Recurso não conhecido.

I – Se o recorrente não apresenta as razões do recurso, este não pode ser conhecido por ausência do pressuposto lógico do recurso: a irresignação.

II – Recurso não conhecido” (Resp nº 65.773-SP, 6ª Turma do STJ, publicado no DJU de 30.10.95).

Por fim, lembro que esta Turma, conduzida pelo voto proferido pelo emi-

nente Ministro Américo Luz, já assentou que “mera referência à contestação à guisa de fundamentos pelos quais pretende a reforma do **decisum** de primeiro grau, traduz comodismo inaceitável e que deve ser extirpado, à luz da sistemática processual” (REsp nº 23.115-MG, publicado no DJU de 09.08.93).

Com essas considerações, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 157.873 – MG

(Registro nº 97.0087555-5)

Relator: Ministro Hélio Mosimann
Recorrente: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: Fernando Márcio Amarante Ribeiro e outros
Recorrida: Dunas Mineração e Comércio de Areia Ltda

EMENTA: Execução fiscal – Agravo de instrumento – Decisão que determinou a citação do executado – Liberação do pagamento de custas e honorários, se não oferecidos embargos – Artigo 26 da Lei nº 6.830/80 – Citação não efetivada – Inocorrência da isenção.

Nos termos do artigo 26 da Lei nº 6.830/80, para que as partes se livrem de qualquer ônus, é imperioso que a inscrição da dívida ativa venha a ser cancelada, com a conseqüente extinção da execução fiscal.

Entretanto, se a citação não se efetivou, por não ter sido localizada a executada, incorre a isenção das custas e honorários, como igualmente a extinção do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adhemar Maciel.

Brasília-DF, 16 de junho de 1998 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 24.08.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão que, em grau de agravo de instrumento manifestado contra decisão que determinou a citação do executado, desobrigou-o do pagamento de custas e honorários se liquidado o débito sem oposição de embargos, nos termos do artigo 26 da Lei nº 6.830/80.

Alega a recorrente, em síntese, violação ao artigo 26 da Lei nº 6.830/80. Sustenta dissídio jurisprudencial.

Sem contra-razões, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): O despacho motivador do inconformismo está posto nos seguintes termos:

“Vistos, etc.

Citar, para pagamento, no prazo de cinco (5) dias, sob pena de penhora. Informar ao(s) executado(s) que, ocorrendo pagamento, sem embargos, haverá isenção de custas e honorários, nos termos do art. 26 da Lei nº 6.830/80.”

Informações prestadas ao eminente Desembargador-Relator do agravo, decorrido mais de um ano, dão conta de que “a citação não se efetivou, por não ter sido localizada a executada, *que há muito deixou de funcionar* (certidão de fls. 9v.)”.

É certo que, na dicção do artigo 26 da lei em referência, para que as partes se livrem de qualquer ônus, é imperioso que a inscrição da dívida ativa seja cancelada, por qualquer título, com a conseqüente extinção da execução fiscal.

Não menos certo, entretanto, que o despacho agravado caiu no vazio, uma vez que, conforme já destacado, a executada de há muito deixou de funcionar, incorrendo, assim, a isenção das custas e honorários e, via de conseqüência, a extinção da execução.

Do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 167.110 – PR

(Registro nº 98.017702-7)

Relator: Ministro Adhemar Maciel
Recorrente: Fabíula Vasconcelos
Advogados: Sérgio Eduardo Orlandi Repka e outros
Recorrida: Universidade Federal do Paraná
Advogados: Francisco Roberto Vieira Borges e outros

EMENTA: Administrativo – Ensino superior – Transferência em virtude de nomeação para exercer cargo em comissão: inadmissibilidade – Princípio da igualdade de condições para o acesso ao ensino: prestigiado – Transferência de universidade particular para instituição pública: impossibilidade – Precedentes do STJ, recurso conhecido, mas improvido.

I – O art. 99 da Lei nº 8.112/90 não alcança os ocupantes de cargos em comissão.

II – Os arts. 5º, I, e 206, I, da CF/88 prestigiam o princípio da igualdade de condições para o acesso ao ensino, pelo que devem ser coibidos os expedientes utilizados pelos que se furtam a prestar o concurso vestibular na universidade que desejam ingressar.

III – Servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada.

IV – Precedentes do STJ: REsp nº 141.179-CE, REsp nº 143.469-CE e REsp nº 151.627-RN.

V – Recurso especial conhecido, mas improvido, “confirmando-se” as decisões proferidas nas instâncias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Ari Pargendler, Aldir Passarinho Junior, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 22 de setembro de 1998 (data do julgamento).
Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.
Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

Publicado no DJ de 26.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Fabíula Vasconcelos interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região.

A ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato da pró-reitora de graduação da Universidade Federal do Paraná. Alega que foi aprovada no vestibular realizado em meados de 1992 pela Fundação Faculdade de Agronomia Luiz Meneghel. Logo depois, ou seja, em outubro de 1992, a ora recorrente foi nomeada para o cargo em comissão de assistente da secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania. Por tal razão, pleiteou sua transferência para a UFPR. A autoridade indigitada como coatora indeferiu o pedido. Daí a impetração do presente *writ*.

O juiz federal de primeiro grau indeferiu a liminar e, ao final, denegou a segurança.

Inconformada, a ora recorrente apelou.

A 3ª Turma do TRF da 4ª Região, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo, “confirmando” a sentença. O acórdão restou assim ementado:

“Ensino – Transferência – Servidor público – Instituição congênera.

Embora a jurisprudência venha sendo muito liberal ao garantir matrícula compulsória em instituições de ensino para servidor estudante no caso de transferência, o certo é que o Judiciário não deveria estender os privilégios além dos estritos termos da lei e, se inconstitucional a vantagem, funcionar apenas como legislador negativo, evitando a universalização do favor ilegítimo.

Estudante que ingressa no serviço público não se identifica, para os efeitos do art. 99 da Lei nº 8.112/90, com o servidor público estudante removido **ex officio**, no interesse da administração.

Instituições de ensino particulares não podem ser consideradas congêneras das públicas, salvo em casos excepcionais, cabalmente comprovados, para fins de transferência de servidor público estudante” (fl. 81).

Não se dando por vencida, Fabíula Vasconcelos recorre de especial pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. Alega que o acórdão recorrido contrariou o art. 99 da Lei nº 8.112/90. Aduz que o aresto da Corte sulina está em divergência com a jurisprudência deste STJ, bem como dos TRFs da 1ª e 5ª Regiões.

Foram apresentadas contra-razões.

O recurso especial foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, o recurso da estudante não merece prosperar.

Em primeiro lugar, o art. 99 da Lei nº 8.112/90 só permite a transferência de servidor que estuda e é removido **ex officio** no interesse da administração. Não alcança, portanto, estudante que muda seu domicílio para ocupar – pela primeira vez – cargo público. Nessa hipótese, a transferência se daria no interesse particular, e não no da administração.

Em segundo lugar, o art. 99 da Lei nº 8.112/90 exige que a transferência seja realizada para instituição de ensino “congenere” ao originário. Portanto, estudante de universidade privada não faz jus à transferência para estabelecimento de ensino público.

Por fim, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.536/97 proíbe a transferência em virtude de nomeação em cargo em comissão.

A respeito do tema, invoco os seguintes precedentes de minha relatoria:

“Administrativo. Ensino superior. Transferência em virtude da nomeação para exercer cargo em comissão: inadmissibilidade. Princípio da igualdade de condições para o acesso ao ensino: prestigiado. Precedente do STJ. Recurso provido.

I – O art. 99 da Lei nº 8.112/90 não alcança os ocupantes de cargos em comissão.

II – Os arts. 5º, I, e 206, I, da CF/88 prestigiam o princípio da igualdade de condições para o acesso ao ensino, pelo que devem ser coibidos os expedientes utilizados pelos que se furtam a prestar o concurso vestibular na universidade que desejam ingressar.

III – Precedente da 2ª Turma do STJ: REsp nº 141.179-CE.

IV – Recurso especial conhecido e provido para denegar a segurança, ressalvando os créditos obtidos pela estudante” (REsp nº

151.627-RN, 2ª Turma do STJ, relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJ de 19.12.97).

“Administrativo. Ensino superior. Transferência de universidade particular para instituição pública: Impossibilidade. Transferência em virtude da nomeação para exercer cargo em comissão: inadmissibilidade. Inteligência do art. 99 da Lei nº 8.112/90. Recurso provido.

I – Servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada.

II – O art. 99 da Lei nº 8.112/90 não alcança os ocupantes de cargos em comissão.

III – Recurso especial conhecido e provido para denegar a segurança, ressaltando os créditos obtidos pela estudante” (REsp nº 141.179-CE, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJ de 13.10.97).

Há, ainda, julgado da relatoria do eminente Ministro Hélio Mosimann que tratou de caso similar ao dos autos:

“Administrativo. Estudante. Curso superior. Transferência. Nomeação para cargo em comissão. Interesse particular e não da Administração. Pretensão negada” (REsp nº 143.469-CE, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Hélio Mosimann, publicado no DJ de 06.04.98).

Com essas considerações, conheço do recurso especial, mas lhe nego provimento, prestigiando as decisões proferidas nas instâncias ordinárias.

Como a estudante não chegou a frequentar a Universidade Federal do Paraná, não há créditos a serem preservados.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 167.412 – SP

(Registro nº 98.0018511-9)

Relator: Ministro Hélio Mosimann

Recorrente: Companhia Nacional de Estamparia

Advogados: Celso Luiz Benovides e outros
Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Washington Luiz Nogueira Fernandes e outros

EMENTA: Execução fiscal – Embargos – Rejeição – Executada sob o regime de concordata preventiva – Multa moratória – Inclusão.

A norma legal que exclui da falência as penas pecuniárias não tem aplicação ao processo de concordata.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adhemar Maciel.

Brasília-DF, 16 de junho de 1998 (data do julgamento).

Ministro PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 14.09.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto pela Companhia Nacional de Estamparia, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão que rejeitou embargos à execução fiscal opostos pela ora recorrente, reconhecendo válida a atualização do crédito fiscal pela variação da UFESP, e desta pelo IPC da FIPE, bem como a incidência da multa moratória de 30% sobre o débito, *não obstante estar a devedora amparada pelos benefícios da concordata preventiva*.

Sustenta a recorrente, em síntese, negativa de vigência aos artigos 535, I e II, do Código de Processo Civil, 112, do Código Tributário Nacional, e 23, III, do Decreto-Lei nº 7.661/45, bem como dissídio jurisprudencial, inconformada com “a cobrança de multa de mora incidente sobre tributos devidos por contribuintes em regime de concordata preventiva”.

Com as contra-razões de fls. 164/168, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Conheço do recurso porque comprovado o dissídio.

Com efeito, afirma a decisão recorrida (fls. 133) ser “cabível a multa moratória, à regra do disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional”. Em sentido contrário, eis como decidido o tema pela egrégia Primeira Turma:

“Processual Civil e Tributário. ICM. Cobrança. Embargos à execução. Correção monetária, juros de mora e multa. Embargante em regime de concordata preventiva. Exclusão da multa moratória. Possibilidade.

I – Correta a decisão que, arrimando-se em jurisprudência do Pretório Excelso, entendeu que, malgrado não aplicável à concordata, a regra do inciso II do parágrafo único do artigo 23 da Lei de Falências, ‘afasta-se, porém, a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do art. 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade’.

II – **In casu**, estando a embargante, ora recorrida, em regime de concordata preventiva, com dificuldade de saldar suas dívidas, cabível afastar-se a exigibilidade da multa fiscal, a teor do artigo 112 do Código Tributário Nacional e em consonância com a jurisprudência do egrégio STF.

III – Recurso desprovido. Decisão unânime.” (REsp nº 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17.04.95).

Inclinei-me, a princípio, pela exclusão da multa porque, em se tratando de empresa em fase de concordata, a imposição da penalidade poderia levá-la a conseqüências mais drásticas. As dificuldades aumentadas levariam certamente até a falência.

O tema, como se sabe, é altamente controvertido, levando-nos a cuidadosa meditação.

Apesar dos fortes argumentos trazidos no acórdão cuja ementa foi acima transcrita, a mesma Primeira Turma desta Corte também já se manifestou em sentido contrário, apoiada na lição sempre respeitada de **Sampaio Lacerda**: “a vedação de se reclamarem créditos oriundos de sanções administrativas justifica-se, pois, do

contrário seria fazer recair uma sanção nos credores, que veriam o acervo diminuído e em desacordo com o princípio de que a pena não poderá passar da pessoa do delinqüente (Manual de Direito Falimentar – Ed. Freitas Bastos – 2ª ed. – 1961 – p. 196). Na concordata, como registra o acórdão recorrido, não existe o perigo de a multa repercutir sobre o patrimônio dos credores. Por isso, não faz sentido estender-se a regra do inciso III ao regime da concordata. Semelhante extensão desviaria o preceito de seu escopo social. De fato: “a vedação – cuja finalidade é evitar que a pena incida sobre inocentes – passaria a funcionar como injustificável benesse ao próprio infrator”.

É verdade que já decidiu o Supremo Tribunal afastar “a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do inciso II do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade” (Min. Carlos Madeira, RTJ 120/1.324, em 06.02.87). Contudo, além de a decisão ser mais antiga, a ela se contrapõe manifestação unânime do Plenário (AR nº 1.316-SP, Min. Ilmar Galvão), como segue:

“A norma do artigo 23, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 7.661/45, que exclui da falência as multas penais e administrativas, *não tem aplicação na concordata*, que não sujeita a empresa ao regime de liquidação, razão pela qual o pagamento das ditas penalidades não se reflete senão sobre o próprio concordatário, não alterando os índices fixados para o saldo das contas de seus credores quirografários.”

Finalmente, vejo que esta Turma já tem posição a respeito, tomada por unanimidade, considerando que o tratamento conferido à falência pelo artigo 23, inciso III, não se justifica no processo de concordata (Min. Ari Pargendler, REsp nº 9.571-RJ, em 25.10.95).

Pelo exposto, demonstrada que está a divergência, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Ministro-Relator, também comungo das apreensões de V. Exa. Na verdade, a concordata é um capítulo de um processo de falência e não são todas as firmas que conseguem escapar dele. Mas tendo o Pleno do Supremo Tribunal Federal assim decidido, acompanho o voto de V. Exa.

RECURSO ESPECIAL Nº 172.416 – RS

(Registro nº 98.030474-6)

Relator: Ministro Adhemar Maciel
Recorrente: Marino Zamberlan Thomasi
Advogado: Jorge Antônio Orengo Corrêa
Recorrida: Universidade Federal de Santa Maria
Advogado: Irineu Cláudio Gehrke

EMENTA: Constitucional, Processual Civil e Administrativo – Recurso especial – Indicação expressa do permissivo constitucional tido por violado: dispensabilidade – Ensino superior – Transferência – Servidor que estuda em universidade particular – Regra prevalecente – Exceção existente – Recurso conhecido e provido.

I – O recorrente não precisa indicar expressamente o permissivo constitucional em que o recurso está apoiado, pois não há na Constituição Federal ou no Código de Processo Civil dispositivo exigindo a indicação explícita do autorizativo constitucional no qual o recurso está fundado. O princípio constitucional da legalidade estabelece que ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei (cf. art. 5º, II, da CF/88). Por outro lado, o Regimento Interno do STJ não contém dispositivo semelhante ao art. 321 do RISTF.

II – Em princípio, servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênera, ou seja, privada. No entanto, tal regra pode comportar exceção, como in casu: quando não houver universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido ex officio, a matrícula poderá ser feita em instituição de ensino público.

III – Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Ari Pargendler, Aldir Passarinho Junior, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 25 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

Publicado no DJ de 19.10.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Marino Zamberlan Thomasi interpõe recurso especial sem indicar o permissivo constitucional, impugnando acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região.

O ora recorrente, inspetor de polícia do Estado do Rio Grande do Sul, impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Universidade Federal de Santa Maria/RS. Alegou que foi removido **ex officio** para a Delegacia de Polícia de Panambi/RS. Em seguida, foi aprovado no concurso vestibular da Fundação Universidade de Cruz Alta/RS. Posteriormente, foi removido **ex officio** para a Delegacia de Santa Maria/RS. Com isso, ficou impossibilitado de continuar a frequentar o curso de Direito da Fundação Universidade de Cruz Alta/RS. Por tal razão, requereu sua transferência para a Universidade Federal de Santa Maria. O pedido foi indeferido, dando ensejo à impetração do *writ*.

O juiz federal de primeiro grau denegou a liminar pleiteada (cf. fl. 21).

A autoridade indigitada coatora prestou informações.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (cf. fls. 82 e 83).

O eminente Juiz Federal Ézio Teixeira denegou a segurança, ao fundamento de que é “impossível a transferência de servidores de entidades privadas para públicas” (fl. 90).

Inconformado, o ora recorrente apelou.

A 3ª Turma do TRF da 4ª Região, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo, “confirmando” a sentença. O acórdão restou assim ementado:

“Ensino – Transferência – Servidor público estadual. Embora a jurisprudência venha sendo muito liberal ao garantir matrícula compulsória em instituições de ensino para servidor estudante no caso de transferência, o certo é que o Judiciário não deveria estender privilégios além dos estritos termos da lei e, se inconstitucional a vantagem, funcionar apenas como legislador negativo, evitando a universalização do favor ilegítimo.

Servidor público estadual, de acordo com o art. 100, § 1º, da

Lei nº 4.024/61, com redação dada pela Lei nº 7.032/82, tem direito à matrícula compulsória apenas em instituições vinculadas ao sistema estadual de ensino” (fl. 114).

Não se dando por derrotado, Marino Zamberlan Thomasi recorre de especial. Alega que o acórdão recorrido está em dissonância com a Súmula nº 3 do TRF da 1ª Região e com a jurisprudência do extinto TFR.

A Universidade apresentou contra-razões, nas quais reiterou os fundamentos do acórdão recorrido.

O recurso especial foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, antes de apreciar o mérito, submeto à apreciação da Turma a seguinte questão: o recurso especial sem a indicação do permissivo constitucional pode ser conhecido, ou seja, pode ter o seu mérito apreciado?

Entendo que *sim*, pois não há na Constituição de 1988 ou no CPC dispositivo exigindo a indicação expressa do permissivo constitucional no qual o recurso está apoiado, e o princípio constitucional da legalidade estabelece que ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF/88). Por outro lado, o nosso Regimento Interno não contém dispositivo semelhante ao art. 321 do RISTF. Além disso, regimento interno de tribunal não pode criar requisito de admissibilidade *recursal*, pois tal matéria é da competência exclusiva do Poder Legislativo. O art. 321 do RISTF foi elaborado sob a égide do ordenamento constitucional pretérito, o qual concedia ao STF competência para tratar da matéria. A Constituição de 1988 não contém regra similar, pelo que entendo que o mencionado preceito regimental não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Senhor Presidente, não há dúvida de que o recurso especial é cercado de rigores técnicos. Mas os requisitos formais até então exigidos por esta Corte têm um fim, e não são um fim em si mesmo. Portanto, se o recorrente alega em suas razões recursais que o acórdão recorrido contrariou determinado preceito legal, é óbvio que o especial está fundado na alínea **a** do art. 105 da CF/88.

Se o recorrente aduz em sua petição recursal que o tribunal **a quo** deu à lei federal interpretação diversa da atribuída por outro tribunal, não há dúvida que o especial está apoiado na letra **c** do art. 105 da Constituição.

Então, se a leitura da petição recursal permitir a verificação **primo ictu oculi** do permissivo constitucional no qual o recurso está sustentado, não há que se exigir a indicação expressa.

Com essas considerações, conheço do recurso especial.

Ultrapassada a preliminar de não conhecimento do recurso, passo ao exame do mérito.

À luz do nosso ordenamento jurídico, prevalece a seguinte regra: servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada (cf. REsp nº 141.179/CE, 2ª Turma do STJ, relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJ de 13.10.97).

O art. 99 da Lei nº 8.112/90 dispõe:

“Art. 99. Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, *matricula em instituição de ensino congênere*, em qualquer época, independentemente de vaga” (grifei).

Como se vê, a lei instituidora do regime jurídico único assegurou a transferência apenas para instituição de ensino congênere à freqüentada pelo servidor.

O vocábulo “congênere” significa do mesmo gênero, idêntico, semelhante, similar (cf. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa e Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa).

Ora, a universidade particular não é idêntica à universidade pública, porque aquela é custeada pelo próprio estudante, e a universidade pública, não.

Além disso, os arts. 5ª, I, e 206, I, da CF/88 prestigiam o princípio da igualdade de condições para o acesso ao ensino, pelo que devem ser coibidos os expedientes utilizados pelos que se furtam a prestar o concurso vestibular na universidade que desejam ingressar.

Senhores Ministros, após lidar com dezenas de recursos especiais envolvendo a matéria **sub judice**, constatei que já existe uma “indústria da transferência”, a qual, infelizmente, não está sendo devidamente apreciada pelo Poder Judiciário, razão pela qual está crescendo, acarretando a diminuição nas vagas para o concurso vestibular das universidades públicas. A respeito do tema, transcrevo o seguinte trecho de matéria publicada no dia 10.10.97 pelo *Correio Braziliense*, assim intitulada: “Exterminadores de Vagas: Aumento de número de transferências obrigatórias leva UnB a reduzir oferta de vagas para alguns cursos no vestibular”:

“As transferências obrigatórias de funcionários públicos têm provocado a falta de vagas na Universidade de Brasília (UnB). Só neste ano, a UnB recebeu 333 estudantes nessa situação. Seis cursos são os mais prejudicados e respondem por 57,7% das transferências: Medicina, Direito, Ciências Contábeis, Letras, Computação e Administração.

O curso de Direito é o mais procurado e recebeu 83 novos alunos. Resultado: salas de aulas lotadas e ensino comprometido. ‘Por causa disso tivemos de reduzir o número de vagas para o vestibular’, diz o diretor da Faculdade de Direito, Dorimar de Moura. O curso oferece 50 vagas por semestre no vestibular. Até o ano passado eram 80. Esse corte de quase 40% na oferta de vagas foi determinado pelo crescente número de transferências obrigatórias.

O decano de graduação da UnB, Rogério Aragão, questiona a legitimidade dessas transferências, das quais cem tiveram seus pedidos rejeitados pela universidade, mas foram efetivadas por liminar na Justiça. ‘Não há nenhuma ilegalidade. Mas estão todos amparados por uma lei que dá margem a diversas interpretações’, afirma Rogério. A Lei nº 8.112/90 garante apenas ao funcionário público civil – e aos seus dependentes – em mudança obrigatória para outros estados vaga em universidade pública em qualquer época do ano, independentemente da existência de vaga. A UnB abriu exceção aos militares, excluídos do texto da lei em vigor, e os servidores estaduais só estão sendo aceitos mediante determinação judicial. ‘O grande problema é a elasticidade de interpretação da lei dada pela Justiça’, analisa Dorimar de Moura.

Um projeto de lei em tramitação no Congresso pretende acabar com as brechas deixadas na legislação em vigor. Pessoas em cargo comissionado, função de confiança ou em transferência para assumir cargo efetivo em razão de concurso público não terão direito a essas vagas.

Rogério Aragão explica como é feito o passo da transferência: ‘Depois de prestar o vestibular na UnB, sem sucesso, muitos se mudam para cidades menores e até outros países como a Bolívia, que não exige vestibular, e passam em faculdades com baixa concorrência’.

O decano conta que, em seguida essas pessoas retornam à Brasília e vão ‘trabalhar’ em gabinetes de deputados e senadores. A partir daí, sob a alegação de estarem prestando serviço num órgão público, entram com o pedido de transferência” (Marcello Xavier. *In Correio Braziliense, Cidades*. p. 1).

Lembro, ainda, Senhores Ministros, que a tese por mim defendida não

afronta o art. 205 da CF/88, já que em todos os casos tenho preservado os créditos obtidos pelos estudantes. Na verdade, tenho procurado prestigiar o art. 5º, I, CF/88, garantindo igualdade de condições para o acesso à universidade, conforme, aliás, determina o inciso I do art. 206 da CF/88.

Senhores Ministros, a regra da impossibilidade da transferência de aluno de universidade privada para instituição de ensino público comporta uma exceção: quando não houver universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido **ex officio**, ele deverá ser matriculado em instituição de ensino público. Isso se deve ao disposto na Lei nº 9.536/97, **in verbis**:

“Art. 1ª A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do artigo 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o Município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.”

Em suma, interpretando-se à luz dos métodos teleológico e sistemático a Constituição e as leis que regem o assunto, pode-se afirmar que:

a) em princípio, servidor que estuda em universidade particular não faz jus à transferência para universidade pública, mas apenas para instituição de ensino congênere, ou seja, privada;

b) quando não houver universidade particular na cidade para a qual o servidor foi transferido **ex officio**, ele deverá ser matriculado em instituição de ensino público.

No caso dos autos deve prevalecer a exceção, pois, conforme averiguou minha assessoria, não há na cidade de Santa Maria curso de Direito em universidade privada.

Com essas considerações, conheço do recurso especial, e dou-lhe provimento para conceder a segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 187.138 – SP

(Registro nº 98.0063787-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Construtora CCPS Engenharia e Comércio S/A
Advogados: Vanda Lúcia Silva Pereira e outros
Recorrido: Município de Diadema
Advogados: Maria Aparecida Pappi Simões da Silva Santos e outros

EMENTA: Tributário – ISS – Empreitada contratada com o município – Regime fiscal alterado no curso da obra.

O Município, enquanto entidade política que exerce parcela da soberania estatal, não se confunde com o Município, enquanto pessoa jurídica que contrata sob regras de direito privado; as exceções que lhe podem ser opostas como *contratante*, não o inibem quando exerce o *poder* de tributar. Nessa linha, o contribuinte não tem direito adquirido ao regime fiscal vigente na data do contrato; se a carga fiscal superveniente alterou a equação econômico-financeira de empreitada de obra pública, a indenização desse custo extraordinário deve ser pleiteada em ação própria. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Adhemar Maciel. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 15 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 23.11.98.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: O presente recurso especial ataca acórdão da egrégia Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Relator o eminente Juiz Paulo Eduardo Razun, assim motivado:

“No regime constitucional anterior, foi editado o Decreto-Lei nº 406, de 31.12.68, cujo art. 11 concedia isenção do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza à execução, por administração, ou empreitada, de obras hidráulicas ou de construção civil, contratadas com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, assim como as respectivas sub-empreitadas.

Tal isenção não sobreviveu ao disposto no art. 151, II, da Constituição de 05.10.88, que vedou à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na data fixada no art. 34 das Disposições Constitucionais Transitórias.

O art. 41 do mesmo ato refere-se a incentivos fiscais de natureza setorial, não abarcando a isenção em foco, que não é setorial, nem em termos geográficos, porque alcançava todo o território nacional, nem em termos de setor de atividade, visto que abrangia ampla gama de atividades relacionadas com a realização de obras e serviços públicos contratados com a Administração.

Todavia, o art. 72, I, da Lei nº 379/69 do Município de Diadema concedia isenção do mesmo imposto à administração ou empreitada de obras hidráulicas ou de construção civil contratadas com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, assim como as respectivas sub-empreitadas.

Tal dispositivo só veio a ser revogado pelo art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 4, de 27.12.90. Contudo, por força do art. 178 do Código Tributário Nacional, deve ser observado o princípio da anterioridade. Assim, a revogação surtiu efeitos a partir do exercício de 1991.

Em 15.01.90, a apelante celebrou contrato de execução de projetos e obras com a Prefeitura do Município de Diadema.

Àquele tempo já estava revogada a isenção federal do tributo municipal, mas continuou vigindo até o fim daquele ano a isenção concedida por lei municipal, conforme demonstrado.

Por conseguinte, a apelante faz jus à isenção no exercício de 1990, sujeitando-se ao tributo daí em diante.

Não há que se falar em direito adquirido quanto a obras e serviços executados nos exercícios seguintes à revogação da isenção por lei municipal. É que o fato gerador do tributo, a execução da obra ou do serviço, terá ocorrido quando não mais vigia a isenção.

A revisão do contrato, em face do ônus representado pelo tributo, deve ser postulada pela via adequada.

Desse modo, concedem em parte a segurança, nos termos da fundamentação.” (fls. 17/19).

A teor do recurso especial, interposto com base no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, o julgado “contrariou o disposto no Decreto-Lei nº 406, de 1968, o artigo 55 da Lei nº 2.300, de 1986 e o artigo 6º da Lei nº 4.657, de 1942” (fl. 20).

VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator): As razões do recurso especial confundem a posição do Município, enquanto entidade política que exerce parcela da soberania estatal, e a posição do Município, enquanto contratado como simples particular.

O artigo 55, II, **d**, da Lei nº 2.300, de 1986 – que não foi prequestionado na espécie – efetivamente assegurava a alteração dos contratos “para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Mas essa norma legal só pode ser invocada perante o município, enquanto contratante, não em face do Município, enquanto titular do poder de tributar.

O Município, enquanto entidade política que exerce parcela da soberania estatal, não se confunde com o Município, enquanto pessoa jurídica que contrata sob regras de direito privado; as exceções que lhe podem ser opostas como *contratante*, não o inibem quando exerce o poder de tributar.

Em situação análoga, apenas que relativa à União Federal, o Supremo Tribunal Federal consolidou esse entendimento na Súmula nº 591, com o seguinte enunciado: “A imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor contribuinte do imposto sobre produtos industrializados”.

Nessa linha, o contribuinte não tem direito adquirido ao regime fiscal vigente na data do contrato; se a carga fiscal superveniente alterou a equação econômico-financeira de empreitada de obra pública, a indenização desse custo extraordinário deve ser pleiteada em ação própria (vide, em tema semelhante, o parecer de **Antonio Roberto Sampaio Dória** a propósito do Decreto-Lei nº 1.198, de 27 de dezembro de 1971, que limitou no exercício de 1972, o abatimento de juros de dívidas pessoais até 6% da renda bruta de cada contribuinte, **in** Revista de Direito Público nº 18, pp. 362 e segs.).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.