

**AGRAVO REGIMENTAL NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO RECURSO ESPECIAL Nº 204.280 – SC**

(Registro nº 99.0015051-1)

Relator: Ministro José Delgado
Agravante: Hidrelétrica Xanxerê Ltda
Advogados: Paulo André Vacari Belone e outros
Agravados: Rovilho Bortoluzzi e Companhia Ltda
Advogados: Célia Celina Gascho Cassuli e outros

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental contra decisão que não conheceu de embargos declaratórios – Recurso interposto via fax – Intempestividade – Precedentes desta Corte e do colendo STF – Lei nº 9.800, de 26.05.1999, DOU de 27.05.1999 – Permissibilidade de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita – Inaplicabilidade ao caso concreto, face à inexistência da lei no mundo jurídico.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que, em face da intempestividade apresentada, negou seguimento a embargos declaratórios opostos pela agravante para reformar decisão que deu provimento ao recurso especial ajuizado pela parte agravada.

2. Entendimento deste Relator que nenhum obstáculo impediria a interposição de recurso mediante, apenas, a utilização do fac-símile, avanço tecnológico que veio para encurtar e facilitar o acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário.

3. Revisão do posicionamento seguindo orientação pacificada nesta Casa Superior, no sentido de que não há de se conhecer de recurso que, não obstante apresentado tempestivamente via fax, só vem a ser ratificado por meio da petição original, quando já transcorrido o prazo para a sua interposição.

4. O Pretório Excelso, em decisão proferida no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 208.782-SP, Relator para o acórdão o eminente Ministro Maurício Corrêa, em 14.04.1999, entendeu que, na hipótese de interposição de recurso mediante fax, faz-se necessário que a petição original ingresse no protocolo do STF em tempo oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

5. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Com a edição da Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, DOU de 27 de maio de 1999, permitiu-se “às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependem de petição escrita” (art. 1º), “devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término” (art. 2º).

7. Enunciando o art. 6º que a lei entra em vigor trinta dias após a sua publicação, ou seja, vigência a partir do dia 26.06.1999, e tendo sido interpostos os embargos declaratórios **sub examen** em 08.06.1999, via fax, com protocolo da petição original em 14.06.1999, a Lei nº 9.800 não tem aplicação ao caso em apreço.

8. Teses desenvolvidas pelo agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

9. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na conformidade do relatório, votos, notas taquigráficas e certidão de julgamento constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 31 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 11.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que, em face da intempestividade apresentada, negou seguimento a embargos declaratórios opostos pela agravante para reformar decisão que deu provimento ao recurso especial ajuizado pela parte agravada.

Alega-se, em síntese que:

a) conforme decisões deste Sodalício, é cabível a interposição de embargos de declaração via fax dentro do prazo legal, como assim procedeu a embargante, fato este que, por si só, demonstra o interesse da parte em questionar a decisão anterior;

b) utilizando-se de um meio tecnológico adequado, a jurisprudência envereda no sentido de que não se deve opor obstáculos à prestação jurisdicional;

c) a afirmativa de que o recurso via fax não estaria albergado pela Lei nº 9.800/1999, visto que fora protocolado em 08.06.1999, seria um excessivo apego à lei e à forma, em detrimento ao mérito discutido nos autos.

Tecendo considerações sobre a tese abraçada, requer, por fim, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A decisão atacada não merece ser reformada, pelo que a mantenho pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a transcrição do decisório guerreado, **litteratim**:

“Vistos, etc.

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Hidrelétrica Xanxerê Ltda, nos autos do Recurso Especial nº 204.280-SC, contra v. decisão que deu provimento ao recurso especial intentado pela parte embargada, a fim de determinar a restituição dos valores pagos a maior, acrescidos de correção monetária desde a data do recolhimento indevido até a efetiva devolução e juros de mora a contar da data da citação da ré, em ação de repetição de indébito referente à majoração de preços efetivados com base nas Portarias nºs 38 e 45, de 1986, ambas do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE – durante a vigência do Decreto-Lei nº 2.283/1986.

Os embargos declaratórios em análise foram interpostos, via fax, em 08.06.1999 (fl. 333), com protocolo da petição original em 14.06.1999. A decisão embargada foi publicada no DJU em 2 de junho, também do corrente ano (certidão de fl. 332).

O prazo para a interposição de embargos de declaração é de 5 (cinco) dias (art. 263 do Regimento Interno deste Tribunal).

Com relação à apresentação de recurso através de fax, apresento meu entendimento.

Vinha entendendo que nenhum obstáculo impediria a interposição de recurso mediante, apenas, a utilização do fac-símile, avanço tecnológico que veio para encurtar e facilitar o acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário.

No entanto, algumas decisões convenceram-me a rever meu posicionamento.

A primeira, desta Casa Superior, no sentido de que não há de se conhecer de recurso que, não obstante apresentados tempestivamente via fax, só vem a ser ratificado por meio da petição original, quando já transcorrido o prazo para a sua interposição.

A respeito, como ilustrativo, confirmam-se alguns julgados:

‘Agravo de instrumento. Agravo regimental. Interposição via fax – Intempestividade.

– É pacífica a jurisprudência do STJ, no sentido de não admitir a interposição de recurso via fax, prevalecendo, ainda, o entendimento de que a tempestividade do apelo deve ser aferida pela data em que protocolado o original da petição nesta Corte.’

(AgRg no Ag nº 197.471-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 21.06.1999, p. 154).

‘Agravo regimental. Fax. Intempestividade.

1. A jurisprudência desta Corte é tranqüila em não admitir a interposição de recurso via fax, daí que a tempestividade do apelo deve ser aferida pela data em que protocolada a petição original do recurso.

2. Agravo regimental improvido.’

(AgRg nos EDcl no Ag nº 197.711-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 07.06.1999, p. 106).

‘Recurso extraordinário inadmitido. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Interposição via fax. Intempestividade.

1. A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que não se conhece de recurso que, embora tempestivamente interposto mediante fac-símile, só vem a ser ratificado por meio da via original, quando já decorrido o prazo para a sua interposição.

2. Agravo regimental não conhecido.’

(AgRg no REsp nº 129.150-SP, Corte Especial, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 29.03.1999, p. 57).

‘Processual. Recurso. Interposição. Fac-símile. Impossibilidade.

– O STJ, a princípio, admitia a interposição do recurso por fax, com a condição dos originais serem juntados aos autos dentro do prazo para o recurso. Passou a não admitir a interposição de recurso por esta via.

– Embargos recebidos.’

(EREsp nº 96.037-RN, Corte Especial, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 29.03.1999, p. 57).

‘Processual Civil. Recurso. Interposição via fax. Descabimento. Acórdão embargado em discordância com a posição atual da Corte Especial. Ressalva do ponto de vista do relator. Recurso provido.

– Segundo entendeu a Corte Especial, por maioria, no julgamento dos EDcl no CC nº 14.324-SP (DJ de 27.10.1997), no qual me filiei à corrente que restou vencida, inadmite-se o recurso interposto por meio de fax endereçado a este Tribunal.’

(REsp nº 96.776-RN, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 08.03.1999, p. 103).

A segunda, a fortalecer mais ainda as posições deste Sodalício, é trazida pelo Pretório Excelso, em decisão proferida no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 208.782-SP, Relator para o acórdão o eminente Min. Maurício Corrêa, em 14.04.1999. No aludido decisório, entendeu-se que, na hipótese de interposição de recurso mediante fax, faz-se necessário que a petição original ingresse no protocolo do STF em tempo oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

A terceira e última veio a encerrar a polêmica, com a edição da

Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, DOU de 27 de maio de 1999, a qual preceitua:

‘Art. 1^ª. É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependem de petição escrita.

Art. 2^ª. A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Parágrafo único. Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.

Art. 3^ª. Os juízes poderão praticar atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta Lei, sem prejuízo do disposto no artigo anterior.

Art. 4^ª. Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo.

Art. 5^ª. O disposto nesta Lei não obriga a que os órgãos judiciários disponham de equipamentos para recepção.

Art. 6^ª. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.’

A embargante estaria albergada pela lei acima citada se não fosse por um obstáculo temporal.

É que o art. 6^ª supratranscrito enuncia que a lei entrará em vigor trinta dias após a sua publicação. Como a aludida lei foi publicada no DOU de 27.05.1999, o prazo de sua vigência iniciar-se-ia no dia 26.06.1999.

Assim, como os embargos declaratórios **sub examen** foram interpostos em 08.06.1999, *via fax*, com protocolo da petição original em 14.06.1999, a Lei nº 9.800 não tem aplicação ao caso em apreço.

Mesmo que a petição enviada via fax tenha sido tempestiva, a original só foi protocolada neste Tribunal no dia 14 de junho, ou seja, 6 (seis) dias após o término do prazo legal.

Verifica-se, assim, que o recurso apresenta-se intempestivo, o que obstaculiza seu conhecimento.

Posto isto, nego seguimento aos embargos interpostos.”

Com relação à irresignação da agravante neste aspecto, não vislumbro qualquer novidade em seu agravo regimental modificadora dos fundamentos supra-referenciados, pelo que nada tenho a acrescentar.

De fato, foi perfeitamente demonstrada a intempestividade dos embargos declaratórios interpostos, o que tornou impossível o seu conhecimento.

Não há, conforme visto das assertivas acima demonstradas, possibilidade de se apoiar a tese desenvolvida, face à ausência de suporte legal e jurisprudencial.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 9.676 – MS

(Registro nº 98.0028333-1)

Relator:	Ministro Milton Luiz Pereira
Embargante:	Matra Veículos S/A
Advogados:	Gervásio Alves de Oliveira Júnior e outro
Tribunal de origem:	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Impetrado:	Secretário de Finanças, Orçamento e Planejamento do Estado do Mato Grosso do Sul
Embargado:	Estado do Mato Grosso do Sul
Advogados:	Manoel Ferreira da Costa Moreira e outros

EMENTA: Processual Civil – Mandado de segurança – Fundamentação do julgado e ementa – Embargos declaratórios (art. 535, I e II, CPC).

1. Os fundamentos do voto-condutor e do acórdão são distintos do simples enunciado (ementa), cujo fito único é publicar a compreensão definida pelo colegiado. Sob essa réstia, a eficácia do julgado está na sua fundamentação e não no registro da ementa, prevalecendo a substância do acórdão.

2. Referência utilizada para ilustrar a viabilização da via eleita, *per si*, não constitui erro. Diga-se, outrossim, que aduzida no voto-vencido, não afeta o resultado proclamado.

3. Desfiguradas as expressas previsões legais (art. 535, I e II, CPC), os embargos não recebem as alvíssaras do acolhimento.

4. Embargos desacolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *rejeitar os embargos*, 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 com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 21 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Do exame do recurso ordinário em mandado de segurança, a Primeira Turma desta Corte constituiu acórdão, que restou assim ementado:

“Mandado de segurança. ICMS. Substituição tributária. Antecipação de recolhimento. Repetição de indébito. Compensação. Efeitos pretéritos e futuros. Denegação. Constituição Federal, art. 150 (§ 7^o). Lei Complementar n^o 87/1996 (art. 10). Art. 170, CTN. Convênios n^{os} 107/1989, 66/1988 e 13/1997. Lei Estadual (MS) n^o 5.800/1991 e Decreto n^o 8.744/1997. Súmula n^o 269-STF.

1. Pretensão extensiva, à parla de compensação e repetição de indébito, com efeitos pretéritos e futuros, a rigor, consubstanciando cobrança, afeiçoando conseqüências jurídicas genéricas, não se amolda a via processual do mandado de segurança.

2. Precedente jurisprudencial constituído em recurso com a mesma causa de pedir.

3. Recurso sem provimento.” (fl. 328).

Com fundamento no artigo 263 do RISTJ, a parte interessada apresentou embargos de declaração, por entender ter havido contradição ou obscuridade, omissão e erro no aresto.

Afirma que “não restou suficientemente clara, a apreciação do principal argumento motivador da decisão recorrida, o qual deveria ter sido objeto de apreciação por parte desse egrégio Tribunal”.

Disse ainda que não restaram claros os fundamentos do voto-condutor do acórdão embargado.

A respeito ressaltou:

“... ainda que o voto-condutor tenha, de modo duvidoso, dentro da questão de mérito, concluindo pela inexistência de direito líquido e certo por parte da embargante, a decisão foi ementada no sentido único e exclusivo de não cabimento da via eleita, por fundamentos meramente processuais, impingindo assim, uma maior elucidação e adequação dos seus termos e fundamentos.

Conclui-se portanto, que a contrariedade detectada é configurada a partir da total disparidade entre os fundamentos do teor do voto-condutor e a ementa redigida, restando por conseqüência, totalmente obscuros os limites da decisão, se fazendo ainda necessária a apreciação incontroversa, por esse colendo Superior Tribunal de Justiça, do inteiro teor da matéria a ele devolvida, no tocante à aplicação do direito assegurado pelo § 7º do artigo 150 da CF/1988 aos casos de venda abaixo da tabela, em observância ao preceito **tantum devolutum quantum appellatum**, e à da garantia constitucional de revisão na esfera judicial (art. 5º, inc. LV, da CF/1988), e do disposto no artigo 515 do Código de Processo Civil, justificando, assim, o cabimento do presente recurso.

Ressalta-se ainda, a existência de provável erro formal contido no

voto-vencido prolatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no tocante ao último parágrafo nele inserido, onde a justificativa lá constante nada condiz com o tema ora em discussão, devendo, nesse aspecto, ser sanado tal desacerto sob pena de tornar referido posicionamento totalmente incoerente.” (fls. 331/332).

Sustenta que “ainda que a ementa traduza o entendimento da Turma, no sentido de não reconhecer o mandado de segurança como meio processual adequado para reconhecimento do pedido formulado pela embargante, não se adentrando a questão de mérito, este não encontra qualquer fundamentação jurídica no voto-condutor capaz de justificá-lo, configurando assim, a sua contrariedade com os termos do acórdão”.

Registra também que “o voto-condutor deixa inúmeras dúvidas no tocante aos fundamentos jurídicos da denegação da segurança, restando duvidosa a apreciação ou não do mérito da causa”.

Aduziu:

“Não obstante a redação da ementa, verifica-se nitidamente do teor do dispositivo do v. acórdão proferido pelo Tribunal de origem, bem como dos argumentos nele constantes, que o seu fundamento, versou sobre matéria de direito, concluindo pelo não reconhecimento da aplicabilidade do direito de restituição previsto pelo artigo 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, aos casos de venda de veículos abaixo da tabela...”

Omissis

“Depreende-se claramente do exposto, que o acórdão recorrido transcendeu à questão de cabimento ou não do mandado de segurança, a qual restou superada com o afastamento da preliminar de inadequação da via eleita e com o conhecimento da ação.

Deste modo, resta nitidamente demonstrada, a ocorrência da apreciação do mérito pelo Tribunal **a quo** como causa fundante da denegação da segurança, a qual foi devidamente devolvida à análise deste egrégio Superior Tribunal de Justiça através do presente recurso ordinário, devendo, portanto, este ser apreciado nos termos nele suscitados.”

Omissis

“Ressalta-se a princípio, o caráter de apelação atribuído ao

recurso ordinário dirigido a este egrégio Tribunal, nos termos do artigo 247 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

Assim o fazendo, cumpre-nos demonstrar a detectável omissão atinente ao acórdão proferido, o qual se pronunciou pela denegação de provimento ao recurso, baseado a princípio, exclusivamente no tocante ao entendimento de não cabimento do mandado de segurança por inexistência de comprovação do direito líquido e certo, se abstendo à apreciação clara e fundamentada do mérito, no que se refere a causa fundamental da denegação da ordem impetrada pela Corte **a quo**, demonstrada no item anterior, a qual foi devolvida à apreciação deste egrégio Tribunal através do presente recurso ordinário.

Nesse átimo, cabe a esta Corte se manifestar sobre todos os fundamentos argüidos pela recorrente em grau de apelação, observando-se o preceito constitucional do duplo grau de jurisdição assegurado pelo direito de recurso, previsto pela Carta Magna no seu artigo 5º, inciso LV, e ainda do princípio **tantum devolutum quantum appellatum**, previsto pelo artigo 515 do CPC, tendo assim os tribunais firmado suas convicções...”

Omissis

“... ressalta-se que não obstante a necessidade de apreciação de todas as matérias devolvidas em grau de apelação a este egrégio Tribunal, não há que se argumentar que o entendimento de não cabimento da via mandamental exclui a apreciação do tema de fundo da questão, pois este entrave já restou superado quando do conhecimento do recurso ordinário, passando-se a apreciação do mérito em todos os seus fundamentos.

Destarte, além de imprescindível, é totalmente possível a apreciação em sede mandamental por este egrégio Tribunal, do fundamento principal da denegação da segurança pelo juízo **a quo**, pelo simples fato de demandar esta análise em simples desdobramento das questões de direito, observando-se assim, o objetivo constitucional atribuído a este remédio processual, através do art. 5º, inciso LXIX, da CF/1988.

Além disso, essa mera declaração se faz extremamente necessária, a fim de assegurar à impetrante a possibilidade de se utilizar das vias ordinárias para se ressarcir dos valores pagos a maior no regime da substituição tributária, caso contrário, referido direito poderá a ela ser cerceado, em face do entendimento inconstitucional despendido

pelo Tribunal **a quo** à questão, o qual foi tacitamente ratificado através da omissão desta colenda Corte.” (fls. 335/341).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): A cuidar de *contradição, omissão e erro*, avia-se que a parte embargante estadeou confronto entre a *ementa* e a fundamentação do voto-condutor, em suma, aduzindo:

“... não restaram suficientemente claros os fundamentos do voto-condutor – elaborado a partir da simples transcrição **ipsis litteris** de trechos dos votos proferidos no Tribunal de origem – capazes de demonstrar os reais motivos ensejadores do não reconhecimento do direito líquido e certo por parte da impetrante, conclusiva esta que, inclusive, não encontra qualquer conformidade com os termos da ementa elaborada, sendo a decisão sobre esses aspectos, obscura e contraditória.

Assim, ainda que o voto-condutor tenha, de modo duvidoso, adentrado a questão de mérito, concluindo pela inexistência de direito líquido e certo por parte da embargante, a decisão foi ementada no sentido único e exclusivo de não cabimento da via eleita, por fundamentos meramente processuais, impingindo assim, uma maior elucidação e adequação dos seus termos e fundamentos.

Conclui-se portanto, que a contrariedade detectada é configurada a partir da total disparidade entre os fundamentos do teor do voto-condutor e a ementa redigida, restando por conseqüência, totalmente obscuros os limites da decisão, se fazendo ainda necessária a apreciação incontroversa, por esse colendo Superior Tribunal de Justiça, do inteiro teor da matéria a ele devolvida, no tocante à aplicação do direito assegurado pelo § 7º do artigo 150 da CF/1988 aos casos de venda abaixo da tabela, em observância ao preceito **tantum devolutum quantum appellatum**, e à garantia constitucional de revisão na esfera judicial (art. 5º, inc. LV, da CF/1988), e do disposto no artigo 515 do Código de Processo Civil, justificando, assim, o cabimento do presente recurso.

Ressalta-se ainda, a existência de provável erro formal contido no

voto-vencido prolatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no tocante ao último parágrafo nele inserido, onde a justificativa lá constante nada condiz com o tema ora em discussão, devendo, nesse aspecto, ser sanado tal desacerto sob pena de tornar referido posicionamento totalmente incoerente.”

(...)

“Todavia, ainda que a ementa traduza o entendimento da Turma, no sentido de não reconhecer o mandado de segurança como meio processual adequado para reconhecimento do pedido formulado pela embargante, não se adentrando a questão de mérito, este não encontra qualquer fundamentação jurídica no voto-condutor capaz de justificá-lo, configurando assim, a sua contrariedade com os termos do acórdão.”

(...)

“Também, o voto-condutor deixa inúmeras dúvidas no tocante aos fundamentos jurídicos da denegação da segurança, restando duvidosa, a apreciação ou não do mérito da causa por este colendo Tribunal, dando margem ao entendimento de que o **decisum**, não obstante a sua ementa, não admitiu o direito de restituição dos créditos oriundos das vendas realizadas por valores abaixo da ‘tabela’, conforme se depreende do seguinte trecho do acórdão (fl. 6 do voto-condutor):

‘O Estado contrapõe-se à pretensão asseverando, dentre outros argumentos, que a impetrante não comprovou a inoccorrência do fato gerador e que o valor fixado (valor da tabela) de venda do bem, constitui base de cálculo definitiva e que eventual venda a preço menor fica por conta da impetrante que não pode fazer o Estado suportar o custo da concorrência com suas similares. Conclui, pois, no sentido de que a impetrante não possui direito líquido e certo à restituição prevista em lei.

Examinando os elementos contidos nos autos *vê-se que realmente inexistente o alegado direito líquido e certo alegado.*’ (grifo nosso).

Destarte, mister se faz uma melhor elucidação dos reais fundamentos justificadores da decisão proferida pela egrégia Primeira Turma deste Tribunal, no sentido de demonstrar nitidamente a apreciação ou não do mérito da causa na presente demanda, de modo a torná-la

coerente e concisa com seus próprios fundamentos, adequando-os ainda, ao teor da sua respectiva ementa.”

(...)

“Em sendo devidamente esclarecido que este colendo Superior Tribunal de Justiça não se adentrou à apreciação do mérito no v. acórdão proferido por sua egrégia Primeira Turma, como faz crer o teor da ementa redigida...”

(...)

“Finalmente, é claro o erro contido no penúltimo parágrafo do voto-vencido prolatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, o qual se refere à possibilidade de se declarar através de mandado de segurança a correção monetária de Títulos de Dívida Agrária, não coadunando esta com a matéria objeto do presente processo, que sustenta sim, a possibilidade de se declarar o direito de compensação através da via mandamental.

Portanto, também nesse aspecto deve o acórdão ser revisado de modo a torná-lo conciso e coerente com o objeto da lide.” (fls. 331 a 341).

Por essas espias, de logo, avivam-se nos embargos, inusitada carga censória e incomum linguagem professoral, fortemente centrados no conteúdo da *ementa* do julgado, colocada em confronto com o aresto do egrégio Tribunal **a quo** e lanços da sua motivação, com apontamentos na pertença do acórdão embargado.

Ora, é de curial sabença que a instância superior finca o seu próprio convencimento para fixar a interpretação da questão jurídico-litigiosa, assentando solução dentre as sustentações contrastantes, desenvolvidas pelos recorrentes. Obvia-se que o julgado deve indicar o fato, os motivos e direito, compreendendo-se que a fundamentação do *acórdão* será exclusivamente a acolhida unanimemente ou por maioria. Noutro lanço, observa-se que distintos os fundamentos do *acórdão*, e *do voto* e a síntese da *ementa*. Sublinha-se que esta constitui simples enunciado, com o fito único de facilitar a compreensão definida pelo colegiado.

E dizer: a compreensão da substância do julgado reside no corpo do acórdão, que prevalece sobre a ementa. E quando o julgado tem por base o voto-condutor, com os demais corporificando simples adesão ou salientando singularidades ou aspectos acidentais, sem alteração da substância da afirmação unânime, prepondera esta. Enfim, é o resultado do julgamento. A existência de voto-vencido não altera a composição vencedora.

Nesse plano, na espécie, espraia-se o descabimento de garimpar-se na *ementa* faltas ensejadoras dos embargos declaratórios (art. 535, I e II, CPC). Deveras, a eficácia do julgado está na sua fundamentação e não na súmula (*ementa*); daí, pois, prevalecer a substância do conteúdo integral do acórdão – no caso, retratado no voto-condutor –, “até porque as ementas não integram as decisões colegiadas” (Ag nº 16.329-0-CE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in DJU de 01.06.1992; REsp nº 75.367-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, in DJU de 07.04.1997; EDREsp nº 10.936-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, in DJU de 16.08.1993; REsp nº 29.154-2-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in DJU de 17.11.1992).

Não bastante, voltando-se à fundamentação do voto-condutor da maioria, sem dificuldades, apruma-se que as razões do aresto constituído na instância ordinária serviram de fervoroso suporte para o insucesso recursal. Desse modo, quanto ao tema litigioso inexistiu desvio (fls. 319 a 324). Em sendo assim, e assim é, sem provimento o recurso, foi denegada a segurança.

O alinhamento de precedente da Primeira Turma (RMS nº 9.387-MS), foi adição para reforço claramente com o propósito de elucidar que, mesmo abandonadas as razões colhidas no vergastado v. acórdão e se avançasse juízo preso à adequação da via eleita, estaria alteada a sua impropriedade.

Outrossim, ganha espaço anotar que o entendimento pretoriano, vezes a basto, vem afirmando que não é exigível a exaustão de todos os pontos trazidos pelas partes. É que a finalidade da jurisdição é compor a lide e não a discussão exaustiva em torno de todos os aspectos enunciados no contraditório. Pois incumbe ao julgador estabelecer o direito aplicável, atividade excluída da vontade das partes litigantes.

Também, a foco da fundamentação e conclusão (parte dispositiva) do acórdão embargado, não se vislumbra desobediência a qualquer uma das restritas hipóteses legais autorizadoras dos embargos (art. 535, I e II, CPC).

Finalmente, no sítio de alegado *erro* “contido no penúltimo parágrafo do voto-vencido ...” (item VI, fl. 341), verifica-se que, no intuito de sustentar a viabilidade do **mandamus** para ser declarado o direito à compensação, a referência aos *TDA*s, àqueles que integram a Turma, serviu apenas para recordar assunto sobre a possibilidade da impetração para a finalidade que, inicialmente, parecia constituir pedido de cobrança. Ou seja, a idéia do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, mal ou bem, bem ou mal, em prol da impetrante, foi a de sustentar o cabimento da segurança, sem o timbre do *erro* (fl. 326). Isso não bastasse, cuidando-se de voto-vencido, não se inclui na compreensão majoritária, portanto, não afetando o resultado: recurso sem provimento.

Concluída a exposição, sem repercussão o confronto entre os conteúdos da composição judicial concretizada e o simples enunciado do resultado, ficando desfiguradas as hipóteses legais expressamente previstas (art. 535, I e II, CPC), não ganhando significação o acenado erro, *voto desacolhendo os embargos*.

É o voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS
DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL Nº 139.199 – MG**

(Registro nº 97.0046911-5)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Aguiar Jesuíno da Silva e outros
Embargada: Célia de Souza Ramos Eller
Advogado: Nílson Dunga de Oliveira

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Recurso especial – CEF – FGTS – Legitimidade – IPC – Prescrição – Deserção – Ausência de preparo no ato da interposição do recurso – Art. 511 do CPC – Súmula nº 187-STJ – Portaria do TRF da 1ª Região, nº 289/1997.

I – Se o recurso foi interposto antes de o TRF da 1ª Região emitir a Portaria nº 289, de 14.07.1997, não é lícito declarar-lhe a deserção, por falta de pagamento do porte de remessa e retorno.

II – Se o recurso a que se negou seguimento desafia acórdão cujo dispositivo coincide com a jurisprudência do STJ, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF 24, de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 04.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Reporto-me ao relatório com que apresentei os primeiros embargos declaratórios:

“Os embargos visam corrigir suposto erro material, consistente em olvidar-se a intempestividade do recurso especial, deslindado pelo acórdão ora embargado.

A embargante louva-se no certificado de fl. 67, a dizer que o acórdão do Tribunal **a quo** foi publicado no dia 11 de novembro de 1996 (segunda-feira).

Ora, diz o embargante, se o prazo iniciou-se no dia 11, o termo final ocorreu no dia 26.

Como o recurso foi protocolado no dia 27, ele é intempestivo.

Os embargos merecem, pois recebimento, para que se desconceitue o acórdão e se proclame a intempestividade do recurso especial por ele provido.” (fl. 115).

Acrescento que os embargos foram rejeitados, porque:

“I – A circunstância de haver decorrido, entre a publicação do acórdão e a apresentação do apelo, tempo superior ao prazo recursal não basta para demonstrar a intempestividade: É possível que alguma circunstância tenha concorrido, para evitar o exaurimento do prazo (defeito na publicação; impedimento judicial, etc.).

II – A admissão do recurso faz presumir sua tempestividade,

impondo-se ao recorrido demonstrar o contrário, através de certificado de intempestividade.”

O INSS opõe novos embargos declaratórios, rogando pronunciamento quanto a duas outras questões, a saber:

1. imprestabilidade do fac-símile, como instrumento de interposição de recurso;

2. deserção do recurso especial, por falta de provas.

Eis o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):
A questão relacionada com a imprestabilidade do fac-símile é impertinente. Com efeito, o acórdão recorrido negou-se em declarar intempestiva a apresentação do apelo, em original. Se assim ocorreu, perde sentido a discussão em torno da eficácia do fac-símile como instrumento de manifestação recursal.

A deserção afasta-se porque o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região somente em 1997 (com a Portaria nº 289, de 08.07.1997) fixou o valor dos portes de remessa e retorno dos recursos. Como a ora embargada interpôs o recurso especial em novembro de 1996, não lhe era exigível a comprovação do preparo. Esta, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“I – Se o recurso foi interposto antes de o TRF da 1ª Região emitir a Portaria nº 289, de 14.07.1997, não é lícito declarar-lhe a deserção, por falta de pagamento do porte de remessa e retorno.

II – Se o recurso a que se negou seguimento desafia acórdão cujo dispositivo coincide com a jurisprudência do STJ, nega-se provimento ao agravo de instrumento.” (AgRg no Ag nº 184.886/Humberto Gomes de Barros).

“1. Inexistente, à época, resolução ou exigência no Tribunal **a quo** para o prévio recolhimento do valor correspondente ao preparo, inclusive porte de remessa e retorno, impossibilitado o recorrente de cumprir o ato, a jurisprudência assentou que o recurso deve ser processado.

2. A jurisprudência admite, no caso, a extensão da regra do art. 509, CPC.

3. Recurso provido, a fim de que o Tribunal **a quo** examine as questões subjacentes.” (REsp nº 191.109/Milton Luiz Pereira).

Recebo os embargos, para acrescentar ao acórdão, as declarações acima.

MEDIDA CAUTELAR Nº 1.700 – DF

(Registro nº 99.0034229-1)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Requerente: Antônio Corrêa Júnior
Requerida: Fundação Universidade de Brasília
Advogado: Antônio Vital Ramos de Vasconcelos

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Ação cautelar incidental – Efeito suspensivo – Transferência de aluno – Irreparabilidade – Plausibilidade do direito – Pedido procedente.

1. Avistada a plausibilidade do direito alegado, demonstrado o risco concreto de danos e a possibilidade de conseqüências danosas irreparáveis, ficando sem sentido prático a atividade recursal, a providência cautelar harmoniza-se com os seus pressupostos.

2. Procedência do pedido cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *julgar procedente o pedido cautelar*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 24 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16.11.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: O requerente propôs a presente ação cautelar inominada, com pedido de liminar, fundada nos artigos 796 e 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, 21, V, 34, V e VI, 288 e parágrafos e 304 do RISTJ e Ato Regimental nº 1-STJ, art. 24, parágrafo único, objetivando, na pendência de decisão dos embargos declaratórios, dar efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto.

A requerente aduz:

Omissis

“... É manifesto o cabimento, **in casu**, da presente medida cautelar na pendência da interposição do recurso especial, o que resulta patentemente evidenciado pelas peculiaridades da demanda, farta e documentalmente demonstradas nesta petição.

A título de rememoração, destaca-se a comprovada impossibilidade material de o advogado conseguir celeridade no julgamento dos embargos de declaração e aguardar a normal tramitação dos incidentes de suspeição, para, só então, ter acesso ao Superior Tribunal de Justiça.

A par de tudo isso, acresça-se que sobre o processo em questão pendem as substanciais eivadas de nulidade, seja anteriormente pela infringência da cláusula constitucional do devido processo legal, quando este particular processo foi objeto de ‘permuta’ com o Relator anterior, e sem intimação das partes, seja quando o ofício para o trancamento da matrícula do estudante foi remetido – e cumprido – antes que exaurido o correspondente julgamento ante a pendência dos tempestivos embargos de declaração com a idoneidade de infringência do julgado ante as matérias ali sustentadas.”

Omissis

“Ante tal quadro, justifica-se a comprovação da necessidade e cabimento da medida cautelar aqui requerida com o propósito de atribuir

efeito suspensivo ao acórdão pendente de julgamento, utilizando-se a requerente das preciosas considerações do eminente Ministro Bueno de Souza, em caso *símile*, ao despachar a Medida Cautelar nº 1.407-SP, – Proc. nº 98/0057620-7, *in DJU* de 08.09.1998:

‘Aceito, desde logo, a competência para examinar o pedido de liminar, eis que venho admitindo, na consonância de nossos precedentes (MC nº 835-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter; MC nº 188-PB, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, entre outros), ações cautelares para conferir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto (pendente de publicação na origem o acórdão recorrido), conquanto se apresentem com nitidez o **fumus boni juris** e **periculum in mora** (MC nºs 1.183-SC e 1.262-DF, de que fui Relator).’

Omissis

“A razão de ser da excepcionalidade da tutela liminar, de índole cautelar, foi bem explicitada neste significativo aresto, de cuja ementa se extrai a seguinte assertiva:

‘O STJ admite a concessão de medida cautelar, para suspender os efeitos de acórdão exposto a recurso especial, ainda não interposto. Isto ocorre porque, com a formação do acórdão, exaure-se a competência do Tribunal **a quo** e se inaugura a da Corte Superior.’

(STJ, MC nº 424-PA, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *in DJU* de 02.09.1996, p. 31023)”

Omissis

“Com tal enfoque, merece especial distinção o específico precedente desse STJ segundo o qual:

‘Há que se considerar procedente medida cautelar para em prestar efeito suspensivo a recurso especial que visa modificar acórdão que negou a servidor estudante o direito de continuar matriculada em universidade sediada em seu novo local de trabalho.’

(MC nº 939-SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, *DJU* de 06.04.1998, p. 20).”

Omissis

“Até mesmo para os que pensam em sentido contrário, o criterioso Ministro Milton Luiz Pereira observa que a excepcionalidade do procedimento (concessão de liminar acautelatória em recurso especial ainda não admitido) pode ser admitida ‘sob o arnês de circunstâncias excepcionais, tendo por frontispício acontecimentos incoercíveis e a irreparabilidade de danos, nessa seara, examinando-se caso a caso” (AgRg no MC nº 823-SP, Primeira Turma, DJU de 31.08.1998, p. 14).”

Omissis

“Em conclusão, ‘demonstrada a urgência, presente objetiva situação de perigo e divisada a fumaça do bom direito, com louvações à instrumentalidade e efetividade do processo, urge fincar providência urgente para resguardar a parte contra a irreparabilidade de danos” (AgRg no MS nº 5.289-DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, DJU de 21.09.1989, p. 42).

“A Corte Especial do STJ, em enfoque lapidar e esmerada conceituação jurídico-doutrinária, sob a óptica da Carta da República (art. 5º, XXXV) e do CPC (arts. 796 e seguintes) ressaltou que ‘a precoce execução do julgado, pendente recurso, por si, mobiliza conseqüências danosas, podendo tornar ineficaz ou dificultar a prestação jurisdicional pedida. **Ex lege**, desprovido o recurso de efeito suspensivo, capaz de prevenir lesão de direito ou para evitar que direito possível praticamente fique irrealizável, a sua negação deixaria sem sentido o exercício da atividade recursal, quando não, a sua apreciação.’ (MC nº 974-CE, Corte Especial, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 18.12.1998, p. 280).”

Omissis

“Como demonstrado às escâncaras, o Tribunal deu provimento à única apelação interposta (ou seja, do Ministério Público) com base em matéria que não foi objeto da sentença, com o que infringiu o vetusto e cogente princípio **tantum devolutum quantum appellatum** em ordem significativa de que ‘a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada’, estampado no art. 515 do CPC, e que se inseriu no ordenamento jurídico como decorrência do princípio geral de inércia da jurisdição.”

Omissis

“O motivo de fato reformador da sentença, **data maxima venia**, foi distorcido da óptica jurídica e divorciado da lei de regência. Tanto assim é que a sentença monocrática, como reconheceu o apelante, não tratou da questão de contemporaneidade da matrícula e da remoção, motivo pelo qual essa aventada omissão, não submetida aos indispensáveis declaratórios, foi objeto de preclusão consumativa, impedida sua renovação no subsequente apelo.”

Omissis

“Aliás, a jurisprudência consolidada no próprio Tribunal de origem está consubstanciada em entendimento diverso do adotado nesse julgamento atacado, na medida em que o TRF/1ª Região vinha decidindo nessa linha:”

.....

“Em face da nomeação, posse e exercício da genitora da impetrante, como Juíza Federal Substituta – do que decorreu mudança de domicílio da família para localidade onde existe o curso da autora – o direito à transferência compulsória, previsto no art. 100 da Lei nº 4.024/1961, a socorre, especialmente em face dos arts. 205, 226 e 227 da Constituição Federal, que dispõem ter a família especial proteção do Estado, tendo ambos o dever de assegurar ao adolescente – faixa etária na qual se inseria a impetrante – com absoluta prioridade, o direito à educação e à convivência familiar.”

(AMS nº 108.837-MG, Relatora Juíza Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJU de 02.10.1995, p. 66.476. Precedentes: STJ: REsp nº 6.097-GO; TRF/1ª Região: AMS nº 89.01.01401-7-GO, REO nº 90.01.05553-2-DF, AMS nº 90.01.15627-4-PI, AMS nº 92.01.21579-7-GO, AMS nº 90.01.05120-0-PI e REO nº 89.01.05120-2-AM).

“Apenas e exclusivamente **ad argumentandum tantum** posto que ao requerente assiste o direito mencionado na lei, há que se considerar o largo tempo decorrido desde a concessão da medida liminar, em junho de 1995, até a presente data, perfazendo quase quatro anos, deixa consolidada uma irreversível situação escolar, como adiante anotado:

‘Administrativo. Estudante universitário. Curso desenvolvido por força de liminar. Desconstituição. Situação de fato em que a letra da lei cede ao interesse público.’

– Estudante matriculado por efeito de liminar. Se ele está às vésperas de colar grau, não é aconselhável desconstituir seus créditos escolares, ainda que se entenda que o regulamento da Universidade não o assiste.

– Em situações como tais, a letra da lei deve ser encarada com temperamentos, em homenagem ao interesse público.

– Recursos conhecidos, mas improvidos.”

(REsp nº 154.215-RN, DJU de 14.12.1998, p. 104; REsp nº 177.521-CE, DJU de 14.12.1998, p. 134; REsp nº 163.702-PR, DJU de 18.12.1998, p. 295; REsp nº 171.247-PR, DJU de 15.03.1999, p. 105, todos da Primeira Turma e da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros).

Omissis

“Consoante restou demonstrado, já foi enviado, e integralmente cumprido, ofício à UnB veiculador da decisão que deu provimento à apelação, o que implicou no imediato trancamento da matrícula do impetrante, praticamente às vésperas do encerramento do Curso de Relações Internacionais, cuja frequência – na UnB –, por quase quatro longos anos, foi-lhe assegurada por decisão judicial liminar, posteriormente confirmada pela sentença de mérito.

Dessa forma, mais do que evidente o perigo da demora, pois a normal tramitação do futuro recurso especial – desprovido, de regra, de efeito suspensivo – terá o efeito de tornar irreversível a situação danosa causada pelo acórdão atacado.

Nesse sentido, o STJ vem destacando que

‘Se, porém, a matrícula foi assegurada em cumprimento à decisão judicial, tornando o fato consumado pelo decurso do tempo, sem prejuízo de terceiros, merece respeito a situação já estabilizada.’

(REsp nº 5.371-PI, Rel. Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, DJU de 06.05.1991, p. 5.656).”

Omissis

“O efeito suspensivo ao futuro recurso especial é a única solução jurídica, aqui perfeitamente justificável, que terá a idoneidade de evitar a integral consumação do dano praticado com o cancelamento da matrícula.” (fls. 5/18).

Conclui:

“O requerente postula a Vossa Excelência seja, por meio da presente medida cautelar, atribuído efeito suspensivo ao recurso especial que será interposto tão logo intimado o sucumbente do correspondente acórdão dos embargos de declaração opostos, para o fim especial de suspender os efeitos do ofício endereçado à Universidade de Brasília, possibilitando ao estudante continuar freqüentando o curso de Relações Internacionais em seu último semestre, em todas as disciplinas restantes, onde se encontrava matriculado por força de medida liminar e sentença de mérito, restabelecendo-se sua matrícula até final decisão do recurso especial por parte desse egrégio Superior Tribunal de Justiça.” (fl. 19).

Às fls. 153/154 proferi decisão assim circunstanciada:

“I – Na lida de preparatório exame das peças informativas, registra-se que, em ação cautelar proposta contra a *Fundação Universidade de Brasília*, como aluno do Curso de Relações Internacionais, explicando as razões de sua transferência da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC para a universidade-ré, sumariando, o Autor averbou:

‘– impetrado mandado de segurança, por sentença de mérito, confirmatória de liminar decisão, obteve o reconhecimento do seu direito líquido e certo à aludida transferência;

– após redistribuição ferindo o princípio do juiz natural, foi provida a apelação, seguindo-se o cancelamento da matrícula;

– foram interpostos embargos de declaração e exceção de suspeição, com a suspensão do respectivo processo (art. 265, III, CPC), aguardando-se oportunidade para a interposição de recurso especial.’

À invocação do **fumus boni iuris et periculum in mora**, comemorando afirmações doutrinárias e pretorianas, a final, requereu *efeito suspensivo* ao recurso especial em projetada articulação.

Definindo o **facies**, com significância sublinha-se que o autor, segundo as anotações da sua vida escolar, após quatro anos de curso na Universidade de Brasília, aproximando-se ‘do encerramento do Curso de Relações Internacionais’, abruptamente teve sua matrícula cancelada, ocorrendo imediato desligamento (fl. 112), inegavelmente, causando-lhe danos imediatos e, com a feição de irreparáveis, caso não seja restabelecido o **statu quo ante**.

De efeito, a pronta execução do aludido julgado, sem esforço, revela uma teia de conseqüências danosas, à vida estudantil do aluno, favorecendo a proposição desta ação, via útil para prevenir lesão de direito, uma vez que, diante do acontecido, se provido o recurso projetado, a prestação jurisdicional não recomporia a situação pretérita concretamente criada. Deveras, o desligamento do aluno, impedindo-o de freqüentar as aulas curriculares produz a invasão de direito, obstaculizado por título sentencial ainda sob o crivo recursal.

Essa realidade tem justificados precedentes jurisprudenciais cautelares fincando solução emergencial; entre outros:

– ‘... 1. A precoce execução do julgado, pendente recurso, por si, mobiliza conseqüências danosas, podendo tornar ineficaz ou dificultar a prestação jurisdicional pedida. **Ex lege**, *desprovido o recurso de efeito suspensivo*, capaz de prevenir lesão de direito ou para evitar que direito possível praticamente fique irrealizável, e sua negação deixaria sem sentido o exercício da atividade recursal, quando não, a sua apreciação (art. 5º, XXXV, CF; arts. 796 e seguintes do CPC).

2. Distinguida a plausibilidade do direito alegado nos embargos de divergência, avistado o risco concreto, ficando rompido o equilíbrio entre as partes, afastada a decorrência satisfativa, presentes os pressupostos da pretendida tutela, a procedência do pedido harmoniza-se com as circunstâncias e razões de direito que informam a medida cautelar.

3. Procedência da cautelar.’ (Medida Cautelar nº 974-CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, **in** DJU de 18.12.1998).

No pertencente à circunstância de que ainda não se formalizou a

interposição do despique, precedentes abrem o pórtico da possibilidade. À mão de ilustrar: MC nº 188-PB, Rel. Min. Eduardo Ribeiro; MC nº 835-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter; MC nº 1.482-PR, Rel. Min. Bueno de Souza; MC nº 53-7-RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC nº 424-PA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC nº 1.184, Rel. Min. José Delgado.

Sob o arnês das razões postas, evidenciados os pressupostos e requisitos (art. 804, CPC), ainda que presente a cláusula da provisoriedade, determinando a restauração da matrícula cancelada administrativamente, no âmbito liminar (art. 804, CPC), *decido deferir o pedido*, acautelando o direito do autor continuar freqüentando o mencionado curso, cumprindo as suas obrigações curriculares, até final julgamento dos recursos pendentes e averiguação formal da admissibilidade, ou não, e, se admitido, do julgamento apropriado ao multicitado recurso especial. (fls. 153/154).”

A recorrida, em sua contestação apresentada às fls. 162/166, alega:

“O fato de o impetrante exercitar seu direito de recurso em declaratórios não impede que seja suspensa sua matrícula, haja vista as instâncias ordinárias já terem se esgotado, restando as vias extraordinárias, como instâncias especiais que não asseguram o efeito suspensivo da decisão.”

Omissis

“Invertendo todo o sentido do que seja *writ of mandamus*, estabelece o autor que mesmo não possuindo direito líquido e certo, resta consolidada uma situação de fato, qual seja o de se já está matriculado a quatro anos na Universidade de Brasília, o que faz com que nada seja mais sensato que deixá-lo concluir o curso, mesmo tendo o egrégio TRF/1ª Região julgado pelos seus ilustres juízes que não há direito que ampare o remédio heróico.

Em muitos julgados, **data maxima venia**, tem decidido este colendo Superior Tribunal de Justiça pela situação de fato consolidada, ou seja, que há um prejuízo maior para a Nação perder um aluno em final de curso, haja vista o investimento feito pelo Estado durante anos a fio. Tal não ocorre porque justiça seria retirá-lo de seus quadros,

concedendo os créditos quando da aprovação pelo candidato do vestibular. O fato de ser desmatriculado não o impede de prestar vestibular para auferir sua capacidade.

Concessa venia, permitimo-nos a enfrentar tal corrente de pensamento, pelo que ao final deve ser alterado tal entendimento no âmbito deste colendo STJ.’

Omissis

“A Constituição impõe que o acesso ao ensino seja realizado de modo igualitário. A todos os brasileiros as dificuldades ou facilidades de acesso ao ensino devem ser exatamente as mesmas. Não pode haver meios mais facilitados para uns e mais dificultosos para outros.

Ofende o acesso igualitário a coexistência no espaço acadêmico da Universidade de Brasília tanto de estudantes que alcançaram o acesso ao ensino porque se submeteram ao concurso público vestibular da UnB quanto de estudantes que, sem jamais se submeterem àquele vestibular, ingressaram pela tortuosíssima via da transferência.” (fls. 162/166).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Como predito no relatório, empenham-se razões aduzidas em prol de providência cautelar incidental em decisão precedente, após exaltar o motivo de sua transferência da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC para a universidade-ré, assim explicada pelo autor:

– impetrado mandado de segurança, por sentença de mérito, confirmatória de liminar decisão, obteve o reconhecimento do seu direito líquido e certo à aludida transferência;

– após redistribuição ferindo o princípio do *juiz natural*, foi provida a apelação, seguindo-se o cancelamento da matrícula;

– foram interpostos embargos de declaração e exceção de suspeição, com a suspensão do respectivo processo (art. 265, III, CPC), aguardando-se oportunidade para a interposição de recurso especial.”

Por essa espia, favorecendo o pleiteado *efeito suspensivo*, contemplou-se decisão inaugural, **verbis**:

“Definindo o **facies**, com significância sublinha-se que o autor, segundo as anotações da sua vida escolar, após quatro anos de curso na Universidade de Brasília, aproximando-se ‘do encerramento do Curso de Relações Internacionais’, abruptamente teve sua matrícula cancelada, ocorrendo imediato desligamento (fl. 112), inegavelmente, causando-lhe danos imediatos e, com a feição de irreparáveis, caso não seja restabelecido o **statu quo ante**.

De efeito, a pronta execução do aludido julgado, sem esforço, revela uma teia de conseqüências danosas, à vida estudantil do aluno, favorecendo a proposição desta ação, via útil para prevenir lesão de direito, uma vez que, diante do acontecido, se provido o recurso projetado, a prestação jurisdicional não recomporia a situação pretérita concretamente criada. Deveras, o desligamento do aluno, impedindo-o de freqüentar as aulas curriculares produz a invasão de direito, obstaculizado por título sentencial ainda sob o crivo recursal.

Essa realidade tem justificados precedentes jurisprudenciais cautelares fincando solução emergencial; entre outros:

– ‘... 1. A precoce execução do julgado, pendente recurso, por si, mobiliza conseqüências danosas, podendo tornar ineficaz ou dificultar a prestação jurisdicional pedida. **Ex lege**, *desprovido o recurso de efeito suspensivo*, capaz de prevenir lesão de direito ou para evitar que direito possível praticamente fique irrealizável, e sua negação deixaria sem sentido o exercício da atividade recursal, quando não, a sua apreciação (art. 5º, XXXV, CF; arts. 796 e seguintes do CPC).

2. Distinguida a plausibilidade do direito alegado nos embargos de divergência, avistado o risco concreto, ficando rompido o equilíbrio entre as partes, afastada a decorrência satisfativa, presentes os pressupostos da pretendida tutela, a procedência do pedido harmoniza-se com as circunstâncias e razões de direito que informam a medida cautelar.

3. Procedência da cautelar.’ (Medida Cautelar nº 974-CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU de 18.12.1998).

No pertencente à circunstância de que ainda não se formalizou a interposição do despique, precedentes abrem o pórtico da possibilidade. À mão de ilustrar: MC nº 188-PB, Rel. Min. Eduardo Ribeiro; MC nº 835-SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter; MC nº 1.482-PR, Rel. Min. Bueno de Souza; MC nº 53-7-RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC nº 424-PA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; MC nº 1.184, Rel. Min. José Delgado.

Sob o arnês das razões postas, evidenciados os pressupostos e requisitos (art. 804, CPC), ainda que presente a cláusula da provisoriedade, determinando a restauração da matrícula cancelada administrativamente, no âmbito liminar (art. 804, CPC), *decido deferir o pedido*, acautelando o direito do autor continuar frequentando o mencionado curso, cumprindo as suas obrigações curriculares, até final julgamento dos recursos pendentes e averiguação formal da admissibilidade, ou não, e, se admitido, do julgamento apropriado ao multicitado recurso especial. (fls. 153/154).”

Contraditando, a universidade-ré procurou desfigurar a possibilidade de acenado “cerceamento de defesa” e, após considerações de natureza processual (art. 515, § 1º, CPC – item II, fl. 163), versou o mérito do pretendido direito à transferência – art. 208, V, CF; Lei nº 9.536/1997 – (fls. 160 a 169).

Pois bem; feito o breviário contextual, fugindo do arrebatamento do mérito apropriado à questão basilar do litígio (direito, ou não, à transferência), no plano processual preocupa-se que o tempo não frustre a existência do direito substancial vindicado, nesta ação, apenas visando-se assegurar a sua efetiva usufruição. Desse modo, a relação estabelece-se provisoriamente até que, a final, concretizada a prestação jurisdicional, fique acautelada a eficácia do resultado prático. Portanto, não há que se confundir a pretensão acautelatória com o mérito, cujo objeto procura-se proteger. Por isso, aqui, primacialmente, coloca-se a necessidade de ser resguardada a efetividade do processo, descabendo dar-se prevalência ao mérito da demanda, cujo conteúdo é próprio do direito satisfativo do processo acautelado. Daí porque, salvo exceções, nas cautelares não se consubstancia composição de direito material.

Por esse diapasão, em que pesem as boas razões afeitas no mérito, lineadas pela Universidade, porém, mais relacionadas com o direito material questionado, nesta ocasião, não ganham maior significação. No momento, têm projeção as condições especiais para esta via célere, em face

da possibilidade de irreparabilidade dos danos causados com o abrupto cancelamento da matrícula. Deveras, impedido o aluno de cumprir com as suas obrigações curriculares, mais adiante, mesmo se reconhecido o seu direito à transferência, ficaria sem efeito prático o exercício de atividade recursal. O tempo vencido, seria irrecuperável e os danos imensuráveis.

Refletindo-se, pois, a plausibilidade do direito e reanimada a argumentação sustentatória da providência cautelar, concluo votando pela *procedência do pedido cautelar*, davante, continuando assegurado o direito do autor continuou freqüentando o Curso de Relações Internacionais, com as obrigações curriculares conseguintes, até a ultimação dos recursos pendentes, seja no âmbito da admissibilidade formal e, se processados, referentemente ao julgamento do mérito.

Honorários advocatícios fixados em R\$ 100,00 (cem reais).

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 10.121 – RJ

(Registro nº 98.0062750-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Município de Angra dos Reis
Advogados: Elmir de Oliveira Lemos Júnior e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrados: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Governador do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Advogados: Humberto Ribeiro Soares e outros

EMENTA: Processual – Mandado de segurança – Votação e sanção de lei estadual – Impossibilidade.

I – A votação da lei e a respectiva sanção não constituem atos suscetíveis de controle através de mandado de segurança.

II – Os efeitos concretos da lei apenas se manifestam quando algum agente público a utiliza na prática de ato contrário ao ordenamento jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Garcia Vieira.

Brasília-DF, 10 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 13.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Município recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Governador e do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. O ato malsinado se traduziu na Lei nº 2.664/1994, que disciplinou os critérios de distribuição do fundo de participação dos Municípios na arrecadação do ICMS. Afirma que o ato normativo malsinado causa-lhe prejuízos diretos, traduzidos em corte drástico na sua receita.

A segurança foi denegada, sob o argumento de não caber mandado de segurança contra lei em tese.

Em recurso ordinário, o Município defende a tese de que o pedido dirige-se contra os efeitos concretos da lei.

O Ministério Público Federal manifestou-se em parecer do eminente Subprocurador-Geral da República Wagner Mathias Netto. Indica o desprovimento do apelo.

Este, o relatório.

VOTO

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

O impetrante investe contra autoridades que produziram a lei malsinada: uma delas, elaborando o texto; a outra, sancionando o ato normativo. Ora, tais atos não interferem diretamente no patrimônio do Município.

Os efeitos concretos da lei apenas se manifestam, quando algum agente do Estado, louvando-se em seus dispositivos estabelece para a cota no fundo de participação no ICMS, valor inferior àquele assegurado pelo ordenamento jurídico. Contra o ato desse agente é que se haveria de pedir segurança.

Ao julgar o pedido de segurança, o juiz poderá, para decretar a nulidade do ato impugnado, afirmar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei (RMS nº 4.780/Humberto Gomes de Barros). No entanto, é impossível requerer-se tal declaração, em abstrato.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 10.352 – RJ

(Registro nº 98.0085961-6)

Relator:	Ministro Francisco Falcão
Recorrente:	Jairo Tezolim
Advogado:	Marcelo Vicente Almeida dos Santos
Tribunal de origem:	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado:	Prefeito do Município de São Gonçalo
Recorrido:	Município de São Gonçalo
Advogados:	Hugo de Aguiar Costa Pinto e outros

EMENTA: Administrativo – Mandado de segurança preventivo – Demolição de muro de proteção ao terreno do impetrante.

Descabe o uso da segurança para se discutir questão que exige a produção de provas para o seu deslinde. Presunção de veracidade e da legalidade do ato administrativo, a qual só pode ser ilidida, no âmbito estreito do *writ*, por prova pré-constituída, inexistente nos autos. Denegação da segurança.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: O Subprocurador-Geral da República Wagner de Castro Mathias Netto assim relatou a espécie, **verbis**:

“Cuida-se de recurso ordinário interposto por Jairo Tezolim contra o v. acórdão do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, denegatório da segurança impetrada contra ato do Sr. Prefeito de São Gonçalo-RJ, que estaria ameaçando demolir muro, construído pelo impetrante, após regular licença.

O acórdão recorrido está sintetizado na seguinte ementa:

‘Mandado de segurança preventivo. Demolição de muro de proteção ao terreno do impetrante. Descabe o uso do **mandamus**, para se discutir questão, que exige a produção de provas, para o seu deslinde. Presunção de veracidade e da legalidade do ato administrativo, a qual só pode ser ilidida, no âmbito estreito do *writ*, por prova pré-constituída, inexistente nos autos. Denegação da segurança.’ (fl. 50)” (fls. 87/88).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator): No mérito, o Ministério Público, concluindo pelo desprovimento do recurso, assinalou, **verbis**:

“Na verdade, a pretensão deduzida nesta via afigura-se sobremodo conturbada. Tem-se de um lado a determinação do impetrado em demolir muro de proteção construído pelo impetrante, por estar o mesmo em desacordo com a licença e prejudicar o correto escoamento das águas, criando riscos e, de outro, a alegação do impetrante de serem tais fatos mentirosos, já que o muro foi construído de acordo com a licença concedida, donde sua demolição violaria direito líquido e certo.

Ora, para solução dessa controvérsia, necessária seria a produção de ampla dilação probatória, inviável na via angusta do mandado de segurança.

Por outro lado, o próprio recorrente reconhece que a matéria em debate depende de exame probatório, tanto é que pediu na inicial a produção de prova, inclusive testemunhal, em total afronta à via eleita.

Aliás, é inerente à ação de segurança a exigência de comprovação documental pré-constituída da situação que configura a ameaça de direito líquido e certo que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida” (fls. 88/89).

Adotando tais fundamentos, coerentes com a decisão recorrida, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

**RECURSO EM MANDADO
DE SEGURANÇA Nº 10.468 – BA**
(Registro nº 98.0098495-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrentes: Moanilton Mesquita Lopes e outros

Advogado: Pedro Milton de Brito
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia
Recorrido: Estado da Bahia

EMENTA: Processual – Mandado de segurança – Tribunal de Contas – Parecer prévio – Recusa pela Câmara de Vereadores – Inconstitucionalidade – Exame incidente.

– Se há dúvida quanto à constitucionalidade do ato em que a Câmara de Vereadores rejeitou parecer prévio do Tribunal de Contas, não pode o Tribunal de Justiça declarar prejudicado pedido de segurança contra o referido parecer. Impõe-se-lhe examinar, incidentalmente, a suposta inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado e Garcia Vieira.

Brasília-DF, 10 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 13.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Os recorrentes pediram mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. O ato malsinado é o parecer prévio, em que a Corte recomenda se rejeitem as contas da Câmara de Vereadores integrada pelos impetrantes.

O v. acórdão recorrido encerrou o processo, sem julgamento do mérito, porque o parecer malsinado veio a ser rejeitado pela Câmara de Vereadores, nos termos do art. 95, § 1^a, da Constituição Estadual. Na formação do acórdão, o Tribunal **a quo** registrou a circunstância de que o art. 95, § 1^a, da Constituição Baiana fora incidentemente declarado inconstitucional pelo Tribunal Superior Eleitoral. Tal declaração, no entanto, seria irrelevante, porque seu alcance não ultrapassa os limites do processo em que foi proferida.

Em recurso ordinário, os impetrantes afirmam que o Supremo Tribunal Federal afirmou que os tribunais de contas somente oferecem parecer, quando examinam as contas de prefeito. Quando apreciam contas de outros agentes públicos, eles emitem efetivo julgamento, insuscetível de revisão pelas câmaras. Se assim ocorre, a rejeição do “parecer prévio” é nula de pleno direito e suas conseqüências (inelegibilidade dos gestores reprovados e responsabilidade pelo ressarcimento de prejuízos) continuam a ameaçar os vereadores.

Pedem, assim, que o julgamento do pedido de segurança continue, apreciando-se o mérito.

O Ministério Público Federal, em parecer lançado pelo eminente Subprocurador-Geral da República Francisco Adalberto Nóbrega, recomenda o desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A reprovação do parecer prévio efetivou-se após formalizado o pedido de segurança. Dela, o egrégio Tribunal **a quo** retirou a conclusão de que o pedido de segurança está prejudicado. Em assim fazendo, embora reconhecesse a existência de dúvida fundada sobre a constitucionalidade do art. 95, § 1^a, da Constituição Estadual, o Tribunal deixou de examinar essa questão. No entanto declarou prejudicado o pedido de segurança.

Ora, se a recusa do parecer prévio é inconstitucional, continuam a pensar sobre os impetrantes as conseqüências da reprovação passada pelo Tribunal de Contas. Se assim ocorre, persiste o interesse no mandado de segurança.

Dou provimento ao recurso.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA Nº 10.678 – PB**

(Registro nº 99.0019115-3)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Construtora OAS Ltda
Advogado: Sérgio Dutra Ribas
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Impetrado: Secretário de Finanças do Estado da Paraíba
Recorrido: Estado da Paraíba

EMENTA: ICMS – Apreensão de mercadoria – Construção civil – Diferencial de alíquota.

A Fazenda Pública só poderá cobrar seus créditos através de execução fiscal e na forma da Lei nº 6.830/1980, não tendo a autoridade administrativa autorização para apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas – Súmula nº 323 do STF.

Tratando-se de execução, por administração, empreitada ou subempreitada de construção civil, quando da aquisição de mercadorias produzidas por terceiros, para sua utilização nas construções civis, é devido apenas o ISS, sendo indevidos a incidência de ICMS e o diferencial de alíquotas internas e interestaduais.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília-DF, 19 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 27.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A Construtora OAS Ltda interpõe recurso ordinário (fl. 103), aduzindo haver impetrado mandado de segurança contra ato do Sr. Secretário de Finanças do Estado da Paraíba, consistente na apreensão de mercadorias como meio coercitivo de pagamento de ICMS – diferença de alíquotas interestadual e interna, por aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação.

Denegada a ordem, insurge-se a ora recorrente, aventando os seguintes argumentos:

- a) a inadmissibilidade de apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos;
- b) violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa;
- c) a inadequação da portaria para veicular a norma de efeitos concretos;
- d) a ilegalidade na exigência do diferencial de alíquotas;
- e) o fato de as empresas de construção civil não serem contribuintes do ICMS.

Requer reforma do venerando aresto hostilizado.

Resposta (fl. 146).

Parecer do Ministério Público Federal (fl. 174) pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, aponta a recorrente, lei local contestada em face de lei federal e demonstrou a divergência.

Conheço do recurso pelas letras **b** e **c**.

A Lei nº 6.575/1978 que autorizava o Poder Público a apreender, reter e leiloar veículos para receber as multas e taxas devidas, além de contrariar o art. 150, item IV, da vigente CF, foi revogada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 que regula totalmente a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas

autarquias (art. 1^o) e dívida ativa da Fazenda Pública é a tributária e não tributária (art. 2^o). Esta norma legal não autoriza à autoridade administrativa, apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas e, pela Súmula n^o 323 do colendo STF:

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.”

A Fazenda Pública só poderá cobrar seus créditos através de execução fiscal e na forma da citada Lei n^o 6.830/1980 e não por execução extrajudicial.

O imposto de competência dos Municípios sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa (artigo 8^o do Decreto-Lei n^o 406/1968). Os serviços incluídos nas listas ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento da mercadoria (§ 1^o). Ora, no item 32 da lista inclui a execução, por administração empreitada ou subempreitada de construção civil. Assim a autora, ao adquirir mercadorias produzidas por terceiros, para a sua utilização nas construções civis, só fica sujeita ao ISS, sendo indevida a incidência do ICMS na entrada destas mercadorias a serem utilizadas na construção e indevida a diferença de alíquotas internas e interestaduais. Esta egrégia Turma, no Recurso em Mandado de Segurança n^o 3.456-9-DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.11.1994, entendeu que:

“Não é lícito aos Estados, modificar, através de convênios, o Decreto-Lei n^o 406/1968, para – em operações interestaduais – submeter as empresas de construção civil ao tratamento previsto no artigo 155, VII, a, da Constituição Federal.”

A competência atribuída aos Estados pelo artigo 34, § 8^o, do ADCT, foi apenas para, através de convênio, preencher as lacunas e não para revogar lei complementar recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Esta egrégia Turma, no Recurso Especial n^o 30.671-5-SP, julgado no dia 6 de outubro de 1993, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, entendeu que:

“1. A competência atribuída aos Estados e ao Distrito Federal, para, na ausência de lei complementar necessária à instituição do

ICMS, celebrarem convênio para regular provisoriamente o mencionado imposto, restringe-se às *lacunas* existentes e às matérias legais não recepcionadas pela Constituição vigente (artigo 34, § 5º, ADCT).”

A questão do deslocamento de mercadorias, de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, já está pacificada no STJ e até sumulada.

Para caracterizar o fato gerador do ICMS, não basta só a saída física da mercadoria. É preciso que haja também a saída jurídica, isto é, a venda da mercadoria. Não fosse assim, bastaria que a mercadoria fosse levada pelas águas de uma enchente e já estaria caracterizado o fato gerador. Já é pacífico nesta colenda Corte o entendimento de que o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento, ambos do contribuinte, não caracteriza a circulação de mercadorias. Nesse sentido, os acórdãos citados pela recorrente nos Recursos Especiais nºs 9.933-0-SP, Relator eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (fl. 102) e 37.842-7-SP, DJ de 13.12.1993, Relator eminente Ministro José de Jesus Filho (fl. 103) e os Recursos Especiais nºs 77.048-SP, DJ de 11.03.1996, Relator eminente Ministro Milton Luiz Pereira e 36.060-MG, DJ de 05.09.1994, Relator eminente Ministro Humberto Gomes de Barros.

A questão já se encontra completamente pacificada no STJ e cristalizada na Súmula nº 166, **verbis**:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Dou provimento ao recurso para reformar o venerando acórdão recorrido.

RECURSO ESPECIAL Nº 202.569 – DF

(Registro nº 99.0007841-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrentes: Albertina Bertoldo Pinheiro e outros
Advogados: Edewylton Wagner Soares e outro
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogados: Alexandre Duarte de Lacerda e outros

Recorridos: Os mesmos e União

EMENTA: Processual Civil e Administrativo – FGTS – Legitimidade – CEF – Honorários advocatícios – Adequação ao art. 20, § 3º, do CPC.

1. É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça que a CEF, pela condição de gestora do Fundo, é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que buscam o reajuste do saldo das contas vinculadas do FGTS, enquanto que a União Federal e os bancos depositários são partes ilegítimas pela condição de meros arrecadadores.

2. O artigo 20 do CPC, em seu § 3º, determina a fixação dos honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e um máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

3. Precedentes deste Tribunal.

4. Recurso da CEF improvido.

5. Recurso do autor provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: Cuida-se de recurso

especial interposto pela CEF e pelo autor, ambos com fulcro no art. 105, inciso III, a e c, da Carta Magna, contra v. acórdão que trata sobre a questão do reajuste do saldo das contas vinculadas do FGTS com a inclusão dos “expurgos inflacionários” relativos aos períodos dos planos econômicos.

A instituição financeira recorrente afirma que o julgado em questão contrariou diversos dispositivos de leis federais, além de divergir da jurisprudência de outros tribunais, em particular, quando declarou a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda e ao determinar a correção monetária com os expurgos inflacionários.

Por sua vez o autor-recorrente afirma que o acórdão em tela infringiu regramentos legais concernentes à fixação de honorários.

Admitidos os recursos, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação do douto Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator): Não merece seguimento o recurso da Caixa Econômica Federal.

É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça que a CEF, pela condição de gestora do Fundo, é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que buscam o reajuste do saldo das contas vinculadas do FGTS, enquanto que a União Federal e os bancos depositários são partes ilegítimas pela condição de meros arrecadadores.

Quanto à alegação de que são indevidos os percentuais relativos aos expurgos concedidos no acórdão guerreado, este colendo Tribunal consolidou o posicionamento no sentido de que a correção monetária não se constitui em um *plus*, sendo apenas a reposição do valor real da moeda corroída pela inflação, configurando-se o IPC no índice que melhor retrata a realidade inflacionária dos períodos constantes dos autos, devendo-se, pois, aplicá-los integralmente, ressaltando-se o desconto dos percentuais já considerados a título de correção monetária incidente sobre a conta vinculada dos recorridos.

Neste mesmo sentido vêm sendo acolhidas inúmeras decisões do STJ (v.g.: REsp nº 193.277-PR, Ministro José Delgado, DJU de 15.03.1999, p. 140; REsp nº 209.994-CE, Ministro Garcia Vieira, DJU de 02.08.1999, p. 164; REsp nº 185.415-SP, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJU de

02.08.1999, p. 173; REsp nº 202.572-DF, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 01.07.1999, p. 139).

Quanto ao recurso impetrado pelo autor verifico que a pretensão merece guarida.

É de considerar que o artigo 20 do CPC, em seu § 3º, determina a fixação dos honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e um máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Nesse contexto, a decisão recorrida negou vigência ao dispositivo citado.

Dessa forma, uma vez que o recurso especial não é instrumento próprio para a avaliação do trabalho do causídico, adequamos o percentual fixado, ao mínimo permitido, ou seja, 10% (dez por cento).

Sobre o assunto cito os seguintes julgados: REsp nº 208.218-DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 02.08.1999 e REsp nº 21.491-DF, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJU de 25.10.1993, p. 22457.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso da CEF e dou provimento ao recurso do autor, para fixar os honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 211.985 – CE

(Registro nº 99.0038462-8)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: União
Recorrida: Magnólia Bezerra de Andrade Kicringer
Advogada: Francisca Helena Lima Ferreira

EMENTA: Contribuição para Custeio da Seguridade Social – Proventos de aposentadoria – Servidor público – Incidência – Medida provisória – Possibilidade.

Os proventos da aposentadoria estão sujeitos à incidência das contribuições para a seguridade social.

Conforme decidiu o STF e o STJ, a instituição da Contribuição de Custeio da Seguridade Social pelo servidor público não se subordina à lei complementar.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília-DF, 3 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 20.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A União interpõe recurso especial (fl. 112), arrimada na Constituição Federal, artigo 105, inciso III, letras a e c, aduzindo tratar-se de ação mandamental impetrada com o objetivo de ser reconhecido o direito dos impetrantes de abster-se da cobrança da Contribuição para o Plano de Seguridade Social incidente sobre seus proventos, instituída pela Medida Provisória nº 1.415/1996.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, inocorrendo majoração de alíquotas, não há que se falar em observância ao prazo nonagesimal, pois o mesmo já fora quando da fixação das alíquotas pela Lei nº 8.688/1993, não havendo ofensa ao princípio da anterioridade.

Aponta violação aos arts. 7^a e seguintes da Medida Provisória nº 1.415 e suas reedições.

Pede provimento.

Sem contra-razões (fl. 139).

Despacho (fl. 141) admitiu o recurso.

É o relatório.

VOTO-MÉRITO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, vencida a fase de admissibilidade, no mérito, a meu ver, o recurso é procedente.

A medida provisória, desde a sua edição, tem força de lei (CF, artigo 62) e o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já decidiram que a instituição da contribuição de custeio da seguridade social pelo servidor público não se subordina à lei complementar. A egrégia Corte Especial, no Mandado de Segurança nº 4.256-DF, DJ de 01.12.1997, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, entendeu que:

“II – Nos termos da consolidada jurisprudência do Pretório Excelso, a ampliação dos percentuais de desconto, relativos ao custeio da seguridade social, não importa na redução dos vencimentos, vedada pelo art. 37, XV, da Constituição, uma vez que ‘o citado direito não afasta a incidência de contribuição geral que visa a determinada contraprestação, tendo, assim, caráter remuneratório’ (ADIn nº 790-4).

III – Segundo já assentou o Supremo Tribunal Federal, em sua missão de intérprete constitucional, a instituição da contribuição de custeio da seguridade social pelo servidor público não se subordina à forma da lei complementar.

IV – A determinação constitucional, além da redação do § 2º do art. 231 da Lei nº 8.112/1990, de que a seguridade social dos servidores públicos seria custeada pela União e pelas contribuições dos servidores, em oposição ao sistema anterior que atribuía à União a responsabilidade pela aposentadoria e pensões de seus servidores, constitui causa suficiente para a majoração dos percentuais de descontos, em homenagem ao ‘equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correção entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços’ (ADIn nº 790-4).

V – É irrelevante, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, não conduzindo à inconstitucionalidade da norma que institui a contribuição, o fato de sua arrecadação ser atribuída à Receita Federal, sendo importante considerar, apenas, que ela se destina ao financiamento da seguridade social (RE nº 138.284).”

O colendo Supremo Tribunal Federal, que é a última palavra em

questões constitucionais, em decisões recentes, julgou legal e constitucional a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados, não reconhecendo qualquer ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimento e de proventos, conforme sustentam as informações. Neste sentido, o Recurso Extraordinário nº 176.520 e os Mandados de Segurança nºs 21.216 (RTJ 134/1.112), 21.335 (RTJ-138/492) RMS nºs 21.355 (RTJ 138/493) e 21.505 (RTJ 141/813) e citados nas informações. Os vencimentos e proventos do servidor público não estão imunes à incidência dos tributos e das contribuições. Está claro pelo artigo 40, § 6º, da Constituição Federal que:

“As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.”

Conclui-se que os proventos da aposentadoria estão sujeitos à incidência das contribuições para a seguridade social. O mesmo artigo 40, em seu § 4º, estabelece vigorar a igualdade em direitos entre o servidor da ativa e o da inatividade, assegurando que os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade. Foram também estendidos aos inativos o direito a quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

Assim sendo, é justo estender aos aposentados a obrigação legal dos servidores em atividade de contribuir para a Previdência Social. O aumento de contribuição do artigo 7º da Medida Provisória nº 1.415/1996, abriga tanto o servidor em atividade como o aposentado. Mas, a cobrança das contribuições sociais só poderá ocorrer após decorridos 90 (noventa) dias da data em que referida medida provisória for convertida em lei (artigo 195, § 6º, da CF), porque as medidas provisórias não convertidas em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, perdem a eficácia desde a edição (CF, artigo 62, parágrafo único). Não se pode instituir, por medida provisória, o aumento da citada contribuição porque, face ao disposto no § 6º do artigo 195 da Constituição Federal, a não ser que este prazo seja contado a partir da conversão da medida provisória em lei.

Dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 213.657 – BA

(Registro nº 99.0041106-4)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda
Advogados: Dylson da Hora Dória e outros
Recorrido: Município de Salvador
Advogados: Almir Silva Britto e outros

EMENTA: Administrativo – Recurso especial – Art. 535, II, CPC.

1. A entrega da prestação jurisdicional há de ser feita após o órgão julgador apreciar e decidir as questões suscitadas pelas partes e que, pela essencialidade possuída, são capazes de influenciar a conduta do julgado.

2. Preliminares a respeito da impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade de parte devem ser expressamente decididas com motivação clara e suficiente para boa compreensão.

3. As razões do acórdão devem explicitar o dispositivo legal regulador da posição assumida ou a matéria jurídica nele contida, para que as partes possam apresentar os seus recursos com segurança.

4. Existência de omissões e contradições no acórdão em questão que são reconhecidas.

5. Inteligência do art. 535, II, do CPC. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração, com a determinação de novo julgamento com a apreciação e decisão das questões suscitadas pela recorrente.

6. Provimento do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na conformidade do relatório, votos, notas taquigráficas e certidão de julgamento constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator o Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 24 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 11.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: A Construtora e Pavimentadora Sêrvia Ltda, vem, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, interpor recurso especial (fls. 2.012/2.036), irresignada com a decisão exarada no v. acórdão recorrido, proferida pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia (fls. 1.143/1.193), assim ementado:

“Ação ordinária, em que se objetiva a anulação de contratos celebrados entre a Municipalidade de Salvador, suas autarquias, empresas construtoras e outras entidades, com assunção de dívidas pela primeira, contratos esses considerados viciados e lesivos à Administração Pública Municipal.

Autor: O Município de Salvador. Sentença monocrática que julgou improcedente o pedido, excluindo da lide alguns réus, e que se viu hostilizada através da presente apelação.

Rejeição de todas as preliminares alçadas pelas partes litigantes, consoante os fundamentos alinhados ao longo deste aresto. Reconhecida a legitimidade do Município para propor a ação e mantida a exclusão de alguns dos demandados, de acordo com o r. decisório de 1ª instância, no mérito, deu-se provimento ao apelo, reformando-se o **decisum** singular, para declarar-se a nulidade dos contratos questionados, celebrados pelo Gestor da Municipalidade, à época, com as Construtoras e Pavimentadoras réus, envolvendo as autarquias municipais e o próprio Município e condenando as apeladas no pedido formulado na inicial, ficando, ainda, ressaltado ao município o direito de usar da ação apropriada que lhe convier, com respeito ao Ex-Gestor da Prefeitura de Salvador excluído da lide, para indenizar-se dos prejuízos, porventura sofridos, em decorrência da celebração de tais contratos, ora, declarados, nulos. Decisão unânime.”

A lide apresenta o panorama que passo a descrever.

O Município de Salvador, em data de 12.03.1990, ingressou em juízo com ação ordinária apontando como réus as pessoas físicas e jurídicas a seguir identificadas:

- a) Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda, a ora recorrente;
- b) Mário de Mello Kertész, ex-Prefeito Municipal de Salvador;
- c) Engepar – Engenharia e Participações Ltda;
- d) Banco da Bahia de Investimentos S/A;
- e) Banco Econômico S/A;
- f) Banco de Desenvolvimento do Estado da Bahia S/A.

A entidade autora, em sua petição inicial, descreveu os fatos motivadores do seu pedido final, do modo que passo a transcrever (fls. 3/7):

“A Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda e a Engepar – Engenharia e Participações Ltda, na administração do Sr. Mário de Mello Kertész, celebraram contrato com autarquias e empresas municipais, como a Superintendência de Urbanização da Capital – Surcap, Companhia de Renovação Urbana de Salvador – Renurb e Companhia de Equipamentos Comunitários – Faec, alguns para prestar-lhes serviços descritos como ‘obras de drenagem, terraplanagem, pavimentação, saneamento básico, contenção, urbanização e construção civil, em diversos logradouros situados em diferentes bairros da cidade de Salvador’ e como ‘contratação de mão-de-obra e aquisição de materiais, sob regime de administração contratada’; outros a pretexto de obter das autarquias e empresas municipais a prestação de serviços sempre rotulados como de ‘elaboração de estudos, anteprojetos, projetos executivos finais de engenharia, consultoria e fiscalização, bem como fornecimento de peças premoldadas’. (docs. anexos).

No primeiro caso, nada obstante a aparente legalidade dos contratos, o Município de Salvador, representado pelo Sr. Mário de Mello Kertész, acabou por assumir, indevida e ilegalmente, sem autorização legislativa, supostas dívidas das autarquias e empresas municipais, cujos valores foram acrescidos de juros escorchantes, superiores aos legalmente permitidos, tudo sem contar os fabulosos reajustes de preços concedidos ao arripio da lei, do edital de licitação e dos próprios contratos originários.

No segundo, os contratos celebrados pela Construtora e Pavimentadora Sérvia e a Engepar – Engenharia e Participações Ltda com as autarquias e empresas municipais não passaram de negócios simulados, realizados sem autorização legislativa, com o manifesto propósito de fraudar a lei, para o que se usou do seguinte expediente: a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda ou a Engepar – Engenharia e Participações Ltda simulavam a contratação de serviços às autarquias e empresas municipais, cujos pagamentos, a teor dos contratos, seriam feitos antecipadamente. No entanto, passados alguns dias, a autarquia ou empresa municipal contratada informava não ser possível executar o serviço nem devolver a quantia que recebera, dando lugar a que o Município de Salvador, sempre representado pelo Sr. Mário de Mello Kertész, indevida e ilegalmente, sem autorização legislativa, assumisse a restituição da quantia que, segundo se alega, fora paga antecipadamente à autarquia ou empresa municipal, à qual também eram acrescidos juros escorchantes, superiores aos legalmente permitidos.

Dir-se-á que, em face da proibição legal, essa simulação seria uma forma criativa de conseguir empréstimos e que estes empréstimos destinar-se-iam ao pagamento da folha de pessoal das autarquias e empresas municipais e até da administração centralizada, mas a verdade é que, além da legislação vigente vedar expressamente tal expediente, considerando nulos contratos dessa natureza, não se tem prova de que esse tenha sido o seu objetivo e as despesas de pessoal do Município, durante aquele período, não chegavam sequer a 10% (dez por cento) dos valores constantes dos contratos questionados.

Ademais, não sendo a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda e a Engepar – Engenharia e Participações Ltda instituições financeiras, não lhes seria lícito fazer empréstimos ao Município, muito menos cobrar deste juros superiores a 1% (um por cento) ao mês, pena de violar o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como Lei da Usura. E o pior é que, com a cobrança desses juros escorchantes, superiores aos de mercado, a suposta dívida assumida indevida e ilegalmente pelo Município de Salvador já foi paga algumas vezes, com o sacrifício da população, que ficou privada das obras e serviços que a cidade necessita, e dos servidores municipais, que tiveram os seus vencimentos aviltados.

Para completar a absurda e ilícita operação, a Engepar – Engenharia e Participações Ltda cederá os seus supostos créditos à Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda e esta, por sua vez, também cederá os seus pretensos créditos ao Banco da Bahia de Investimentos S/A, Banco Econômico S/A e Banco de Desenvolvimento do Estado da Bahia S/A, enquanto que o Município de Salvador, mais uma vez representado pelo Sr. Mário de Mello Kertész, após assinar, sem autorização legislativa, os malsinados contratos de confissão, assunção de dívida e cessão de crédito nos últimos dias do ano de 1988, outorgou procuração não só à Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda, mas também aos Bancos Cessionários, concedendo-lhes poderes para receber, diretamente do Banco do Estado da Bahia S/A, do Banco do Brasil S/A e da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, as cotas do ICMS, IPVA e FPM.

Merece registro, por outro lado, que alguns dos contratos questionados, como o de confissão e sub-rogação de dívida e liquidação de obrigações constante da escritura lavrada em 31 de outubro de 1988 no Cartório do 10^o Ofício de Notas desta Capital e os em que o Município de Salvador assumiu o pagamento de empréstimos contraídos pela Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda junto ao Banco de Desenvolvimento do Estado da Bahia S/A, não foram precedidos de contratos administrativos nem especificam os serviços e as respectivas faturas que teriam gerado os supostos débitos do Município, sendo que os últimos sequer indicam o valor dos queridos débitos.

Ora, esses contratos não passam de negócios simulados, realizados em flagrante desrespeito à lei e a normas constitucionais, sem a indispensável autorização legislativa, com o indisfarçável propósito de beneficiar pretensa credora. São, assim, todos eles, nulos de pleno direito. No entanto, de nada valeram os esforços da atual Administração no sentido de evitar a sangria de que é vítima mensalmente o Erário Municipal e, em consequência toda a comunidade, que fica privada de obras e serviços essenciais, como coleta de lixo, asfaltamento de vias públicas, restauração de praças, escolas, prédios públicos, etc. Daí não ter o Município outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário para ver reconhecida a nulidade dos contratos questionados e das procurações outorgadas para lhes dar execução, já proclamada administrativamente.”

Afirmou, a seguir, o Município de Salvador, como fundamentação jurídica do seu pleito, o que apresento abaixo, de forma resumida:

a) ser absoluta a nulidade dos contratos celebrados e acima referidos com as autarquias, com as empresas públicas e com o próprio Município, em face de representarem simulação de negócios não ocorridos, da ilicitude do seu objeto e pela falta de autorização legislativa;

b) a nulidade acima defendida decorre:

b.1 – da ausência de capacidade legal do Prefeito da época para assinar o contrato de assunção de dívida e cessão de crédito, por ausência de autorização legislativa e, mesmo se tal existisse, pela simulação presente nos negócios assumidos;

b.2 – de falta de objeto para validar os contratos firmados, pois “... embora realizados sob determinada roupagem, os contratos questionados tinham em conta fim ostensivamente diverso daquele que aparentemente perseguiam” (fl. 9);

b.3 – não obediência à forma legal, haja vista que “com efeito, contratos de obras e de serviços que são alguns dos objetos da impugnação, não poderiam ser firmados sem a observância do procedimento licitatório estabelecido em lei, enquanto que os contratos de confissão, assunção de dívida e cessão, através dos quais o Município de Salvador assumiu dívidas das autarquias e empresas municipais e da própria Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda, relativos aos empréstimos tomados por esta ao Banco de Desenvolvimento do Estado da Bahia S/A não poderiam ser celebrados sem autorização legislativa, isto se a autorização, na hipótese, pudesse ser dada” (fl. 10);

b.4 – de ser vedada pela CF/1988, art. 160, a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos decorrentes de repartição das rendas tributárias, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nesses compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos;

b.5 – ser impossível, no sistema constitucional vigente, o “autopagamento por meio de saques diretos das receitas tributárias de qualquer pessoa jurídica de direito público” por “óbice incontornável do art. 100 da Constituição da República”;

b.6 – exigir a CF que a despesa pública obedeça à lei orçamentária anual, pelo que a despesa há de seguir, rigorosamente, o princípio da legalidade;

b.7 – inexistência de cumprimento na celebração dos contratos impugnados da Resolução nº 62, de 28 de outubro de 1975, do Senado Federal,

que, em seu art. 6^a, “veda ao Município assumir compromissos com fornecedores, prestadores de serviços ou empreiteiros de obras, mediante emissão ou aval de promissórias, aceite de duplicata ou outras operações similares” (fl. 20).

O Município de Salvador, após a exposição dos fatos e dos fundamentos da lide, formulou o seguinte pedido (fl. 24):

“Diante de tudo quanto foi exposto, requer a V. Exa. que mande citar os réus, nos endereços já indicados, para que respondam, querendo, os termos desta ação (pena de revelia), que a final deverá ser julgada procedente para:

a) decretar a nulidade dos contratos e das procurações outorgadas para lhes dar execução;

b) liberar, em favor do Município de Salvador, as cotas do ICMS, IPVA e FPM que estejam ou venham a ser depositadas no Banco do Estado da Bahia S/A, no Banco do Brasil S/A e no Banco Econômico S/A;

c) condenar a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda e os cessionários a devolverem as quantias ilegal e indevidamente sacadas do ICMS, IPVA e FPM, pertencentes ao autor, acrescidas de juros e correção monetária;

d) condenar a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda, Engepar – Engenharia e Participações Ltda e o Sr. Mário de Mello Kertész a ressarcir ao autor as perdas e danos que este experimentou em decorrência das operações ilícitas e ilegais já mencionadas, que serão apurados em liquidação de sentença;

e) condenar os réus nas custas processuais e honorários advocatícios.”

A recorrente, Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda ao contestar a ação, alegou, em resumo, que:

a) falece legitimidade ao autor, Município de Salvador, para defender a nulidade dos contratos celebrados por autarquias e empresas públicas, por estas serem dotadas de personalidade jurídica própria, distinta e diversa da personalidade que o Município ostenta;

b) inexistir qualquer motivo para o Município argüir a ilegalidade dos contratos postos na inicial, pois o Chefe do Executivo da época, mesmo antes de sua posse, teve o mais amplo conhecimento dos fatos determinadores dos negócios firmados;

c) não padecer de “vício algum o contrato que a Sérvia celebrou com Faec, para administração de sua Fábrica de Equipamentos Comunitários, e que, mais tarde, fora transferido para Engepar, empresa criada pelo sócio e representante legal da Sérvia, com vista à finalidade específica de gerenciar a Faec. Não se trata de contrato simulado ou que apresente qualquer vício que comprometesse a sua celebração. Prova disto é que o mesmíssimo contrato celebrou a atual administração com a Engepar, depois que esta deixou de integrar o grupo Sérvia.

Igualmente nada há de censurável no contrato que a Sérvia realizou com a Renurb para aquisição dos pré-moldados, pagando-lhe por antecipação o preço da compra, mas sem que tivesse recebido da vendedora os equipamentos que lhe adquirira. O mesmo ocorre, aliás, com o contrato que celebrou com a Surcap, para execução de obras em diversos logradouros da cidade, o que foi inteiramente cumprido, como atestam as medições feitas pela própria Surcap.

Algumas das obras realizadas pela Sérvia, por solicitação da Prefeitura Municipal, tiveram financiamento parcial de órgãos federais, a exemplo do que se verificou com o revestimento do Rio Camurugipe, que contou com o apoio financeiro da Caixa Econômica Federal.

Afinal, os dois contratos com o desembanco também não padecem de defeito algum, sendo antes a fórmula encontrada para remover as dificuldades enfrentadas pela Prefeitura, para o pagamento de dívidas resultantes de obrigações assumidas pela Faec;”

d) não prevalecer a fundamentação da autora de que os contratos firmados só seriam válidos se lei municipal autorizasse, por dever se considerar sobre o tema contido no parecer do Prof. **Miguel Reale**, anexado à contestação pois “Trata-se, como dele se lê, de parecer que a Sérvia requereu lhe fosse ministrado a propósito da questão em debate, tendo-a enfrentado o consagrado jurista, para revolvê-la afinal em desfavor da tese do Município.

Como consta do parecer, a solução da causa em debate importa antes qualificar a natureza jurídica dos contratos em que interveio a Prefeitura de Salvador. Fê-lo o parecerista, depois de acurada análise em torno da matéria, concluindo tratar-se de contratos de transação, que o Chefe do Executivo municipal estava autorizado por lei a celebrar. E bem por isto é que

entendeu o parecer não assistir razão ao Município, quando pretende sejam tais contratos nulos, por falta de lei que os autorizasse.

Assim, como transação que é, diz o Prof. **Miguel Reale** que os contratos a que se refere o Município, nem contêm objeto que pudesse ser considerado ilegal, nem inobservam forma a que devessem sujeitar-se.

Como transação, prossegue o Mestre, tais contratos produzem em relação às partes os efeitos de coisa julgada, não podendo ser rescindidos senão “por dolo, violência ou erro essencial sobre a pessoa ou coisa controversa” (art. 1.030 do CC).

Não deixa, outrossim, o parecer, de defrontar-se com a questão em exame, sob o ângulo constitucional, o que faz para repelir a argüição de inconstitucionalidade que a Prefeitura faz com base no art. 100 da Constituição Federal.

Reportando-se à matéria e refutando o equívoco que o Município extrai do parecer do Prof. **Ives Gandra da Silva**, mostra o eminente **Miguel Reale** que o art. 100 da Carta Magna não permite e tão-só que “possam os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se autopagar, deixando de entregar os recursos necessários e que, pela Constituição têm direito tais entes federados na participação das receitas”.

Nenhuma proibição – continua o Prof. **Miguel Reale** – “deflui do art. 160 quanto às faculdades que têm os Municípios, ao firmarem atos negociais regidos pelo Direito Privado, de darem em garantia das obrigações por ele assumidas, valores representados pelas quotas que integram o fundo de participação”.

De considerar afinal que as garantias que o Município prestou, na hipótese, não o foram a empréstimos que tivesse realizado, o que torna mais ainda acentuada a sua desrazão quando pretende inquinar de nulas tais garantias, com base em disposições legais que, ou se relacionam com empréstimos ou com a capacidade de endividamento de entes públicos” (fls. 799/801).

O acórdão recorrido, reformando a sentença de primeiro grau, declarou: “nulos os contratos questionados, celebrados pelo Gestor da Municipalidade, à época, com a Construtora e Pavimentadora Sérvia Ltda e Engepar – Engenharia e Participações Ltda envolvendo as apeladas no pedido formulado na inicial, excetuando as instituições bancárias, em razão

da sua exclusão da lide, pelos motivos já expostos e o ex-Prefeito Mário de Mello Kertész, sendo que, em relação a este último, fica ressalvada à Municipalidade o direito de usar da ação adequada que lhe convier, para indenizar-se dos prejuízos, porventura sofridos, em decorrência da celebração de tais contratos, ora declarados nulos” (fls. 1.165/1.166).

Os fundamentos do acórdão recorrido são, no que interessa ao julgamento do recurso especial em exame, os seguintes:

a) ser o Município parte legítima para propositura da ação, em face de que “sendo elas empresas municipais, os ônus dos seus envolvimento nos vários contratos celebrados, seriam, afinal, suportados pela Municipalidade, se não cumpridos, para não se falar nos demais contratos de assunção de dívidas dessas autarquias, pelo Município, contraídas por elas com as empreiteiras em questão, de que narram os autos e que serão analisados quando do exame do mérito”;

b) serem nulos os contratos acostados aos autos, por existir neles vários indicativos de que “tais contratos celebrados entre a Administração Municipal de então, e as demais recorridas, não excluídas da lide, todos estes direta ou indiretamente celebrados com a Municipalidade, são inválidos e nenhum efeito podem produzir, eis que, totalmente ilegais e lesivos ao interesse público, não só porque celebrados nos últimos dias do mandato do Gestor Público de então e sem a devida autorização legislativa, com a assunção de supostas e vultosas dívidas de suas autarquias, quando estas têm autonomia econômica e financeira, sem qualquer beneplácito dos outros Poderes, com a inserção de cláusulas altamente prejudiciais ao Município, quebrando inclusive, aquele princípio da Supremacia do Poder Público, mesmo quando celebra contratos com os particulares, com o comprometimento, inclusive, dos recursos municipais, para as gestões que se lhe seguiriam, com as autorizações dadas às empreiteiras para se cobrarem diretamente aos bancos, das cotas-partes municipais de ICMS, IPTU e outros tributos, tudo isso está a exigir uma declaração de nulidade de tais contratos, consoante as diretrizes seguidas no encaminhamento desses considerandos.

Não se pode, pois, aceitar, **data venia**, a fundamentação da ilustre magistrada de Primeiro grau quanto a entender legítimos os atos praticados pelo ex-Prefeito Mário Kertész, ante à inércia da Administração que o substituiu. Fossem quais fossem as razões que levaram o Prefeito substituído a não se insurgir contra os atos praticados pela Administração anterior,

nada impedia que a gestão atual viesse a fazê-lo, mesmo porque, como já afirmamos, no âmbito do Direito Administrativo, a preservação do interesse público deve estar acima de tudo e o que é nulo, de pleno direito, não permitindo a convalidação, podendo o Poder Público, até de ofício, proclamar essa nulidade a qualquer momento ou provocar a intervenção do Judiciário, como o fez nesta oportunidade o Município recorrente.

Mesmo porque qualquer cláusula que contrarie esse interesse público ou consubstancie em renúncia a direitos e poderes da Administração, será considerada como não escrita.

Mais uma vez, servindo-se das lições do Mestre **Celso Antônio Bandeira de Mello**, em seu judicioso parecer, endossa-se também, o seu entendimento, quando fala sobre o seqüestro das verbas municipais pela Sérvia, na presente lide; aqui, tais saques eram feitos devidamente autorizados pelo Prefeito de então, para pagamento dos supostos créditos das construtoras junto à Prefeitura Municipal.

Mas, como assevera, o ilustre parecerista, “cabe à Administração Municipal não só o poder, mas o dever jurídico incontornável, de libertar o Município de cerceios que foram impostos **contra jus**, reassumindo a senhoria sobre as referidas cotas de participações no ICMS e, acréscimo, e outras verbas, e das quais não se pode despir, em nenhuma hipótese”.

Nulos, pois, são os contratos celebrados que foram impugnados pela recorrente, durante a gestão do Sr. Mário Kertész, com a Construtora Sérvia e a Engepar – Engenharia e Participação Ltda, com as autarquias e empresas municipais nominadas na inicial e os contratos de confissão, assunção de dívida e cessão de crédito, pela ilicitude do seu objeto, falta de autorização legislativa e nocivos ao interesse público, bem como, também, nulas são as autorizações dadas por aquela Administração Municipal, bem como as cláusulas contratuais que comprometem as cotas de ICMS, IPTU e outras, conferidas aos credores para que nelas se saciassem, junto às instituições bancárias mencionadas, pelas razões expostas no citado parecer”;

c) a recorrente, por via de embargos de declaração, apontou omissão no supramencionado acórdão, entendendo que a decisão não cuidou de solucionar manifestações recursais que apresentou sobre: a impossibilidade jurídica do pedido e aplicação do art. 267, VI, do CPC, no tocante à alegada preliminar de carência de ação por ilegitimidade do Município.

Em sede, ainda, de embargos de declaração, defendeu existir contração no acórdão ao afirmar que, não obstante a autonomia das autarquias

e das empresas públicas, o Município pode responder por suas obrigações contratuais. Idem quando “considera os fatos da causa controvertida e, nada obstante, admitir-se o seu julgamento antecipado, mesmo havendo a parte a quem aproveitou a decisão, reconhecida a necessidade de prova em audiência” (fl. 1.176).

Insiste o recorrente, por último, em apontar no acórdão recorrido:

a) omissão por não indicar os documentos que o levaram à convicção de serem nulos os contratos;

b) omissão, também, por não dizer o acórdão qual a lei que proíbe o Prefeito de firmar contratos no final de sua gestão, considerando tal prática em atentado à moralidade pública;

c) omissão, também, por não se pronunciar quanto à extensão dos efeitos da nulidade declarada.

Os referidos embargos foram rejeitados.

A recorrente insistiu com novos embargos de declaração que resultaram rejeitados (fl. 2.009).

O recurso especial interposto aponta como violados:

a) o art. 535 do CPC, por o Tribunal **a quo** ter se negado a suprir os defeitos de omissão e de contradição no acórdão que já foram acima apontados;

b) os arts. 236, § 1º, 165 e 126, do CPC;

c) art. 1.025 do Código Civil;

d) art. 964 do Código Civil;

e) arts. 102, 103 e 105, do Código Civil;

f) art. 3º do CPC;

g) art. 267, VI, do CPC;

h) art. 131 do CPC;

i) arts. 458, II, e 165, do CPC.

O Município, ao responder ao recurso especial, sustentou o não cabimento do mesmo, alegando ausência de violação ou negação de vigência dos dispositivos legais apontados pela recorrente. Pede a manutenção do acórdão pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O venerando acórdão recorrido decretou a nulidade dos seguintes contratos:

a) o de empreitada Asjur nºs 12/1986 e 21/1987, que a ora recorrente celebrou com a Surcap – Superintendência de Urbanização da Capital, autarquia municipal, para execução de obras de drenagem, terraplanagem, pavimentação asfáltica, contenção, urbanização, instalações e construção civil, em diversos logradouros dos mais diferentes bairros da cidade de Salvador-BA;

b) de prestação de serviços que a Sérvia firmou com a Companhia de Renovação Urbana de Salvador – Renurb, sociedade de economia mista municipal, contrato firmado por instrumento particular de 28.11.1988, tendo por objeto a execução de serviços por parte da Renurb, para elaboração de estudos de anteprojetos, projetos executivos finais de engenharia, consultoria e fornecimento de peças pré-moldadas;

c) da confissão de dívida, através dos quais o Município de Salvador assume os débitos da Surcap e da Companhia de Equipamentos Comunitários – Faec, subsidiária integral da Renurb, para com a Sérvia;

d) de cessão de créditos que o Município fez à Sérvia, tendo por objeto as suas quotas no produto da arrecadação do ICMS, IPVA e FPM.

A recorrente, ao impugnar o acórdão que anulou os supramencionados contratos, apontou, inicialmente, negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC, sob o entendimento de existência de omissão e contradição no corpo do julgado.

Esse inconformismo da recorrente passa a ser examinado, em grau preferencial aos demais fundamentos que sustentam o recurso especial.

A recorrente afirma, em primeira manifestação, que o acórdão omitiu-se “quanto às razões pelas quais julgaria extemporânea a preliminar argüida de ilegitimidade **ad causam** do Município de Salvador, sobretudo, considerando-se que o art. 267, § 3º, CPC, permite a sua argüição, em qualquer tempo e grau de jurisdição”, apresentando-se contraditório “ao afirmar e negar, ao mesmo tempo, a autonomia financeira das entidades da administração indireta do Município – autarquia e sociedade de economia mista – que, independentemente de sua iniciativa e, mais, sem a sua participação no processo, tiveram declarados nulos os contratos que firmaram com a Sérvia.”

O exame do acórdão recorrido revela existência de omissão quanto aos temas acima suscitados pela recorrente.

Extraio do aresto em questão, a respeito, o seguinte pronunciamento (fls. 1.143/1.144):

“Ação ordinária, em que se objetiva a anulação de contratos celebrados entre a Municipalidade de Salvador, suas autarquias, empresas construtoras e outras entidades, com assunção de dívidas pela primeira, contratos esses considerados viciados e lesivos à Administração Pública Municipal.

Autor: O Município de Salvador. Sentença monocrática que julgou improcedente o pedido, excluindo da lide alguns réus, e que se viu hostilizada através da presente apelação.

Rejeição de todas as preliminares alçadas pelas partes litigantes, consoante os fundamentos alinhados ao longo deste aresto. Reconhecida a legitimidade do Município para propor a ação e mantida a exclusão de alguns dos demandados, de acordo com o r. decisório de 1ª Instância, no mérito, deu-se provimento ao apelo, reformando-se o **decisum** singular, para declarar-se a nulidade dos contratos questionados, celebrados pelo Gestor da Municipalidade, à época, com as Construtoras e Pavimentadoras réus, envolvendo as autarquias municipais e o próprio Município e condenando as apeladas ao pedido formulado na inicial, ficando, ainda, ressalvado ao Município o direito de usar da ação apropriada que lhe convier, com respeito ao Ex-Gestor da Prefeitura de Salvador excluído da lide, para indenizar-se dos prejuízos, porventura sofridos, em decorrência da celebração de tais contratos, ora, declarados, nulos. Decisão unânime.”

Do exposto, conclui-se que:

a) não foi explicitada a razão pela qual a preliminar foi considerada extemporânea;

b) ao se esclarecer porque a preliminar era irrelevante, alegou-se, apenas, o fato dos ônus contratuais firmados pelas empresas municipais terem de ser suportados pelo Município, sem se apontar a motivação legal desse entendimento;

c) haver contradição na afirmação de que, muito embora possuam as

autarquias e empresas públicas personalidades jurídicas próprias, seus encargos contratuais são respondidos pelo Município, notadamente, porque as autarquias e empresas públicas referidas não foram chamadas a participar da lide.

A respeito, necessário se faz que o acórdão, ao considerar que o Município tem legitimidade para, em nome próprio, questionar contratos de empreitada firmados por suas autarquias e empresas, sem que ele tenha participado de tais contratos, esclareça a fundamentação jurídica determinadora de tal conclusão, considerando o teor dos arts. 3º e 6º do CPC, além da regra do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967.

É sabido que cabe ao Poder Judiciário motivar, de modo lógico, as suas decisões, entregando, satisfatoriamente, a prestação jurisdicional solicitada pelas partes. O compromisso do julgador é o de expedir pronunciamento compreensível acerca de todas as questões que lhe foram apresentadas pelos litigantes, dizendo qual a regra jurídica a qual vinculou-se para proferir a sua decisão.

O acórdão principal não expôs, nem também o fez o dos embargos de declaração, as razões jurídicas que determinaram o posicionamento do Tribunal a entender que o Município de Salvador possui legitimidade para, em nome próprio, promover ação com o fim de anular contratos firmados por suas autarquias e empresas públicas.

Essa questão apresenta-se de suma importância para as partes e, conseqüentemente, para a apreciação dos recursos, em face do entendimento doutrinário e jurisprudencial de que os entes da administração indireta possuem personalidade jurídica própria e são diretamente responsáveis pelos atos expedidos e contratos firmados, respondendo, diretamente, em juízo, por suas ações.

Esclareço que o acórdão, em sua conclusão, anulou todos os contratos, incluindo-se, em tal decisão, os firmados por autarquia e empresa pública com a recorrente.

Indiscutível é a legitimidade do Município para discutir o contrato de assunção de dívida e cessão de crédito por ele assumido.

Há, porém, que o acórdão esclarecer, suprimindo a omissão nele existente, porque, juridicamente, reconheceu legitimidade ao Município para pleitear a nulidade de contratos com entidades da administração indireta, após tais contratos terem produzido efeitos, sem que as referidas entidades tenham, a qualquer tempo, argüido vício de existência, de validade, de eficácia e de efetividade de tais negócios jurídico-administrativos.

O acórdão apresenta-se, também, omissa em não apontar a fundamentação jurídica que o levou a considerar nulos alguns dos contratos questionados, por terem sido celebrados, pelo então Prefeito de Salvador, nos últimos dias do período de seu mandato eletivo.

Os embargos declaratórios interpostos não foram suficientes para que a recorrente conhecesse os motivos determinadores de tal conclusão, necessários para a formalização de recurso a interpor.

Não considero o acórdão omissa, nem contraditório, no referente à preliminar de cerceamento de defesa, por ter a lide sido julgada de modo antecipado.

No particular, está no aresto em questão motivação que tenho como suficiente para completa compreensão do julgado. Confira-se:

“Debalde a recorrente procurou superar a contradição. Os embargos declaratórios opostos, com essa finalidade, se viram rejeitados, **in verbis**:

‘Ao rejeitar o acórdão, ora embargado, a preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, suscitada pela Municipalidade, entendeu claramente que, em se tratando de nulidade de contratos, dispensável seria a produção de prova em audiência e, especificamente, da perícia, como já fizera o Juízo de primeiro grau, ao fundamento de que os contratos acostados aos autos, entre eles os de assunção de dívidas, os celebrados com as empresas municipais e as autorizações para os saques diretos das verbas públicas municipais nos bancos autorizados e tantos outros documentos, davam a medida exata para o julgamento antecipado da lide...’”

Ora, bem claro está que se dispensou prova em audiência porque os documentos depositados nos autos apresentavam-se como suficientes para que o julgamento fosse prolatado.

Outrossim, a recorrente, ao suscitar a referida omissão no acórdão, não agiu com horizontalidade quanto às posições jurídicas assumidas durante o curso da lide, haja vista que, ao apresentar as contra-razões da apelação interposta pelo Município recorrido, defendeu tese em sentido contrário.

É o que consta às fls. 1.072/1.074 dos autos:

“Também desprocede a preliminar de cerceamento de defesa.

Não cabe falar em cerceamento de defesa na hipótese. Inexistiu o delirado cerceamento de defesa, posto que a matéria em exame é só de direito, sendo despicienda qualquer instrução probatória.

Como se sabe, a necessidade, ou não, da realização de provas em audiência depende da convicção do magistrado no momento do julgamento da causa. As circunstâncias e as peculiaridades de cada caso é que farão com que a faculdade assegurada pelo art. 333, inc. I, do CPC, seja utilizada.

Cabe, sem dúvida, ao juiz determinar-se quanto às provas necessárias à instrução do processo. Não seria, evidentemente, por meio de testemunhas, através de perícia ou depoimentos pessoais que poderia o apelante fazer prova da desconstituição do direito dos apelados. Afinal:

‘a colheita de provas, para o julgamento, é ato privativo do julgador, não sendo possível qualquer interferência no sentido de ser admitida outra forma para o convencimento. A quem está afeto o julgamento é que compete decidir da necessidade desta ou daquela prova, para a formação do convencimento’ (Rev. dos Tribs. 477/197; Rev. For. 254/306).

No mesmo sentido: Ag nº 12.051-MG, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 28.06.1991, p. 8961.

Por considerar de direito a questão, o juiz **a quo** não cerceou a defesa do apelante, ao desprezar a produção de provas em audiência, uma vez que delas prescindia o seu julgamento.”

A mudança de entendimento operada pela recorrente, presente na via do recurso especial em exame, não proporciona demonstração da certeza do direito pleiteado, além da perplexidade causada.

Apresenta-se omissis o acórdão quanto à questão suscitada pela recorrente, nas contra-razões da apelação e em sede de embargos de declaração, no sentido da impossibilidade jurídica do pedido feito pelo Município, tendo como base a simulação para pleitear a nulidade de contratos por ele próprio – Município – assinados.

Confiro que nas contra-razões da apelação apresentadas em segundo grau, pela ora recorrente, às fls. 1.078/1.081, foi argumentado:

“No caso em questão, de acordo com o apelante, teria havido simulação ou porque as partes, sob a roupagem de contrato de prestação de serviços, mascarariam empréstimo de dinheiro vedado em lei, ou porque confessaria e assumiria o Município de Salvador dívidas inexistentes, visando beneficiar a apelada Sérvia, tudo com violação da lei e manifesto prejuízo do recorrente.

A questão é nova. Não a suscitou o apelante durante todo o processo, por isso que dela não há de conhecer o órgão **ad quem**. Quando, entretanto, dela fosse possível conhecer-se, ressaltaria, desde logo, clara e irrefutável, a conclusão conforme a qual a sua pretensão se resente de possibilidade jurídica. Com efeito, consoante com os nossos melhores processualistas, o entendimento de que o autor somente será titular do direito público de ação, se, em tese, o direito objetivo material admitir o pedido (v. por todos **Galeno Lacerda**, Despacho Saneador, p. 79). E não há a menor dúvida de que o nosso Direito objetivo material, nos arts. 104 e 105 do Código Civil, torna defeso ao parceiro da simulação fraudulenta propor ação contra a cúmplice visando a invalidar de alguma forma o negócio que concertaram.

É bem o que ocorreria, no caso, onde o Município de Salvador acionaria a sua cúmplice, para anular negócios jurídicos de que participariam, escamoteando a realidade, para violar a lei.

Veda-o o art. 104 do Código Civil. A proibição de um dos contratantes alegar a simulação, em juízo, contra o outro, inspira-se em regra ética de que ninguém pode alegar em seu proveito a própria milícia.

Em comentário ao art. 104 do Código Civil, o consagrado **Pontes de Miranda**, referindo-se aos figurantes do ato simulado, adverte que, ao contrário de terceiros, não têm os mesmos ação constitutiva negativa, pois estão presos ao simulacro, sendo a lei claríssima nesse ponto.

No art. 104 – prossegue o insigne tratadista – ‘o Código Civil pré-exclui a legitimação dos figurantes quando a simulação foi ou pode ser danosa a terceiros ou infringiu ou infringe regra jurídica’. E, a acentuar a injustiça das críticas endereçadas ao art. 104, **Pontes de Miranda** ensina que os juristas vinculados a esse pensamento não atentaram para que ‘desde o momento em que alguém manifestou a vontade do ato ostensivo, prejudicando a outrem, ou violando a lei, quis o ato ostensivo’ (Tratado de Direito Privado, vol. 4^a, pp. 396 e segs.).

Nesse mesmo sentido: **Alfredo Buzaid** (Ação Declaratória, p. 151, nº 118); **Serpa Lopes** (Curso de Direito Civil, vol. 1ª, 5ª ed., 1971, p. 400); **Washington de Barros Monteiro** (Curso de Direito Civil, v. 1ª/212. Parte geral, ed. 1975, Saraiva), e **Homero Prates** (Ato Simulado e Atos em Fraude à Lei, Freitas Bastos, Rio, 1958, pp. 178-179), este, ao advertir de que ‘entre nós, só quando inocente a simulação é que assiste aos contraentes o direito de usar da ação declaratória de simulação, ou opô-la sob a forma de exceção, em litígio de um contra o outro ou contra terceiros’.

Ora, a simulação argüida pelo apelante não se configuraria sem que o Município de Salvador não tivesse concorrido para a sua prática, como o recorrente confessa ter se verificado, descrevendo, com detalhe, o seu comportamento no ‘roteiro da simulação’, que, como ainda alega, teria visado a burla à lei. E porque assim o fosse, não teria o Município ação para invalidação do negócio, a que se vinculou. Proíbe-o os arts. 102 e 105 do Código Civil, uma vez que **nemo de improbitate sua consequitur actionem**. Não ladeia a proibição, pretender o apelante dissociar a pessoa do seu ex-Prefeito, Sr. Mário Kertész, do Município que então representava. Firmando os contratos como representante da Prefeitura de Salvador, o Sr. Mário Kertész não se vincularia pessoalmente a tais negócios. Assim os atos que praticou o foram pelo próprio Município de Salvador, o que o impede de argüir a simulação contra o seu alegado cúmplice.

Mas quando não fosse porventura juridicamente impossível a pretensão do apelante, prescrita estaria a ação por ele proposta, visando a anulação dos contratos questionados sob o vício da simulação.

Assim é, com efeito. Se ‘nenhuma simulação, no Direito Brasileiro, tem sanção de nulidade’ (**Pontes de Miranda**, ob. cit., p. 405, § 479, nº 2) e se a ‘ação de simulação fraudulenta’ está sujeita à prescrição quadrienal (Código Civil, art. 178, § 9º, V, b), não se pode duvidar de que, na hipótese, se ache irremediavelmente prescrita a ação.

É que os contratos que se pretende anular, sob a alegação do vício da simulação, datam de mais de 4 anos do ajuizamento da ação.”

Nos embargos de declaração de fls. 1.172/1.174, o mesmo tema foi agitado, conforme transcrevo:

“Embora trate de preliminar relativa à ilegitimidade do Município de Salvador, para impugnar contratos firmados por entidades da sua

administração descentralizada, o venerando aresto não cuida da argüição que também se fez, tendo por objeto a impossibilidade jurídica do pedido que constitui objeto da ação.

Trata-se, aliás, de argüição que renova o constante das razões da recorrida Sérvia, **in verbis**:

‘... a simulação argüida pelo apelante não se configuraria sem que o Município de Salvador não tivesse concorrido para a sua prática, como o recorrente confessa ter se verificado, descrevendo, com detalhe, o seu comportamento no ‘roteiro da simulação’, que, como ainda alega, teria visado a burlar a lei. E porque assim o fosse, não teria o Município ação para invalidação do negócio, a que se vinculou. Proíbe-o os arts. 102 e 105 do Código Civil, uma vez que **nemo de improbitate sua consequitur actionem**. Não ladeia a proibição, pretender o apelante dissociar a pessoa do seu ex-Prefeito, Sr. Mário Kertész, do Município que então representava. Firmando os contratos como representante da Prefeitura de Salvador, o Sr. Mário Kertész não se vincularia pessoalmente a tais negócios. Assim os atos que praticou o foram pelo próprio Município de Salvador, o que o impede de argüir a simulação contra o seu alegado cúmplice.’

Mas, no que pese isto, do acórdão não consta uma única palavra que fosse acerca de quanto questionado. Numa palavra, não decidiu o julgado sobre se era ou não juridicamente admissível o pedido de nulidade formulado por quem participou da simulação argüida. Enfim, não há decisão alguma quanto à impossibilidade jurídica do pedido, como uma das condições a que se subordina o direito da ação.

Cumpre, **data venia**, sanar-se a omissão apontada.”

O acórdão dos embargos não respondeu ao questionamento supra insistentemente pedido pela recorrente (tanto nas contra-razões da apelação, como nos embargos de declaração interpostos).

O pronunciamento do aresto embargado, a título de responder a tal questionamento, está assim posto (fls. 1.188/1.189):

“Sobre a impossibilidade jurídica do pedido que, como afirmou o ilustre causídico da embargante, constituiu objeto da ação, embora a mesma já tivesse sido ultrapassada, no Juízo de primeiro grau, aqui

renovada, e que, por ela, não teria o Município ação para invalidar o negócio a que se vinculou, porque o Sr. Mário Kertész, como representante do Município de Salvador, àquela época, quando praticou tais atos o fez em nome da Municipalidade.

Sobre esse tema, aliás, o aresto embargado discorre, ao longo de seu curso, quando afirma, citando o conceituado jurista Prof. **Celso Antônio Bandeira de Melo**, em alguns dos seus trechos, que as duas causas mais importantes da extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos são a revogação e a anulação ou invalidação, sendo que na invalidação fulmina-se um ato viciado, com efeito retroativo, ou uma relação jurídica dele nascida, por haver sido produzido em desconformidade com a ordem jurídica.

E, prosseguindo, preleciona o emérito administrativista, às fls. do acórdão: ‘... que os sujeitos ativos da invalidação tanto podem ser a Administração quanto o Judiciário. A primeira, atuando por provocação do interessado, por denúncia de terceiro, ou espontaneamente: o segundo, apenas quando da apreciação de alguma lide’.

E mais, adiante, diz-se no aresto, a esse respeito:

‘Não se pode, pois, aceitar, **data venia**, a fundamentação da ilustre Magistrada de primeiro grau quanto a entender legítimos os atos praticados pelo ex-Prefeito Mário Kertész, ante à inércia da Administração que o substituiu. Fossem quais fossem as razões que levaram o Prefeito substituto a não se insurgir contra os atos praticados pela Administração anterior, nada impedia que a gestão atual viesse a fazê-lo, mesmo porque, como já afirmamos, no âmbito do Direito Administrativo, a preservação do interesse público deve estar acima de tudo e o que é nulo, de pleno direito, não permitindo a convalidação, podendo o Poder Público, até de ofício, proclamar essa nulidade a qualquer momento ou provocar a intervenção do Judiciário, como o fez nesta oportunidade o Município recorrente.

Mesmo porque qualquer cláusula que contrarie esse interesse público ou consubstancie em renúncia a direitos e poderes da Administração será considerada como não escrita.’

Ora, as razões acima alinhadas não têm qualquer vínculo com a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido do Município, por alegar existência de simulação em contrato que ele participou.

Necessário que o egrégio Tribunal **a quo**, de modo explícito e direto, emita, em complementação ao acórdão, pronunciamento positivo ou negativo sobre a impossibilidade jurídica do pedido, conforme argüido pela recorrente, para que a prestação jurisdicional solicitada seja entregue por inteiro.

Postas tais considerações, conheço do recurso por negativa de vigência do art. 535, II, do CPC, dando-lhe provimento para anular os acórdãos dos embargos de declaração interpostos nas partes em que foram rejeitados para suprirem as omissões e contradições detectadas no acórdão principal e que foram objeto de apreciação e definição no curso do presente voto.

Em consequência, por necessitar do acórdão principal ser completado, suprindo-se as omissões aqui apontadas e afastando-se as contradições comentadas, determino que os autos voltem ao egrégio Tribunal de origem para que a Turma Julgadora, em cumprimento a esta decisão, pronuncie-se sobre as questões já evidenciadas, complementando, portanto, o julgado e abrindo-se prazo para os recursos cabíveis.

Prejudicados ficam, portanto, o exame e julgamento dos demais dispositivos legais apontados pela recorrente como tendo sido violados.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 215.349 – MG

(Registro nº 99.0044227-0)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Milton dos Reis
Advogados: Andréia Moraes de Oliveira Mourão e outros
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: Elaine Coura e outros

EMENTA: Tributário – Execução fiscal – Embargos – Art. 135, III, CTN.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

2. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. Não é responsável por dívida tributária, no contexto do art. 135, III, CTN, o sócio que se afasta regularmente da sociedade comercial, transferindo suas quotas a terceiro, sem ocorrer extinção ilegal da empresa.

4. Empresa que continuou em atividade após a retirada do sócio. Dívida fiscal, embora contraída no período em que o sócio participava, de modo comum com os demais sócios, da administração da empresa, porém, só apurada e cobrada três anos depois do aditivo contratual que alterou a composição societária.

5. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na conformidade do relatório, votos, notas taquigráficas e certidão de julgamento constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 31 de agosto de 1999 (data do julgamento).

Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Presidente.

Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

Publicado no DJ de 11.10.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Milton dos Reis apresenta recurso especial para modificar acórdão que, após rejeitar preliminares de nulidade de penhora do processo, confirmou sentença de primeiro grau proferida em sede de embargos de devedor.

O acórdão questionado não aceitou as alegações do recorrente no sentido de:

a) ser nula a penhora, por ter faltado citação da firma, a devedora principal, haja vista que foi condenada pela sua qualidade de ex-sócia;

b) ser nulo o processo, por falta de citação dos demais coobrigados, uma vez que tal providência foi requerida, porém, indeferida;

c) que o embargante só poderia ser responsabilizado se houvesse abuso de gestão, sem contar que já não fazia parte da sociedade por ocasião da inscrição da dívida, pois deixou a sociedade em junho de 1992;

d) que a responsabilidade do embargante estaria limitada ao total do capital social totalmente integralizado;

e) ser impossível a aplicação da TR como indexador da correção monetária.

O recorrente, em suas alegações, aponta ser o recurso cabível por o aresto:

a) ter negado vigência aos artigos 669 e 738 do CPC, conforme inteligência do art. 569 do mesmo diploma processual;

b) ter violado os arts. 591, 592, II, do CPC; o art. 350 do Código Comercial; o art. 2º do Decreto nº 3.708/1919 e o próprio art. 135, III, do CTN;

c) ter divergido de jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, por haver o recorrente deixado o quadro social da empresa executada, em 29.06.1992, transferindo suas quotas sociais aos sócios remanescentes que continuaram a operá-la regularmente, sem dissolução, nem tendo, também, praticado qualquer ato ilegal de gestão, não lhe cabe responder pelos débitos fiscais apurados em qualquer período.

O Estado de Minas Gerais, em contra-razões, argumenta que o recurso especial não deve ser conhecido por:

a) a divergência jurisprudencial não ter sido demonstrada, em face de os acórdãos apresentados para confronto cuidarem de situações diferentes postas no julgado hostilizado;

b) ser impossível resolver questões de fato e de direito local em sede de recurso especial;

c) não ter sido demonstrada a existência de contrariedade ou negativa de vigência a qualquer dispositivo de lei federal.

Quanto ao mérito, alega o Estado recorrido que correta está a decisão impugnada, porque está assentado o entendimento de que “os bens particulares do sócio respondem pelas dívidas da sociedade, ou seja, a lei assim autoriza quando houver prática de abuso ou violação do contrato ou da lei, ou resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O recorrente, guardando fidelidade à prova depositada nos autos, expõe, de forma resumida, os fatos componentes da lide, do modo seguinte (fls. 126/127).

“Em resumida síntese, a recorrida aforou execução fiscal contra a empresa ‘Janjão Modas Ltda’ pretendendo receber crédito tributário relativamente à competência, novembro e dezembro de 1991 e janeiro e fevereiro de 1992. Sucede entretanto, que o recorrente, não obstante ter sido incluído na relação processual, como coobrigado, em 29.09.1995, fl. 10, dos autos da execução, desde 29 de junho de 1992, já havia deixado o quadro social da executada, conforme alteração do contrato social da mesma, devidamente registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – Jucemg – sob o nº 1.132.174, doc. de fls. 14/17, destes autos de embargos. Portanto, quando de sua inclusão na relação processual, o mesmo já não mais pertencia ao quadro societário da executada por mais de 3 (três) anos.

E mais, ressalte-se que a empresa executada não alterou o seu funcionamento, permanecendo em plena atividade, o que equivale dizer que a mesma continuou explorando o mesmo ramo de negócio com os sócios remanescentes, sem qualquer solução de continuidade.

Acontece que, regularmente citado e após sofrer penhora em bens imóveis de sua exclusiva propriedade, consistente dos lotes de números 30 (trinta) e 31 (trinta e um) da Quadra 14 (quartoze), do Bairro Ville de Montaigne, no Município de Nova Lima-MG, interpôs oportunos embargos à execução, tendo o recurso sido julgado improcedente em primeira instância, não obstante o ilibado parecer do ilustre representante do Ministério Público, fl. 47, **verbis**:

‘De fato, a **mens legem** deve ser interpretada com acuidade. No caso dos autos o embargante/executado figurava como sócio-gerente, com poder de gestão sobre a empresa, e presume-se, com poder de decisão. É jurisprudência pacífica do STF que não responde o sócio pelas obrigações de natureza fiscal da sociedade por cotas de responsabilidade limitada sem a prova de que tenha ele praticado ou participado de ato prejudicial à Fazenda Pública, com infração de lei ou contrato social, o que não se presume, impõe nesse caso, a prova idônea daqueles pressupostos.’

Atempadamente, o recorrente aviou recurso de apelação para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, colacionando farta jurisprudência acerca da ilegitimidade e ilegalidade da constrição, bem como a ausência dos pressupostos fáticos/jurídicos para torná-lo responsável direto pelo crédito tributário exequendo.

Isto posto, sobreveio o acórdão recorrido, fls. 96/109-TJ, confirmando a sentença de primeiro grau, deixando, como se impunha, de enfrentar conveniente a tese agitada pelo recorrente, notadamente em relação a sua ilegitimidade para funcionar no pólo passivo do feito executivo, no que o recorrente aviou também embargos declaratórios, não logrando do egrégio Tribunal **a quo** qualquer êxito quanto às razões expendidas nos declaratórios. Assim, de recurso especial vem o sucumbente rogar o seu processamento e provimento pela Corte Especial para o fim de ser celebrada a tão aspirada justiça.”

O acórdão recorrido, ao confirmar a improcedência dos embargos entendeu:

a) ser despropositado o pedido de decretação da nulidade da penhora, sob a alegação de inexistir citação da firma (a devedora principal), por constar nos autos de execução fiscal certidão de citação da referida empresa, com o registro de que não foram encontrados bens suficientes para penhora;

b) rejeitar a alegada nulidade do processo, por falta de citação dos demais coobrigados, por considerar que tal ato ocorreu, completando-se a relação processual;

c) ser indubitável a responsabilidade do recorrente, em face da dicção

do art. 135, III, do CTN, tendo em vista que a dívida ativa é decorrente de crédito tributário não contencioso (falta de recolhimento de ICMS referente aos meses de novembro e dezembro de 1991, janeiro e fevereiro de 1992), enquanto o seu afastamento da empresa ocorreu em 29 de junho de 1992;

d) ser a TR meio de atualização monetária de obrigação fiscal, a partir de fevereiro de 1991.

Examino a primeira invocação do recorrente, no sentido de que o aresto negou vigência aos artigos 669 e 738 do CPC, em combinação com o art. 569 do mesmo diploma processual.

No entender do recorrente, a negação de vigência dos referidos artigos ocorreu porque a lei exige, de modo obrigatório, a intimação da penhora a todos os executados (art. 669 do CPC, c.c. o art. 16, III, da Lei nº 6.830/1980), fato inocorrente na lide em questão, o que conduz a se reconhecer a nulidade da sentença.

Examino o **decisum** e verifico inexistir prequestionamento dos dispositivos supramencionados, haja vista a ausência, no corpo da decisão colegiada, de qualquer discussão explícita ou implícita sobre a matéria jurídica abordada pelos referidos artigos de lei.

Para conferência do afirmado, transcrevo o que, a respeito, encontra-se à fl. 99:

“A primeira alegação é inteiramente despropositada, pois está provado, nos autos apensos, que a firma Janjão foi regularmente citada e, como não foram encontrados bens suficientes seus, foi incluído o nome do recorrente no pólo passivo da execução (fl. 6v.).

E como já decidiu a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

‘Não dispondo a executada de bens sobre os quais recair a penhora, ocorre a responsabilidade do sócio-gerente em cuja gestão foi contraído o débito’ (Comentários à Lei de Execução Fiscal, 5ª ed., p. 49, 1996).

Rejeito a nulidade.”

O art. 669 do CPC, dispõe que “Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias”. O art. 738 do

CPC registra que “o devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados: I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; II – do termo de depósito; III – da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão, na execução para a entrega de coisa (art. 625); IV – da juntada aos autos do mandado de citação, na execução das obrigações de fazer ou de não fazer”.

O aresto, como demonstrado, não tratou de interpretar e aplicar os mencionados regramentos legais. Embargos de declaração não foram interpostos para discussão do tema.

Por tais razões, não conheço do recurso especial pela apontada negação de vigência dos arts. 669 e 738 do CPC, por ausência de prequestionamento.

Em segundo plano, o recorrente afirma que o acórdão, no referente ao assunto vinculado à sua responsabilidade tributária, como sócio da empresa, “não pode ser enfocada com a estreiteza com que foi administrada pelo acórdão guerreado, sob pena de violação dos arts. 591, 592, II, do CPC, 350 do Código Comercial, art. 2º do Decreto nº 3.708/1919 e o próprio art. 135, III, do CTN.”

O art. 591 do CPC, dispõe: “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

O art. 592, II, do CPC, determina que: “Art. 592: Ficam sujeitos à execução os bens: I...; II – do sócio, nos termos da lei...”

O art. 350 do Código Comercial, registra: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais.”

A análise dos dispositivos legais supra-indicados, em comparação com o conteúdo do aresto discutido, determina a compreensão de que há prequestionamento da matéria jurídica enfrentada pelo recurso especial. Esta consiste em se definir a possibilidade ou não de sócio de uma empresa responder por obrigações fiscais da sociedade da qual fazia parte, quando há notícias nos autos de que a mesma, embora continuando a existir, não possui bens de sua propriedade para serem penhorados, com a finalidade de garantir execução fiscal.

Conheço, portanto, do recurso pela letra a, tão-somente, para enfrentar os dispositivos legais por último mencionados.

De igual modo, merece ser conhecido o recurso com base na divergência jurisprudencial assinalada pelo recorrente.

A interpretação do art. 135, III, do CTN, que o aresto de segundo grau acolheu, diverge de decisões de outros tribunais sobre igual dispositivo legal.

Solidificadas as condições para conhecimento do recurso, examino o seu mérito.

A decisão recorrida entendeu, de modo expresso, que:

a) são pessoalmente responsáveis por débitos tributários os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado quando praticarem atos com infração de lei;

b) considerou o recorrente, sócio da empresa, como enquadrado, portanto, nas regras do art. 135, III, CTN;

c) ser ilimitada, na situação em análise, a responsabilidade do recorrente perante o Fisco, segundo o art. 10 do Decreto nº 3.708/1919.

A sentença de primeiro grau, examinando a prova depositada nos autos, entendeu que o recorrente, na época em que o débito referente ao tributo devido pela empresa devia ter sido recolhido ao Fisco, exercia a administração da sociedade, de forma conjunta com os demais sócios.

A respeito, está posto na mencionada decisão (fl. 58):

“De outro lado, o embargante exercia a administração em conjunto com os demais sócios até 29 de junho de 1992, sendo que o crédito tributário é oriundo do não recolhimento de ICMS referente aos meses de novembro e dezembro de 1991 e janeiro e fevereiro de 1992, conforme pode se verificar do CDA de fl. 3, dos autos de execução.”

Essa situação fática foi prestigiada pelo acórdão proferido na apelação.

Ocorre que, conforme registrado no curso da instrução, o recorrente retirou-se da sociedade em 29.06.1992, continuando a empresa a exercer as suas atividades. O chamamento do recorrente para responder pela dívida tributária, como responsável, só aconteceu três anos depois, isto é, em 28.09.1995, de sua saída do quadro social da devedora principal.

Esse panorama está caracterizado nos autos, de modo inquestionável, passando a exercer forte influência para a interpretação e aplicação do art. 135, III, do CTN, em face do recorrente não ser apontado como tendo, no

exercício de sócio-gerente, dissolvido irregularmente a sociedade. Esta, após a saída do recorrente dos seus quadros sociais, continuou exercendo as suas atividades, não obstante a constituição definitiva do débito em questão.

Configurado esse quadro determinador da relação jurídica em debate, há de se acompanhar entendimento jurisprudencial já assentado no âmbito do STJ, em eximir a responsabilidade de sócio-gerente quando não lhe é apontada a culpa pelo insucesso da sociedade ou por sua irregular dissolução.

Os pronunciamentos jurisprudenciais abaixo revelados atestam o afirmado:

a) REsp nº 101.597-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros (fl. 145):

“Tributário. Sociedade limitada. Responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (CTN, art. 173, III). Sócio-gerente. Transferência de cotas sem dissolução da sociedade. Responsabilidade do sucessor. CTN, arts. 135 e 136.

I – O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Um não responde pelas obrigações da outra.

II – Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado. (Decreto nº 3.708/1919, art. 9º). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade – não ao sócio – mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV – Quando o gerente abandona a sociedade – sem honrar-lhe o débito fiscal – o fato ilícito que o torna responsável não é o atraso de pagamento, mas a dissolução irregular da pessoa jurídica.

V – Não é responsável tributário pelas dívidas da sociedade o sócio-gerente que transferiu suas cotas a terceiros, os quais deram continuidade à empresa.”

O voto do eminente Relator expõe detalhadamente a questão (fls. 147/150):

“Esta Turma já o examinou, no julgamento do REsp nº 85.115, também oriundo do Paraná. Naquele caso, chegamos a acórdão no sentido de que:

‘Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Sociedade de responsabilidade limitada. Sócio-gerente. Transferência de cotas sem dissolução da sociedade. CTN, arts. 135 e 136.

I – Não é responsável tributário pelas dívidas da sociedade o sócio-gerente que transferiu regularmente suas cotas a terceiros, continuando, com estes, a empresa.

II – A responsabilidade tributária solidária prevista nos artigos 134 e 135, alcança o sócio-gerente que liquidou irregularmente a sociedade limitada.’

No voto com que conduzi a formação do aresto, eu disse:

‘O tema relativo à responsabilidade solidária do sócio-gerente, por dívidas das pessoas jurídicas já foi muito discutido, em casos de dissolução irregular da sociedade. A propósito, nosso acórdão no REsp nº 69.308-SP, resumido assim:

‘O sócio-gerente que dissolve a sociedade, irregularmente, sem cumprir as obrigações tributárias, é responsável pelo respectivo pagamento’ (CTN, art. 135, III).’

Reporto-me ao voto com que conduzi a formação do acórdão, nestes termos:

‘O primeiro tema a ser enfrentado relaciona-se com a responsabilidade do sócio-gerente, por dívidas fiscais contraídas pela sociedade irregularmente dissolvida.

Esta questão foi pacificada pelo saudoso Tribunal Federal de Recursos.

O v. acórdão refere-se a acórdão daquela Corte, a dizer (cf. fl. 135):

‘A dissolução da sociedade, se operada irregularmente, desconhecendo-se a destinação de seus bens, transfere aos sócios a responsabilidade pelos tributos devidos, ainda que se cuide de capital por quotas integralizadas.’

(AC nº 68.414, Rel. Min. José Dantas).

O STJ confirma a jurisprudência da antiga Corte Federal. Lembro, a propósito, o acórdão da Segunda Turma, lavrado pelo Ministro José de Jesus Filho, no REsp nº 19.648, nestes termos:

‘I – A jurisprudência de nossos tribunais é copiosa no sentido de que constitui infração da lei, com conseqüente responsabilidade do sócio-gerente pelos débitos fiscais da empresa, como devedor-substituto, a dissolução irregular da sociedade, mediante o desaparecimento da firma que fizera parte.’

A Primeira Turma fixou-se no mesmo entendimento. Veja-se o acórdão no REsp nº 1.846, resumido pelo Min. Garcia Vieira, nestes termos:

‘Os sócios-gerentes ou representantes de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias, contraídas em nome da sociedade, se agem com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos.

Age com infração à lei o sócio-gerente que dissolve a sociedade irregularmente, não efetuando os devidos recolhimentos dos impostos.’

O recurso não prospera, quanto a este argumento.

A hipótese que nos é apresentada nestes autos é diferente: o embargante-varão alienou suas cotas a terceiros, sem dissolver a pessoa jurídica. Assim, a sociedade continuou a existir e operar a empresa, com outros gerentes, por longo tempo após a retirada do embargante.

A situação é diferente, porque a responsabilidade solidária

não é gerada no simples atraso de pagamento. A ilicitude que lhe dá origem é a dissolução irregular da sociedade.

Verificado o abandono da empresa, paralisando-se as atividades da sociedade, caracteriza-se a responsabilidade do gerente (que pode, até, nem ser sócio), pelas dívidas não honradas.

Se o sócio desligou-se regularmente da sociedade, que permaneceu em plena atividade, não há como falar em responsabilidade solidária.

Nego provimento ao recurso.'

Em recente julgamento (REsp nº 86.439-ES), a Turma esclareceu:

'Tributário. Sociedade limitada. Responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (CTN, art. 173, III).

I – O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Um não responde pelas obrigações da outra.

II – Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado. (Decreto nº 3.708/1919, art. 9º). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV – Quando o gerente abandona a sociedade, sem honrar-lhe o débito fiscal, é responsável, não pelo simples atraso de pagamento. A ilicitude que o torna solidário é a dissolução irregular da pessoa jurídica.

V – A circunstância de a sociedade estar em débito com obrigações fiscais não autoriza o Estado a recusar certidão negativa aos sócios da pessoa jurídica.'

Dou provimento ao recurso, para declarar procedentes os embargos dirigidos pelo recorrente à execução fiscal."

b) REsp nº 85.115-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros (fl. 152):

“Tributário. Execução fiscal. Responsabilidade tributária. Sociedade de responsabilidade limitada. Sócio-gerente. Transferência de cotas sem dissolução da sociedade. CTN, arts. 135 e 136.

I – Não é responsável tributário pelas dívidas da sociedade o sócio-gerente que transferiu regularmente suas cotas a terceiros, continuando, com estes, a empresa.

II – A responsabilidade tributária solidária prevista nos artigos 134 e 135, III, alcança o sócio-gerente que liquidou irregularmente a sociedade limitada. O sócio-gerente responde por ser gerente, não por ser sócio. Ele responde, não pela circunstância de a sociedade estar em débito, mas por haver dissolvido irregularmente a pessoa jurídica.”

O eminente relator manifestou-se, no julgamento acima referido, do modo seguinte (fls. 155/157):

“O tema relativo à responsabilidade solidária do sócio-gerente, por dívidas das pessoas jurídicas já foi muito discutido, em casos de dissolução irregular da sociedade. A propósito, nosso acórdão no REsp nº 69.308-SP, resumido assim:

‘O sócio-gerente que dissolve a sociedade, irregularmente, sem cumprir as obrigações tributárias, é responsável pelo respectivo pagamento (CTN, art. 135, III).’

Reporto-me ao voto com que conduzi a formação do acórdão, nestes termos:

‘O primeiro tema a ser enfrentado relaciona-se com a responsabilidade do sócio-gerente, por dívidas fiscais contraídas pela sociedade irregularmente dissolvida.

Esta questão foi pacificada pelo saudoso Tribunal Federal de Recursos.

O v. acórdão refere-se a acórdão daquela Corte, a dizer (cf. fl. 135):

‘A dissolução da sociedade, se operada irregularmente, desconhecendo-se a destinação de seus bens, transfere aos sócios a responsabilidade pelos tributos devidos, ainda que se cuide de capital por quotas integralizadas.’

(AC nº 68.415, Rel. Min. José Dantas).

O STJ confirma a jurisprudência da antiga Corte Federal. Lembro, a propósito, o acórdão da Segunda Turma, lavrado pelo Ministro José de Jesus Filho, no REsp nº 19.648, nestes termos:

‘I – A jurisprudência de nossos tribunais é copiosa no sentido de que constitui infração da lei, com conseqüente responsabilidade do sócio-gerente pelos débitos fiscais da empresa, como devedor substituto, a dissolução irregular da sociedade, mediante o desaparecimento da firma que fizera parte.’

A Primeira Turma fixou-se no mesmo entendimento. Veja-se o acórdão no REsp nº 1.846, resumido pelo Min. Garcia Vieira, nestes termos:

‘Os sócios-gerentes ou representantes de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias, contraídas em nome da sociedade, se agem com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos.

Age com infração à lei o sócio-gerente que dissolve a sociedade irregularmente, não efetuando os devidos recolhimentos dos impostos.’

O recurso não prospera, quanto a este argumento.

A hipótese que nos é apresentada nestes autos é diferente: o embargante-varão alienou suas cotas a terceiros, sem dissolver a pessoa jurídica. Assim, a sociedade continuou a existir e operar a empresa, com outros gerentes, por longo tempo após a retirada do embargante.

A situação é diferente, porque a responsabilidade solidária

não é gerada no simples atraso de pagamento. A ilicitude que lhe dá origem é a dissolução irregular da sociedade.

Verificado o abandono da empresa, paralisando-se as atividades da sociedade, caracteriza-se a responsabilidade do gerente (que pode, até, nem ser sócio), pelas dívidas não honradas.

Se o sócio desligou-se regularmente da sociedade, que permaneceu em plena atividade, não há como falar em responsabilidade solidária.”

O meu entendimento segue a linha dos precedentes supra-referidos.

Tenho que a dívida fiscal é da sociedade. O sócio-gerente só responde por ela se ficar provado que agiu com excesso de mandato ou infração à lei ou ao contrato social. Essa prova há de ser feita pelo Fisco.

No caso concreto em julgamento, o recorrente desligou-se da sociedade, transferindo suas cotas a terceiros sem que a empresa tenha deixado de continuar a exercer suas atividades.

Não ficou demonstrado, por outro lado, que o recorrente, embora sócio-administrador em conjunto com os demais sócios, tenha sido o responsável pelo não pagamento do tributo no vencimento. Não há como, hoje, após não integrar o quadro social da empresa, ser responsabilizado.

Isto posto, dou provimento ao recurso, invertendo os ônus sucumbenciais.

É como voto.