





## AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR Nº 2.349 – SP

(Registro nº 2000.0002729-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Agravante: Rogério Frediani  
Advogado: Antônio José Carvalho Silveira  
Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMENTA:** Agravo regimental – Medida cautelar incidental – Liminar indeferida.

1. Ausência de **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, que devem estar presentes concomitantemente.

2. Medida cautelar sem instauração da instância especial.

3. Caráter satisfativo em processo não originário.

4. Impossibilidade de se dotar o recurso especial de efeito suspensivo, antes de interposto e sequer demonstrados seus pressupostos de admissibilidade.

5. As petições apresentadas pelo agravante não possuem a virtude de transmudar os dados essenciais da questão.

6. Agravo não provido. Decisão unânime.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, 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 Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins e Paulo Gallotti. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Eliana Calmon. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro FRANCIULLI NETTO, Relator.

Publicado no DJ de 27.03.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO: Trata-se a hipótese de medida cautelar incidental inominada, com pedido de liminar, com o fito de suspender a eficácia do v. acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 100.256-5/5-00, proveniente do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Afirma que juntamente com a Sra. Silvana Camargo de Oliveira, o Sr. Délcio José Sato e o Sr. Euclides Luiz Vigneron, ocupa o pólo passivo de ação civil pública levada a efeito pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a qual foi objetivada a liminar para afastá-los de suas funções públicas, com supedâneo no artigo 12 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, bem como na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (fls. 31/59). A MM. Juíza de Direito da Comarca de Ubatuba, entendendo ausente o requisito do **periculum in mora**, indeferiu a pretensão liminar (fls. 99/100).

Inconformado o Ministério Público ajuizou agravo de instrumento (fls. 104/119), no intuito de que fosse atribuído efeito suspensivo ativo à r. decisão de primeiro grau com o acolhimento do pedido de liminar almejado. A egrégia Quarta Câmara de Direito Público da Corte de Justiça **a quo** deu provimento ao recurso, deferindo a pretensão liminar objetivada (fls. 24/29).

Nesse ínterim, o Sr. Rogério Frediani, autor da cautelar e agravante, agravou de instrumento (Processo nº 100.275-5/1-00), com pedido de liminar, insurgindo-se contra a decisão da digna magistrada de primeiro grau, na parte em que determinou sua citação na ação civil pública, pois, além de ausente o procedimento preparatório para a demanda, acarretou grave lesão ao seu patrimônio moral. Postulou, ainda, o indeferimento da inicial ou, caso a demanda tivesse natureza penal, fosse deliberado o seu trancamento (fls. 130/149). A egrégia Câmara sequer conheceu do recurso, em razão de se tratar de despacho de mero expediente (fls. 151/155).

Em seguida, o ora agravante opôs embargos de declaração contra o v. acórdão que acolheu o pedido de liminar do *parquet* (Agravo de Instrumento nº 100.256-5/5-00), ressaltando o pretendido efeito modificativo do julgado. Argüiu preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, posto que, embora réu na ação civil, não teria causado dano ao Erário Público. Aduziu configurada a dúvida ou omissão ao passo que não restou esclarecido se a medida foi concedida em sede de liminar ou por meio de tutela antecipada, em face da exigência, respectivamente, do inquérito civil ou da prova inequívoca e verossimilhança dos fatos. Com efeito, postulou a revogação da decisão proferida seja qual for sua natureza (fls. 239/249).

Antes da apreciação da desejada liminar, o ora agravante trouxe para os autos a informação de que impetrou, junto à egrégia Quarta Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mandado de segurança – cuja inicial foi indeferida (fls. 315/316) –, com a finalidade de que fosse reconhecido o efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos, susstando o cumprimento e a execução do v. acórdão. Em vista do indeferimento da impetração, postulou reconsideração ao egrégio Tribunal de São Paulo. Por conseguinte, na medida cautelar, reiterou o pedido de liminar formulado na peça vestibular, bem como a atribuição de efeito suspensivo aos declaratórios (fls. 303/307).

Em continuidade, apresentou nova petição em aditamento à inicial reafirmando a alegação de fls. 303/307, ressaltando o pretendido efeito suspensivo que visa atribuir a recurso especial a interpor em razão da ofensa ao artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil, pois a tutela antecipada teria sido concedida sem a necessária prova inequívoca. Reiterou o pedido de efeito suspensivo aos embargos de declaração (fls. 326/330).

Pelo despacho de fl. 341, o exame do pedido de liminar ficou no aguardo da juntada da cópia da r. decisão do Sr. Desembargador Quarto Vice-Presidente, acerca do pedido de reconsideração, bem como do exame da Medida Cautelar nº 2.299-SP.

Cumprida a diligência, veio a lume a informação de que o Tribunal a **quo** manteve a r. decisão que indeferiu a inicial em mandado de segurança (fls. 343/344).

Em seguida, pela decisão de fls. 354/356 a pretensão da medida cautelar foi indeferida, pois faltou o requisito da plausibilidade do direito invocado, restando asseverado que liminar não é meio para desconstituir, anular ou tornar sem efeito o julgamento em embargos declaratórios que sequer encerrou-se, falecendo a demonstração de que há apelo extremo pendente ou de que, ao menos, possa ser admissível.

Um dia após o indeferimento da liminar na cautelar, juntou nova petição com o escopo de informar que os embargos opostos ainda não constavam da pauta de julgamento, asseverando que “na eventualidade do recorrente obter êxito na concessão da liminar pleiteada no pedido de medida cautelar preparatória, evidentemente, o seu pedido elaborado na medida cautelar incidental, feito em seu aditamento de fls., fica prejudicado” (fls. 357/358).

Em face do indeferimento da liminar, ajuizou o presente agravo regimental na medida cautelar, argumentando ter demonstrado à saciedade os

requisitos necessários ao acolhimento de seu pleito e, bem assim, a presença do necessário prequestionamento de matéria constitucional e agressão à lei federal, especialmente o artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil. Reiterou que o objetivo nuclear do explicitado na medida cautelar é a atribuição de efeito suspensivo aos embargos declaratórios opostos e, bem assim, ao recurso especial que pretende ajuizar para rescindir o v. acórdão.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator): O fulcro da questão fática controvertida, para melhor compreensão do presente recurso, em resumo, é o que passa a ser explicitado, em apertada síntese.

O Prefeito do Município de Ubatuba, quando candidato, pertencia a determinado partido (PDT). Como era de seu interesse eleitoral coligar-se com então candidato o Vice-Prefeito, ora agravante, pertencente ao PPB, teve de desfiliar-se de seu partido para ingressar noutro, com o qual era possível a coligação não viável entre PDT e PPB. Saiu então do PDT, passou pelo PMN, que igualmente se opunha ao PPB, e acabou ingressando no PRP. Com este foi possível a almejada coalisão.

No entanto, para conseguir seu **desideratum**, o Prefeito contou com a colaboração de seu assessor Délcio José Sato, do ora recorrente, e mais, da funcionária do Cartório Eleitoral, Silvana Camargo de Oliveira Mateus, todos réus na ação civil pública.

Segundo a inicial dessa ação, o concurso do ora agravante prendeu-se ao fato de seu prestígio e poder de persuasão no cartório eleitoral. A trama, que é a **causa petendi** na ação civil pública, exteriorizou-se no fato de que tanto a desfiliação como as novas filiações foram obtidas por artifício da ré cartorária, uma vez que, para tanto, adulterou o correspondente livro de registro.

Com lastro nesses fatos, o Ministério Público ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, o qual foi negado pela MM. Juíza de primeiro grau.

Agravou, em seguida, dessa r. decisão e ao agravo foi dado provimento pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com o acolhimento da liminar para afastar **ab initio** os quatro réus de suas funções, sem prejuízo do prosseguimento da ação para apuração do ato de improbidade administrativa.

Desse v. acórdão, interpôs o agravante embargos declaratórios, com efeitos modificativos. Até o presente momento não se tem notícia oficial do desfecho de tais embargos.

Por aí se vê que a liminar pleiteada nesta medida cautelar não reunia condições de prosperar, pelas próprias razões já expostas no corpo da decisão ora agravada. No particular, convém aqui transcrever e incorporar o seu seguinte trecho:

“Por ora, falecem os autos de elementos mais seguros para o exame da liminar requerida, uma vez que a situação sequer encontra-se definida no egrégio Tribunal de Justiça a quo.

Não há conceber a idéia de desconstituir, anular, ou tornar sem efeito, por medida liminar, julgamento ainda não encerrado, por interpostos embargos declaratórios.

Adite-se a isso que, no particular, não há recurso especial pendente e tampouco demonstração de plano de sua admissibilidade.

De igual sorte, nem há cogitar de medida cautelar com cunho satisfativo. Ainda que admissível, já que sua existência em nosso Direito é matéria controvertida, há na **species facti** obstáculo intransponível, pois, mesmo nessa hipótese, haveria necessidade de encontrar-se instaurada a instância especial.

Mas, não é só. A pretensão do requerente envolve até valoração crítica de matéria probatória, cujo reexame é de todo impertinente, nesta oportunidade, a pôr em xeque a própria plausibilidade do direito invocado.

A ausência do requisito da plausibilidade do bom direito esvai a pretensão do pressuposto do **fumus boni iuris**.

Pelo que precede, indefiro a liminar pleiteada e determino a citação do requerido.” (fls. 355/356).

Insisto em dilucidar que, no ensejo da decisão recorrida, os embargos declaratórios não haviam sido julgados.

Nas razões deste agravo, o requerente não apresenta novos argumentos válidos e eficazes, insistindo, apenas, que se encontram presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**. Quanto ao último não custa lembrar que esse pressuposto tem de ser equacionado também à luz do interesse social, **maxime** em decorrência da matéria subjacente, que

se relaciona, a cargo eletivo e função pública. De outra parte, a ausência do **fumus boni iuris** foi exaustivamente demonstrada na decisão recorrida. Ocioso lembrar, para rematar, que esses dois requisitos devem estar presentes concomitantemente, sem perder de vista que, no caso **sub iudice**, é até duvidoso o interesse processual do recorrente, o que será objeto de análise mais percuciente a final.

Esses pressupostos sequer se fazem presentes nesta data, a despeito das várias petições apresentadas pelo agravante. Conquanto denotem a combatividade do ilustre advogado, não possuem a virtude de transmudar os dados essenciais da presente questão.

Mais a mais, não há cogitar de cautelar satisfativa, em processo de competência não originária.

Para concluir, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

---

---

## MEDIDA CAUTELAR Nº 1.955 – RJ

(Registro nº 99.0089076-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Requerente: Drogasmil Medicamento e Perfumaria Ltda  
Advogados: Roberto Magalhães e outro  
Requerido: Estado do Rio de Janeiro  
Advogados: Guido Antônio Sucena Maciel e outros  
Requerido: Município do Rio de Janeiro  
Advogado: Cláudia Braga de Lafonte Bulcão

**EMENTA:** Processo Civil e Administrativo – Cautelar para suspender os efeitos de ato administrativo: tutela de urgência.

1. Excepcionalidade da tutela de urgência na instância especial, quando presentes os pressupostos da cautelar.

2. Hipótese em que não há irreversibilidade de situação, inexistindo prova da ilegalidade da autuação.

3. Supremacia do ato administrativo pela presunção de legalidade.

4. Medida cautelar indeferida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir a medida cautelar. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Nancy Andrichi. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 16 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministra ELIANA CALMON, Presidente e Relatora.

---

Publicado no DJ de 08.03.2000.

## RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de medida cautelar ajuizada pela Drogasmil Medicamentos e Perfumaria Ltda, pleiteando a suspensão dos efeitos da autuação que sofreu do Serviço de Vigilância Sanitária do Rio de Janeiro, por estar comercializando, em suas instalações de estabelecimento farmacêutico, sorvete, coca-cola em lata e salgadinhos *chips*, em máquinas automáticas manuseadas pelos próprios clientes, hermeticamente fechadas.

A vigilância sanitária entende que, onde são vendidos medicamentos, não pode ser feito o comércio de alimentos, atuando a empresa requerente.

Nas instâncias ordinárias a empresa não conseguiu tutela cautelar para dar continuidade ao comércio de produtos não farmacêuticos, discutindo, porém, em ação ordinária, a ilegalidade da autuação.

Daí o ajuizamento desta cautelar, como incidental ao recurso especial interposto.

Processada a medida, neguei a liminar argumentando:

“1. A concessão de liminar para dar efeito suspensivo a recurso

especial é excepcionalíssima, só se justificando quando houver dano irreparável ou de difícil reparação, com agressão a direito de forma transparente.

A excepcionalidade mais se apurou a partir da sistemática de retenção do especial, quando em ataque à decisão interlocutória.

2. Na hipótese dos autos, temos decisão monocrática e colegiada que se negaram a suspender um ato administrativo (autuação procedida pela vigilância sanitária), ao tempo em que não se tem ainda, as razões de defesa do Estado do Rio de Janeiro. Afinal, não houve ainda, ou aos autos não chegou, a contestação.

3. Os precedentes não são suficientes para apoiar uma possível liminar, de efeito concreto e imediato, porquanto abrigam veículos distintos.

O que se pretende deixar claro é que este Tribunal, no que toca à tese de fundo – venda de produtos comestíveis fechados, em máquinas automáticas, em estabelecimento de venda de produtos farmacêuticos, não ignora precedentes em favor do comércio das chamadas *Drogstores*.” (fls. 906/907).

O Município do Rio de Janeiro contestou o pleito, alegando que as filiais da empresa-autora foram autuadas porque não estão autorizadas a comercializar os produtos previstos para as *drogstores*, como sorvetes, refrigerantes, pilhas, etc., constando do licenciamento as atividades previstas para drogaria, perfumaria e serviço de aplicação de injeção.

Afirma que a autuação está ancorada no Decreto Municipal nº 14.071, de 26.07.1995, constatando a vigilância sanitária que o funcionamento da atuada estava em desacordo com o alvará de licenciamento.

O Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

Relatei.

## VOTO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Como afirmado na decisão que negou a liminar, não se pode olvidar quanto à existência de situações emergenciais que necessitam da outorga de tutela de urgência, a fim de atender a uma situação fática que, se não preservada, tornará inútil

a futura determinação judicial que disciplinará em definitivo a situação jurídica.

Na hipótese dos autos, entretanto, a espera do provimento definitivo, com o julgamento da ação declaratória de nulidade da autuação, não tornará irremediável a situação fática presente.

Por outro ângulo, é de ser atendido o pressuposto de que o ato administrativo goza da presunção de legalidade até prova em contrário.

A requerente não conseguiu provar a ilegalidade da autuação, o que lhe retira o **fumus boni iuris**.

Ausentes os pressupostos para a concessão de uma tutela de urgência, torna-se imprescindível a manutenção do **status quo** até o final do julgamento da ação principal.

Assim sendo, julgo improcedente o pedido.

É o voto.

---

---

## PETIÇÃO Nº 803 – MG

(Registro nº 97.0042409-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti  
Requerente: Tema Consultoria Econômica e Financeira Ltda  
Advogados: José Alfredo de Oliveira Baracho e outros  
Requerida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais  
Advogados: José Benedito Miranda e outros

**EMENTA:** Recurso ordinário em **habeas data** – Direito à informação.

“O **habeas data** constitui o remédio adequado para a obtenção de informações constantes de banco de dados e registros governamentais ou de caráter público (art. 5º, LXXII, CF), não sendo possível ao Poder Judiciário denegar a ordem, se houve a observância de todos os requisitos legais, ao argumento de ser imprópria a via eleita.” (Parecer da Subprocuradoria Geral da República subscrito pelo Dr. Miguel Guskow).

Recurso ordinário provido para determinar o pronto atendimento da postulação do impetrante.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrighi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

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

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro PAULO GALLOTTI, Relator.

---

Publicado no DJ de 21.02.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: Tema Consultoria Econômica e Financeira Ltda impetrou **habeas data** contra o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais com vistas ao conhecimento de informações sobre algum procedimento irregular a ela imputado, relativamente à apuração do chamado Valor Adicionado Fiscal – VAF.

O Tribunal de origem denegou o pedido ao fundamento de que a pretensão não é amparável pela via eleita.

Daí o presente recurso ordinário, onde se alega, em síntese, que o “acórdão recorrido não fez adequada análise desse instituto consagrado no art. 5º, item LXXII, da Constituição Federal de 1988, eis que presentes os requisitos para a propositura do instrumento de garantia constitucional, que assegura ao recorrente o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais”. (fl. 58).

A Subprocuradoria Geral oficiou às fls. 87/91, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): Sobre o tema, aduziu, com propriedade, o parecer da lavra do Dr. Miguel Guskow, Sub-procurador-Geral da República:

“Razão, no entanto, assiste ao recorrente, na medida em que o Tribunal **a quo** negou-lhe o exercício de um direito assegurado constitucionalmente. Senão vejamos.

Dispõe o art. 5<sup>a</sup>, inciso LXXII, da Constituição Federal de 1988, **verbis**:

‘LXXII – Conceder-se-á **habeas data**:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.’

Em face desta regra constitucional, todo indivíduo tem garantido o direito fundamental de informação sobre sua pessoa, constantes de qualquer registro ou banco de dados governamental ou de caráter público, assegurando-se-lhe, ainda, o direito de retificação de dados eventualmente inexatos.

**In casu**, o recorrente, após esgotar a via administrativa, utilizou-se do remédio constitucional em apreço com o fim específico de ser informado sobre a existência de eventual procedimento instaurado contra o mesmo em face de alguma irregularidade apurada pela Administração, relativamente ao denominado ‘Valor Adicional Fiscal’.

Ora, dentre todas as ações colocadas à disposição do recorrente, nenhuma tutela de forma mais eficaz a sua pretensão de informação do que o **habeas data**, instituto com foro na própria **Lex Legum**, concebido justamente para este fim.

Ademais, não cabe ao Poder Judiciário determinar de qual ação deve valer-se o indivíduo para a tutela do seu direito, se este, escolhida uma via, cumpriu todos os pressupostos e condições impostos pela lei reguladora da matéria.

Assim, perfeitamente lícito é ao recorrente lançar mão da ação do **habeas data** para ter acesso à informação sobre a instauração de procedimento contra sua pessoa, no âmbito da Secretaria Estadual da Fazenda, posto que observou todos os requisitos legais exigidos para a sua propositura, bem como há enquadramento na regra constitucional garantidora do direito à informação (art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal), revelando-se, a toda evidência, equivocado o entendimento adotado na Corte **a quo**.

Dessa forma, impõe-se o reconhecimento da irresignação recursal, para garantir ao recorrente o acesso à informação que pleiteia, abrindo ao seu conhecimento todos os dados que a Secretaria da Fazenda do Estado possui a seu respeito e, caso assim entenda, poderá requerer à Administração a expedição de certidão específica, no âmbito administrativo.” (fls. 89/90).

De acordo com o ordenamento constitucional, é direito inafastável o acesso do tutelado a dados que lhe digam respeito, constantes de órgãos governamentais ou de caráter público, seja para deles conhecer, seja para retificá-los, se possível.

No caso em exame, demonstrou a recorrente ter requerido administrativamente a informação pretendida, não obtendo resposta, preferindo a autoridade apontada como coatora insistir na inadequação do caminho escolhido, não lhe restando outra alternativa a não ser o manejo do **habeas data**.

Sendo assim, dou provimento ao recurso, para determinar o pronto atendimento do pedido da impetrante.

---

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.665 – RJ

(Registro nº 96.0059487-2)

Relator: Ministro Hélio Mosimann  
Recorrente: Escritório de Advocacia Guilherme Caldas da Cunha  
Advogado: Guilherme Galvão Caldas da Cunha  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro  
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro  
Advogados: Arthur José Faveret Cavalcanti e outros

**EMENTA:** Mandado de segurança preventivo – Recurso ordinário – Cobrança de taxa judiciária – Escritório de advocacia – Ilegitimidade ativa – Desprovisionamento do recurso.

Dispondo a lei que a taxa será devida pelo interessado na prática do ato, ou seja, pela parte que tem interesse processual em agir, não tem o advogado legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em nome de seus constituintes, cabendo-lhe o direito de representação judicial.

Não há, portanto, como confundir o direito da parte com o direito do advogado ou da sociedade de advocacia, impossibilitado que está de pleitear, em nome próprio, direito de outrem, ainda mais buscando a suspensão da cobrança em todos os processos, para o futuro.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 23 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

---

Publicado no DJ de 17.04.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida a hipótese de mandado de segurança preventivo, impetrado pelo Escritório de Advocacia Guilherme Caldas da Cunha, no qual objetiva o impetrante ver declarada a

inconstitucionalidade dos artigos 112 a 147 do Decreto-Lei nº 5/1975, que instituiu a cobrança da taxa judiciária.

Apreciando o feito, após a negativa da liminar, o Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, extinguiu o processo sem apreciação do mérito.

Repeliu a preliminar de ilegitimidade passiva e acolheu as de ilegitimidade ativa e de impetração de mandado de segurança contra lei em tese.

Inconformado, interpôs o vencido este recurso ordinário (fls. 80/86), com arrimo no artigo 105, II, **b**, da CF/1988, aduzindo, em resumo, serem inconstitucionais os artigos 112 a 147 do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei nº 5/1975), com as modificações que lhe foram impostas pelo Decreto-Lei nº 403/1978, pela Lei nº 383/1980, e ainda pelas Leis nºs 815/1984 e 2.144/1993, “em virtude de a imunidade específica, instituída pela Constituição Federal de 1988 e repetida pela Constituição Estadual que se seguiu, abranger, também, a incidência da *espécie taxa* para remunerar a contraprestação de serviços derivados do exercício do direito de ação, perante o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, que é veiculado através do direito de petição”.

Traz a confronto a norma estadual e os dispositivos constitucionais, batendo-se pela inconstitucionalidade da primeira.

Quanto à sua legitimidade ativa, assevera que o artigo 121 do CTN afirma ser sujeito passivo da obrigação principal a pessoa obrigada ao pagamento do tributo, acrescentando o inciso I do seu parágrafo único que contribuinte é aquele que “tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”, enquanto o inciso II ressalva que o sujeito da obrigação principal pode ser, também, o “responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

Aduz, de outra parte, que o artigo 112 da legislação estadual estabelece que a *taxa judiciária* é devida pelo “interessado” na prática dos atos de atuação dos magistrados e dos membros do MP, em qualquer procedimento judicial, enquanto o artigo 1º da Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da OAB – dá ao advogado (reunido em sociedade de prestação de serviços, ou não) permissão para a iniciativa de procedimentos judiciais e o patrocínio de causas perante qualquer órgão do Poder Judiciário, tornando-o, assim, único “interessado” para os fins da legislação tributária na prática daqueles atos, e, por conseguinte, “o sujeito passivo da obrigação pelo recolhimento da taxa judiciária incidente”.

Quanto a ser hipótese de impetração contra *lei em tese*, alega que o **mandamus, in casu**, é preventivo, configurando, portanto, o *justo receio* insculpido no artigo 1<sup>o</sup> da Lei nº 1.533/1951, e, nesta hipótese, por força da natureza do *writ*, “o ato de autoridade, violador do direito líquido e certo do contribuinte, não pode ser específico, nem representado por decisão administrativa referente à relação tributária constituída, consubstanciando-se, apenas, no poder vinculado genérico, detido pela autoridade fiscal competente, para arrecadar o tributo inconstitucional”.

Afirma, por fim, ter se equivocado o acórdão recorrido quanto à diferenciação entre o “direito de petição ou representação do direito de ação”, pois o “direito de ação é veiculado pelo de petição ao Poder Judiciário, que, por sua vez, é garantido constitucionalmente – quer pela Constituição Federal (art. 5<sup>o</sup>, XXXIV, a), quer pela Constituição Estadual que se seguiu (art. 12, I) – sem qualquer pagamento de taxas, confundindo-se, assim, no caso, um com outro”, pois “através do direito de petição é que se exercita o direito de ação, em busca do provimento jurisdicional desejado”.

O Estado do Rio de Janeiro apresentou contra-razões às fls. 89/92, pugnano pelo improvimento do recurso.

Pronunciou-se o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 94/97, batendo-se pela manutenção do aresto recorrido.

Parecer da Subprocuradoria Geral da República, às fls. 103/110, opinando pelo conhecimento e improvimento do presente recurso ordinário, quer pela ilegitimidade ativa do impetrante-recorrente, quer pela incidência, na hipótese, do enunciado da Súmula nº 266-STF.

Sobre o parecer, falou ainda o recorrente.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Como vimos do relatório, objetiva o impetrante, ora recorrente – Escritório de Advocacia Guilherme Caldas da Cunha – ver declarada a inconstitucionalidade dos artigos 112 a 147 do Decreto-Lei nº 5/1975, que instituiu a cobrança na taxa judiciária no Estado do Rio de Janeiro.

O Tribunal de Justiça daquele Estado, assim decidiu a espécie, **verbis**:

“Mandado de segurança. Taxa judiciária. Inconstitucionalidade da

cobrança. Direito de petição. Ilegitimidade ativa. Discussão quanto à lei em tese. O “interessado” no recolhimento da taxa judiciária é a parte, que busca a prestação jurisdicional, e não o advogado que a representa e que tem capacidade postulatória. Logo, não pode o advogado pleitear, em nome próprio, direito que é do cliente, sendo questão de mera conveniência ou controle que conste da guia de recolhimento o nome do advogado. Não se presta o remédio heróico para a discussão da lei em tese, a teor da Súmula nº 266 do STF. Não há que se confundir direito de petição, que independe de taxa, com direito de ação, para o qual jamais se previu imunidade tributária. Extinção do processo, sem o julgamento do mérito.”

Vê-se, assim, que a Corte Estadual entendeu, por primeiro, inexistir legitimidade ativa do impetrante, pois, na verdade, o verdadeiro “interessado” é a parte, e não seu representante legal.

Evidentemente, não se pode dilatar, como pretendido, o conceito de *interessado*.

Ao se pronunciar sobre o tema, a ilustrada Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, subscrito pelo Dr. Moacir de Moraes, vazou a espécie nos seguintes termos, em relação à tese principal, que exige prévio exame, a da legitimidade ativa de parte:

“Preliminarmente, quanto à pretensão de ver reconhecida sua legitimidade **ad causam**, tal argumento é inaceitável, não merecendo o acórdão, neste particular aspecto, nenhuma censura, porque o artigo 112 do Decreto-Lei Estadual nº 5/1975 dispõe que a taxa judiciária será devida pelo ‘interessado’ na prática do ato, ou seja, por quem tem interesse processual em agir. Ao advogado, ou aos escritórios de advocacia organizados sob a forma de sociedade civil, cabe, exclusivamente, o direito de representação judicial de seus constituintes, na forma do que dispõe o artigo 36 do CPC.

Não há como confundir o direito da parte com o direito do advogado ou da sociedade de advocacia que a representa, nos termos dos artigos 37 e 38 do CPC. O procurador da parte não se confunde com a parte em juízo. Seus direitos são tratados distintivamente na lei processual civil e, tanto é assim, que o Título II da lei processual civil trata em capítulo diferente o direito dos procuradores.

Mesmo que na respectiva emissão da guia de recolhimento da

taxa judiciária conste o nome do advogado, o que ocorre por uma simples questão de conveniência e controle, não é este que, efetivamente, efetua o pagamento. Não há escritório algum que se comprometa a pagar as taxas judiciárias de causas de interesse de seus clientes. Em última análise, todas as despesas processuais são dirigidas às partes, que são os verdadeiros interessados na causa.

Assim sendo, a nosso ver, agiu corretamente o acórdão, no exame de ilegitimidade ativa **ad causam** da recorrente, que não tem legitimidade para impetrar um mandado de segurança em nome de seus constituintes...”

Com efeito, nenhuma censura merece o pronunciamento ministerial que bem colocou e analisou a espécie, quanto a seu aspecto preliminar, o qual inviabiliza, à evidência, a impetração de **mandamus** por quem não tem uma das condições para tanto – a legitimidade ativa **ad causam**.

Abstraindo outras considerações, sejam elas incluídas nas preliminares ou – mais ainda – no exame do mérito, o pedido do impetrante, com a amplitude em que vem formulado, para que “seja suspensa a cobrança daquele tributo *em todos os processos judiciais do patrocínio do recorrente, ajuizados ou que venham a ser ajuizados perante o foro e as comarcas daquele Estado*”, não tem condições de prosperar.

Desta forma, a par das judiciosas argumentações expendidas pelo impetrante-recorrente, nego provimento ao apelo ordinário.

É como voto.

### VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra o Secretário da Fazenda do Estado do Rio proposto pelo Escritório de Advocacia Guilherme Caldas da Cunha contra a cobrança da taxa judiciária.

O acórdão concluiu pela extinção do processo sem julgamento do mérito, sintetizando a sua ementa:

“Mandado de segurança. Taxa judiciária.

Inconstitucionalidade da cobrança. Direito de petição. Ilegitimidade ativa. Discussão quanto à lei em tese. O ‘interessado’ no recolhimento da taxa judiciária é a parte, que busca a prestação jurisdicional,

e não o advogado que a representa e que tem capacidade postulatória. Logo, não pode o advogado pleitear, em nome próprio, direito que é do cliente, sendo questão de mera conveniência ou controle que conste da guia de recolhimento o nome do advogado. Não se presta o remédio heróico para a discussão de lei em tese, a teor da Súmula nº 266 do STF. Não há que se confundir direito de petição, que independe de taxa, com direito de ação, para o qual jamais se previu imunidade tributária. Extinção do processo, sem o julgamento do mérito.”

**Data venia**, não concordo com o acórdão e com o voto do eminente Relator, fortes nas teses da ilegitimidade **ad causam** do recorrente e na aplicação da tese da Súmula nº 266 do STF.

É que o advogado é o responsável pelo pagamento das taxas judiciárias embora sem revestir a condição de contribuinte, até porque só a ele é permitida a defesa judicial dos interesses das pessoas. Não há negar que a parte é a devedora da exação, mas a responsabilidade judicial pelo pagamento é do advogado, que para eximir-se, por exemplo, de responder por perdas e danos resultantes da deserção, deve fazer a prova de haver cientificado a parte para fazê-lo ou fornecer os recursos com que pudesse promover o recolhimento devido.

De outra parte, trata-se de mandado de segurança preventivo, e não caberia fazer a prova concreta de ato violador do direito.

Voto, pois, pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário.

### VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: A taxa judiciária é tributo que, no Estado do Rio de Janeiro, tem como sujeito passivo, entre outros, o autor da ação (Lei nº 383/1980, art. 112).

De acordo com o texto da lei, a taxa “será devida... pelo interessado na prática do ato” (art. 112).

O interessado é a parte, e não o seu advogado, sem embargo de que, entre as funções deste, esteja a de recolher a taxa em nome de seu constituinte.

Soa, assim, insólito o pedido de que seja suspensa “a cobrança daquele

tributo em todos os processos judiciais do patrocínio do impetrante, ajuizados ou que venham a ser ajuizados perante o foro e as comarcas deste Estado” (fl. 5).

Afora o caráter normativo que resultaria dessa sentença, o respectivo beneficiário seria alguém estranho à relação jurídico-tributária.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao recurso ordinário.

### VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 19.359 – SP

(Registro nº 92.0004648-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrentes: Júlio Gerin de Almeida Camargo e cônjuge

Advogados: Paulo Leme Ferrari e outros

Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER-SP

Advogados: Heloísa Mendonça e outros

**EMENTA:** Processo Civil e Administrativo – Área **non aedificandi**: fiscalização estadual.

1. Só está vinculado o magistrado, pelo princípio da identidade física do juiz, quando preside a audiência e nela colhe provas orais.

2. A só realização de audiência, com instalação de perícia, ou recebimento de memoriais não vincula o juiz.

3. Estrada estadual com faixa de terreno particular constituindo área **non aedificandi**, mesmo quando abraçada por área urbana, provocado pelo crescimento das cidades, não desvincula a estrada de sua origem.

4. Sem imiscuir-se na administração municipal, a estrada que

vira avenida urbana permanece fiscalizada pelo Estado e não pelo Município. Precedentes.

5. Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 16 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministra ELIANA CALMON, Relatora.

---

Publicado no DJ de 17.12.1999.

### RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER-SP ajuizou ação demolitória contra Júlio Gerin de Almeida Camargo e sua mulher, invocando o disposto no Decreto-Lei nº 13.626/1943.

Afirma que, pelo citado diploma legal, as construções em terrenos limítrofes às vias públicas estaduais para construção devem obedecer a um recuo mínimo de 15 metros.

Os réus, entretanto, embora advertidos, ergueram construção dentro da faixa **non aedificandi**.

A ação foi julgada procedente, por entender o julgador que, embora fosse considerado pelo Município como zona urbana a faixa litorânea, não estava o Estado sem atribuição para regular suas estradas, eis que lei local não pode revogar legislação estadual. Assim, continua a sentença, sendo inconteste que os réus invadiram faixa **non aedificandi**, devem proceder à demolição.

A sentença foi praticamente mantida **in totum** pelo Tribunal, estabelecendo, entretanto, a ordem demolitória aos limites traçados na inicial, pois, neste ponto, foi a sentença além do pedido.

Os réus, irresignados recorrem a esta Corte, com suporte na letra a do permissivo maior, alegando que o acórdão ofendeu ao art. 132 do Código de Processo Civil, ao não observar o princípio da identidade física do juiz.

Também apontam como infringido o art. 37 do Código Nacional de Trânsito, dispositivo que inclui, como sendo da atribuição dos Municípios, a fiscalização das vias rodoviárias.

Por fim, invocam como agredido o art. 572 do Código Civil, que autoriza os proprietários a levantarem em seu terreno as construções que lhes aprouver.

Admitido o recurso, subiram os autos, tendo o Ministério Público Federal opinado pelo conhecimento e provimento do recurso.

Relatei.

## VOTO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Independentemente da expansão do Município para área além do seu perímetro, tem-se como certo que os terrenos à margem das rodovias, estão submetidos à legislação estadual.

E isto porque conservam tais terrenos a sua origem, afastando-se a Administração estadual.

Aliás, neste sentido, decidiu o STF, bem assim esta Corte, como demonstram os arestos a seguir transcritos:

“Construção a menos de 15 metros dos limites das estradas de rodagem. Proibição a ser observada pelas autoridades municipais, ainda que o desenvolvimento urbano do Município venha a envolver as estradas preexistentes.

A segurança pública e o tráfego intermunicipal preferem ao simples interesse de um só Município.

Interpretação do art. 7<sup>a</sup> do Decreto-Lei Estadual nº 13.626, de 21.10.1943, em face do art. 572 do Código Civil.

Recurso especial conhecido e provido.”

(RE nº 95.243-SP, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, julgado em 20.10.1981).

“Direito Administrativo. Área **non aedificandi**. Situações administrativas. Estradas de rodagem.

1. A segurança pública e o tráfego interestadual se sobrepõem ao interesse expansionista urbano de um só Município.

2. Não há ilegalidade na norma que proíbe a construção de imóvel a menos de 15 metros dos limites das estradas de rodagem.

3. Compatibilidade do art. 7º do Decreto-Lei Estadual nº 13.626, de 1943, de São Paulo, com o art. 572 do Código Civil.

4. Recurso provido.”

(REsp nº 11.181-SP, Rel. Ministro José Delgado).

Conseqüentemente, não tem pertinência alegar-se infringência ao art. 572 do Código Civil, como invocado pelos recorrentes.

Como está provado nos autos, a área de propriedade dos recorrentes hoje está praticamente dentro do perímetro urbano, mas como por ela passa rodovia estadual, prevalecem as atribuições do Estado quanto às restrições e fiscalização, mesmo que aparentemente não seja uma rodovia, e sim avenida.

Com referência ao art. 37, I, do Código Nacional de Trânsito, naturalmente que a existência de estradas municipais não exclui a das estaduais e federais, como já explicitado, não havendo, portanto, a infringência apontada.

Por fim, quanto à identidade física do juiz, observe-se que o Tribunal rechaçou a nulidade porque, na audiência presidida pelo primeiro magistrado, não houve produção de prova. E o que leva à vinculação não é a presidência do processo e da audiência e, sim, a ciência quanto à prova.

Aliás, a redação dada ao art. 132 do CPC não indica a vinculação de quem inicia a audiência e, sim, a de quem termina.

A propósito, trago à colação os arestos seguintes:

“Não havendo a produção de qualquer prova na audiência, que se limitou a marcar prazo para apresentação dos memoriais, não há vinculação do juiz para proferir sentença. (STJ – RT nº 712/267).

A vinculação do juiz tem, como pressuposto, haver colhido prova em audiência. Se nenhuma prova oral foi recolhida, não incide o princípio da identidade física do juiz.

(STJ – Sexta Turma, REsp nº 70.536-PE, Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ de 16.09.1996 – anotado por **Theotônio Negrão**, CPC, 30ª ed., p. 217).

Assim e em conclusão, não conheço do recurso, mantendo integralmente o acórdão impugnado.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 64.127 – MG

(Registro nº 95.0019164-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti  
Recorrente: Elevadores Schindler do Brasil S/A  
Advogados: Oscar Sant'anna de Freitas e Castro e outros  
Recorrida: Fazenda Pública de Minas Gerais  
Advogados: Izabel Rodrigues de Souza e outros  
Sustentação oral: Oscar Sant'anna de Freitas e Castro (pelo recorrente)

**EMENTA:** Tributário – ICMS – Fato gerador – Compra e venda – Vendedor e comprador sediados em Estados diversos.

1. Efetuada a compra e venda em matriz da empresa, no Rio de Janeiro, local do recolhimento do ICMS, não cabe falar em cobrança do referido imposto quando da chegada da mercadoria ao consumidor final residente em outro Estado da Federação, no caso Minas Gerais.

2. Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

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

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro PAULO GALLOTTI, Relator.

---

Publicado no DJ de 21.02.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: Cuida-se de recurso especial interposto por Elevadores Schindler do Brasil S/A, fundamentado nas alíneas **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido em grau de embargos infringentes pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendeu cabível a cobrança de ICMS pelo Fisco mineiro, considerando irrelevante que a remessa da mercadoria tenha ocorrido diretamente de outro Estado da Federação ao consumidor final, vez que a venda ocorreu em Belo Horizonte.

Eis a fundamentação do voto-condutor do acórdão:

“A distribuição de receita entre o Estado Federado remetente (12%) e o Estado destinatário (5%) nas operações interestaduais, por vendas feitas por filial, neste sediada, já era exigida e processada na vigência da CF/1967, embora com discrepâncias, definitivamente espancadas, hoje, pelos incisos VII e VIII do art. 155 da CF/1988 e pelo Convênio nº 66/1988 (art. 2º), que tem **status** de lei complementar, consoante o art. 34, § 8º, do ADCT da CF/1988.

Conclui-se, pois, emergir das normas relativas ao ICMS devido por operações interestaduais, sendo o destinatário contribuinte, e quando a venda é concertada por filial localizada no Estado destinatário e a remessa é feita pela matriz sediada noutro Estado, caberem a este 12% e àquele 5% do ICMS.” (fls. 571/572).

Sustenta a empresa-recorrente que o aresto recorrido violou os artigos 332 a 443 do Código de Processo Civil e 1º, I, do Decreto-Lei nº 406/1988.

Afirma a inexistência de relação jurídico-tributária com o Estado de Minas Gerais, haja vista que o tributo foi pago no Rio de Janeiro, onde se deu a saída das mercadorias para o consumidor final.

Alega, ainda, que não há como incidir na espécie a regra contida na Lei Estadual nº 6.763/1968, que refere-se à entrada ficta, o que não é o caso, vez que o contrato de compra e venda foi celebrado no Rio de Janeiro, local de recolhimento do ICMS.

Para comprovar o dissídio jurisprudencial, indicou julgado do STJ.

Contra-razões às fls. 646/653.

Admitido o recurso especial pela divergência, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): A controvérsia gira em torno de discussão acerca da incidência do ICMS sobre mercadoria adquirida no Rio de Janeiro e remetida a consumidor final em Belo Horizonte.

O acórdão recorrido aplicou à hipótese a regra do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei nº 406/1968, considerando “irrelevante ser a remessa processada pela filial vendedora, pela matriz depositária ou pelo produtor diretamente, eis que a saída ali é caracterizada não como a *física*, mas a *jurídica*, em que a *circulação* resulta da venda, embora completada pela tradição real, acobertada pelos documentos fiscais e mercantis.” (fl. 570).

Extrai-se da leitura dos autos que o Tribunal de origem dirimiu a questão em dissonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte e, ainda, em contrariedade ao disposto no art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 406/1968, que dispõe que o fato gerador do ICMS ocorre no momento da saída da mercadoria do estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

Não vislumbro relação jurídico-tributária entre a empresa-recorrente e o Estado de Minas Gerais, pois a venda foi efetuada no Rio de Janeiro, com a respectiva emissão da nota fiscal, de onde saiu a mercadoria para o consumidor final.

Consta das razões do recurso ter restado demonstrado “que as vendas de mercadorias pela recorrente são fruto de contratos de compra e venda celebrados por sua matriz, no Rio de Janeiro; já se mostrou, igualmente, que as mercadorias não transitam pelos estabelecimentos da recorrente situados no Estado de Minas Gerais, sendo em vez disso remetidas diretamente

daquela matriz para os clientes da recorrente. Não há saída ficta das mercadorias dos estabelecimentos mineiros, mas saída real da matriz carioca” e que a filial, situada em Belo Horizonte, “em nada concorreu para a celebração do negócio jurídico.” (fl. 626).

A Fazenda Estadual não logrou infirmar o conteúdo dessas afirmações.

Tenho que o Tribunal **a quo** não deu o devido valor à prova produzida nos autos, vez que, conforme anotado no especial, a filial da empresa em Belo Horizonte sequer realiza venda de mercadorias, limitando-se à execução de serviços de instalação, manutenção e conservação de máquinas e aparelhos.

Entendo que o dissídio jurisprudencial encontra-se caracterizado e adoto como fundamentação a constante do seguinte trecho do REsp nº 9.418-MG, Relator o Ministro Ilmar Galvão, **verbis**:

“Com efeito, tratando-se de mercadoria produzida em São Paulo, onde teve início a sua circulação econômica, não haveria como privar aquela Unidade Federada do direito de sobre ela exigir o tributo, quando da saída para o Estado de Minas Gerais, ainda que destinada à filial mineira da empresa paulista.

A circunstância de a venda ter sido efetuada por intermédio da filial não modifica esse entendimento, já que o contrato de compra e venda, ainda que de natureza mercantil, não importa transferência do bem jurídico, do vendedor para o comprador, não configurando, no caso, por isso, fato gerador de ICMS.”

Ainda no mesmo sentido:

A – “Tributário. ICMS. Venda de mercadorias a consumidor final intermediada num Estado da Federação. Fatura e saída das mercadorias em outro, onde está localizado o estabelecimento industrial. Alíquota interna.

A venda a consumidor final está sujeita ao pagamento do ICMS pela alíquota interna no Estado em que ocorre a saída das mercadorias do estabelecimento industrial, ainda que o negócio tenha se realizado por meio de filial instalada no Estado em que o destinatário delas está domiciliado; a circunstância valorizada é a condição de quem as adquire, se contribuinte do imposto, ou não (CF/1988, art. 155, § 2º, VII, **a e b**).

Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp nº 41.154-MG, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJU de 16.12.1996).

B – “Tributário. ICM. Vendedor e comprador sediados em Estados-membros diversos. Fato gerador. Local da fatura da nota fiscal. Alíquota interna. CTN, arts. 97, III, 102, 108 e 114. Decreto-Lei nº 406/1968 (art. 1º). Leis estaduais MG nºs 6.763/1975 e 7.164/1977.

1. A definição do fato gerador corresponde à situação definida em lei, sintonizando a nota fiscal (expressão da ‘tradição’) o local da saída para a entrega ao consumidor final, espelhando o envolvimento do ato mercantil.

2. Repúdio à ‘saída ficta’ e à ‘analogia’ para justificação de compreensão fiscalista na venda direta ao consumidor.

3. A ingerência da legislação estadual em assunto reservado à lei complementar é sementeira de violação dos limites legais à criação de tributação.

4. No caso, o ICM tem como local de incidência aquele de onde saiu a mercadoria para o consumidor.

5. Precedentes jurisprudenciais.

6. Recurso provido.”

(REsp nº 87.862-MG, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, DJU de 24.03.1997).

Por todo o exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso especial, invertidos os ônus da sucumbência.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 94.619 – PI

(Registro nº 96.0026219-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Estado do Piauí

Advogados: Augusto César de Oliveira Sinimbu e outros

Recorrida: Mendes Júnior Engenharia S/A

Advogados: Valmir da Silva Lima e outros

**EMENTA:** Processo Civil – Contrato de empreitada entre sociedade de economia mista e o particular – Relação regida pelas normas de direito privado – Autonomia e personalidade jurídica própria – Inadimplência contratual – Citação do contratante e da pessoa jurídica de direito público, com fulcro na responsabilidade subsidiária do Estado pelas obrigações contraídas pela sociedade de economia mista – Ausência de litisconsórcio necessário – Violação do art. 47 do Código de Processo Civil e interpretação inadequada do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas – Provimento do recurso para exclusão do Estado federado.

A leitura do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas não autoriza a cobrança de obrigações pactuadas entre o particular e a sociedade anônima contra o ente de direito público a cuja administração esteja essa vinculada, sendo indevida sua citação como litisconsorte passivo necessário, até porque a provocação da constante participação do Estado-membro, União ou do Distrito Federal no pólo passivo dessas ações, estaria em confronto com o próprio texto da Constituição Federal que disciplina a intervenção do Poder Público no domínio econômico (arts. 170 e seguintes).

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 2 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministra NANCY ANDRIGHI, Relatora.

## RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Estado do Piauí interpôs o presente recurso especial, com fulcro no art. 105, III, a, da CF/1988, alegando violação ao art. 242 da Lei nº 6.404/1975, porque a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é apenas subsidiária, e não solidária, não havendo litisconsorte passivo necessário entre o Estado federado e a sociedade de economia mista.

A ementa do v. acórdão recorrido foi lavrada nos seguintes termos:

“Ação ordinária de cobrança.

A pessoa jurídica de direito público que controla a sociedade de economia mista responde, subsidiariamente, por suas obrigações.

...”

Adoto em parte o relatório do v. acórdão recorrido:

“A Construtora Mendes Júnior S/A propôs ação ordinária de cobrança contra a Companhia de Desenvolvimento Rodoviário do Piauí – Coderpi e o Estado do Piauí, como litisconsorte necessário, alegando que celebrou contrato de empreitada com aquela, para execução de obras em rodovias vicinais e estaduais; Que a companhia-ré deixou de quitar uma série de faturas referentes às obras, embora cobrada amigavelmente; Que, em 31.07.1991, a Coderpi emitiu demonstrativo, reconhecendo o débito, posteriormente atualizado (31.01.1992) no valor de Cr\$ 6.862.964.540,90 ...

Citados os suplicados, apenas o Estado do Piauí apresentou contestação, às fls. 120/123, alegando que é parte ilegítima posto que não figurou no contrato de empreitada; Que a Coderpi, por ser sociedade de economia mista, tem natureza privada, regendo-se por normas públicas apenas no que diz respeito ao seu controle, devendo, portanto, responder pelas obrigações que assumiu perante terceiros, inexistindo responsabilidade da pessoa instituidora senão nos casos de abuso de poder, ao agir como acionista controlador; Que o Estado do Piauí somente deverá ser chamado na fase de execução, para suprir eventual falta de meios financeiros por parte da Coderpi.”

É o relatório.

## VOTO

A SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora): Eis o teor do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, **verbis**:

“Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações.”

O recurso especial é cabível, tendo sido prequestionada a legislação federal em tela desde a contestação do recorrente.

Quando a alínea **a** do inciso III do art. 105 da CF/1988 se refere à decisão recorrida que “contrariar tratado ou lei federal”, está abrangendo, segundo o escólio de **Nelson Luiz Pinto**<sup>1</sup> “toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele devem subsumir-se, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, interpretando-a de modo não adequado e diferente da interpretação correta, no sentir do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do Direito federal, que é o STJ”.

A leitura do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas não autoriza a cobrança de obrigações pactuadas entre o particular e a sociedade anônima contra o ente de direito público a cuja Administração esteja essa vinculada, sendo indevida sua citação como litisconsorte passivo necessário, até porque a provocação da constante participação do Estado-membro, União ou do Distrito Federal no pólo passivo dessas ações, estaria em confronto com o próprio texto da Constituição Federal que disciplina a intervenção do Poder Público no domínio econômico (arts. 170 e seguintes).

A interpretação conferida pelo v. acórdão recorrido não é adequada porque cria hipótese de litisconsorte necessário que também não se coaduna com o art. 47 do Código de Processo Civil, sendo certo que o Estado do Piauí não é titular da relação jurídica de direito material; sua participação, por ter interesse na solução da causa, seria na qualidade de assistente e nunca de litisconsorte necessário.

A autonomia administrativa e financeira das sociedades de economia

---

1. **Pinto, Nelson Luiz**, Manual dos Recursos Cíveis, Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pp. 172/173.

mistas, criadas por lei, regidas por normas de direito privado, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, é o divisor da responsabilidade decorrente de vínculo obrigacional e aquela outra estatuída em lei, que impõe ao Estado a responsabilidade de garante da ordem pública.

Desde o advento do Decreto-Lei nº 200/1967, a sociedade de economia mista é dotada de personalidade jurídica de direito privado, não se justificando a participação de pessoa jurídica de direito público se a controvérsia foi solucionada à luz do Direito Civil.

Nesta oportunidade não é conveniente a discussão sobre a responsabilidade do Estado no caso de eventual inadimplemento da obrigação pela Coderpi, da penhorabilidade ou não de seus bens; *a uma* porque nenhum documento foi acostado aos autos no sentido de que a primeira ré, condenada à revelia, não teria saúde financeira; e *a duas* porque se estaria antecipando discussão reservada ao processo de execução.

Forte nestas razões, dou provimento ao recurso para extinguir o processo sem julgamento de mérito, em relação ao recorrente, por ser parte ilegítima passiva **ad causam**.

Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 116.927 – MG

(Registro nº 97.0000206-3)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins  
Recorrente: Companhia Real de Arrendamento Mercantil  
Advogados: Ivan Gomes Pereira e outros  
Recorrido: Conselho Regional de Economia da 10ª Região – Corecon-MG  
Advogado: Marco Antônio de Rezende Teixeira

**EMENTA:** Administrativo – Conselho Regional de Economia – Registro profissional – Instituições financeiras de arrendamento

mercantil – *Leasing* – Descabimento – Lei nº 6.839, de 1980, art. 1º – Lei nº 4.595/1964 e art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.099, de 1974 – Súmula nº 79-STJ – Precedentes.

– O só fato de abrigarem economistas, não obriga as empresas operadoras de arrendamento mercantil a registro no Conselho Regional de Economia; subordinam-se, sim, à fiscalização do Banco Central.

– Os bancos comerciais, pela possibilidade jurídica de praticarem também as operações de arrendamento mercantil, não estão sujeitos a registro nos Conselhos Regionais de Economia.

– Recurso conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Nancy Andrighi.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 08.03.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial manifestado pela Companhia Real de Arrendamento Mercantil, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pela ora recorrente nos autos da ação de embargos à execução fiscal promovidos pela Companhia em desfavor do Conselho Regional de Economia, alegando que sua atividade básica é a realização de negócios jurídicos de arrendamento mercantil (*leasing*).

O v. acórdão declarou que as empresas de arrendamento mercantil, por desenvolverem atividades econômico-financeiras, estão obrigadas a se registrar nos Conselhos Regionais de Economia (Lei nº 6.099/1974).

A ora recorrente opôs embargos de declaração, ao final rejeitados, alegando omissão no v. aresto.

Daí o apelo especial em que o ora recorrente alega ter o aresto violado o artigo 14 da Lei nº 1.411/1951, bem como divergido da Súmula nº 79 deste STJ, quando declarou que as empresas de arrendamento mercantil estão sujeitas ao registro nos Conselhos; ainda, violado o art. 1ª da Lei nº 6.839/1980, quando não observou que os bancos comerciais não estão obrigados a registro nos Conselhos Regionais de Economia.

O recurso foi inadmitido no Tribunal **a quo**.

Contra o despacho denegatório do apelo especial foi interposto o cabível agravo de instrumento a que dei provimento.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República nos termos regimentais.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Companhia Real de Arrendamento Mercantil, empresa dedicada à realização de negócios jurídicos de arrendamento mercantil, manifesta recurso especial objetivando impugnar acórdão do TRF da 1ª Região que negou provimento à apelação interposta pela recorrente especial, nos autos de embargos à execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Economia da 10ª Região, objetivando a cobrança de infração por não ter a empresa se registrado no aludido conselho.

A decisão atacada manteve a sentença do juízo singular, ao fundamento de que as empresas de arrendamento mercantil desempenham atividade econômico-financeira e por isso estão obrigadas ao registro nos Conselhos Regionais de Economia, **ex vi** do disposto nos arts. 14 da Lei nº 1.411, de 1951 e 7ª da Lei nº 6.099, de 1974, que se reporta à Lei nº 4.595, de 31.12.64.

Opostos embargos declaratórios, ao final rejeitados, suscitando o debate quanto à disposição contida no art. 1ª da Lei nº 6.839/1980, que não obriga o registro das empresas que contratam profissionais da economia apenas para assessorar suas atividades produtivas.

O v. aresto entendeu inexistente a omissão, já que decidiu o tema sustentando tese distinta da invocada pelo embargante, ora recorrente.

Daí a irresignação recursal apontando violação aos preceitos de lei federal já indicado no relatório, bem como divergência com a Súmula nº 79-STJ, sustentando que as empresas de arrendamento mercantil não estão sujeitas ao registro nos Conselhos de Economia.

É de referir que desde a inicial a recorrente especial fundamenta seu arrazoado no art. 1ª da Lei nº 6.839, de 30.10.1980, fortalecido no recurso de apelação, sob os mesmos fundamentos.

Inobstante opostos os embargos de declaração objetivando a apreciação do preceito legal referido, o Tribunal decidiu a lide com fundamento na Lei nº 6.099/1974, que no art. 7ª reporta-se às disposições da Lei nº 4.595, de 31.12.1964 para asseverar que o arrendamento é uma atividade econômico-financeira, incluindo-se entre as instituições monetárias, bancárias e creditícias, para fins de registro no CRE.

O dissídio jurisprudencial alegado, apesar de não atender, rigorosamente, às disposições regimentais legais que regulam a comprovação da divergência, tem-se por comprovado à vista do entendimento nesta egrégia Corte, quanto ao dissídio notório.

O tema é, ainda, controvertido à vista dos precedentes dos vários tribunais do País, como ilustro a seguir:

“Administrativo. Conselho Regional de Economia. Registro. Sociedade com objeto exclusivo de arrendamento. Resolução.

I – Sociedade com objetivo social restrito à prática de operações de arrendamento mercantil não está sujeita ao registro compulsório junto ao Conselho Regional de Economia, pois não tem atividades básicas inerentes à área.

II – A resolução não pode dar a força que lhe é atribuída pela autoridade coatora, pois é ato administrativo cujo objeto é a disciplina de matéria de competência específica, não podendo contrariar normas superiores, como a Lei nº 6.839/1980.

III – A existência de trabalhos internos não implica necessariamente no registro perante a autoridade impetrada.

IV – Apelação e remessa oficial improvidas.” (MS nº 03017615-SP, DOE de 16.11.1993, Relatora Juíza Ana Scartezini).

“Administrativo. Conselho Regional de Economia. Estabelecimento bancário. Inscrição.

1. Somente as entidades que trabalham com títulos e valores mobiliários estão sujeitas a registro nos Conselhos Regionais de Economia (Súmula nº 96 do extinto TFR).

2. Sendo a impetrante entidade bancária que não exerce atividade ligada à corretagem de títulos e valores, não está sujeita à inscrição no referido Conselho.

3. Remessa oficial improvida”. (REO nº 101.681-DF, DJ de 06.08.1990, Rel<sup>a</sup>. Juíza Eliana Calmon).

“Administrativo. Conselho Regional de Economia. Instituição financeira. Necessidade de registro.

I – As instituições financeiras, só por abrigarem economistas a seu serviço, não estão obrigadas a registro no Conselho Regional de Economia. O registro só é obrigatório no caso de empresas que vendem a terceiros serviços técnicos de economia e finanças.

II – Apelação a que se dá provimento.” (AMS nº 102.639-MG, DJ 11.11.1991, Rel. Juiz Jirair Neguerian).

“Administrativo. Registro profissional. Conselho Regional de Economia. Instituições financeiras. Descabimento.

– As entidades financeiras, de crédito, financiamento e investimentos, só pelo fato de abrigarem economistas em seus quadros, não estão obrigadas a registro no Conselho Regional de Economia, obrigação esta a que somente estão sujeitos aqueles que fornecem a terceiros serviços técnicos de economia e finanças.

– Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos e no colendo Supremo Tribunal Federal.

– Apelação e remessa oficial desprovidas.” (AMS nº 103.569-8, DJ de 15.10.1990, Rel. Juiz Vicente Leal).

Cito, ainda, a AC nº 68.540-RJ (19.11.1981), frisando não ter sido a questão analisada sob a ótica da Lei nº 6.839/1980 invocada pelo recorrente:

“Administrativo. Conselho Regional de Economia. *Leasing*.

As empresas de arrendamento mercantil estão sujeitas ao registro reclamado.

Não se conheceu da remessa oficial.

Negou-se provimento ao recurso.” (AC nº 68.540-RJ, DJ de 19.11.1981, Rel. Min. Sebastião Alves dos Reis).

Deste STJ, cito julgado proferido pela egrégia Primeira Turma, unânime, conduzido pelo voto do Min. Demócrito Reinaldo (REsp nº 79.594-BA, DJ de 06.05.1996) assim resumido:

“Administrativo. Empresa de crédito, financiamento e investimento. Conselho Regional de Economia. Registro. Inexigência.

A Lei nº 6.839, de 1980 (artigo 1º), modificou a Lei nº 1.411, de 1951 (artigo 14, parágrafo único), no sentido de que as empresas se sujeitam a registro perante as entidades fiscalizadoras do exercício das diferentes profissões, mas em função de sua atividade básica.

Em razão de sua atividade precípua, as casas bancárias são supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, inexigindo-se-lhes registro nos Conselhos Regionais de Economia. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte.

Recurso provido, sem discrepância.”

Vale referir que a Súmula nº 96 do TFR sujeita apenas as entidades que trabalham com títulos e valores mobiliários ao registro nos Conselhos Regionais de Economia.

E a Súmula nº 79 do STJ referida pelo recorrente, exime os bancos comerciais do registro já mencionado.

O arrendamento mercantil somente pode ser realizado por pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade anônima (Resolução nº 2.309, art. 4º, do Bacen) aplicando-se a ela, no que couber, as mesmas condições estabelecidas na Lei nº 4.595, de 31.12.1964 e legislação posterior, para o funcionamento de instituições financeiras. Deve estar registrada e autorizada a funcionar pelo Banco Central, exigindo-lhe o art. 2º, § 2º, da Lei nº 6.099, que o arrendamento mercantil seja o objeto principal de sua atividade, ou, se se tratar de estabelecimentos bancários, que centralize as operações de arrendamento em departamento especializado com escrituração própria.

As empresas praticantes de operações de arrendamento mercantil se encontram, pois, submetidas à fiscalização do Banco Central.

É certo que a Lei nº 6.839, de 1980 (art. 1º) modificou a Lei nº 1.411, de 1951 (art. 14, parágrafo único) determinando a subordinação das empresas a registro perante as entidades fiscalizadoras do exercício das diferentes profissões, mas o fez em função de sua atividade básica, o que significou a exclusão dos bancos do registro no Conselho Regional de Economia (Súmula nº 79-STJ). Ora, se o arrendamento mercantil pode ser praticado também por bancos comerciais, desde que mantenham departamentos especializados com escrituração própria, já se vê que a atividade pode ser exercida por uma plêiade de profissionais não formados em Economia. Aliás, em se tratando de arrendamento de bens móveis ou imóveis, é de supor-se absolutamente necessário o profissional de engenharia da novíssima especialidade de “engenharia das avaliações” no quadro de pessoal da empresa de *leasing* ou do departamento especializado em arrendamento mercantil dos bancos comerciais. Seria, então, o caso de impor-se também o seu registro no Conselho de Engenharia? Demais disso, podendo coexistir, no mercado do arrendamento mercantil empresas típicas e bancos comerciais com departamentos especializados, indaga-se: seria possível exigir-se daquelas o registro dispensando-se os bancos de fazê-lo como já assentou a Súmula nº 79-STJ?

Penso que não é possível distinguir se entre empresas exploradoras do mesmo ramo de atividade, submetidas à fiscalização do mesmo órgão – o Bacen – para exigir apenas de uma o registro no Conselho de Economia.

O só fato de abrigarem economistas, não obriga as empresas (inclusive bancos mantenedores de departamentos especializados) operadoras de arrendamento mercantil a registro no Conselho de Economia; subordinam-se, sim, à fiscalização do Banco Central.

À vista do exposto e com base na Súmula nº 79-STJ, que se aplica à espécie pela possibilidade jurídica de praticarem também os bancos as operações de arrendamento mercantil, conheço do recurso e lhe dou provimento, invertidos os ônus da sucumbência.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 175.949 – DF

(Registro nº 98.0039401-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Havelock James Campbell

Advogado: Océlio de Medeiros Júnior

Recorrida: União

**EMENTA:** Estrangeiro – Visto provisório – Transformação em definitivo – Lei nº 7.685/1988 – Prazo – Ampliação – Impossibilidade – Direito líquido e certo – Inexistência – Recurso especial – Ausência de questionamento – Medida cautelar – Indeferimento liminar.

1. A medida cautelar deve ser intentada em autos apartados e dirigida ao Tribunal competente para julgar o recurso previamente interposto. Cautelar indeferida de plano porque requerida ao arrepio das normas processuais pertinentes.

2. O acórdão recorrido fundamentou-se na Lei nº 7.685/1988 e no art. 126/CPC, que impõe ao juiz aplicar a norma legal existente dentro dos seus limites, no caso, o art. 6º da mencionada lei, cujo prazo nele estabelecido não pode ser ampliado.

3. A questão federal contida no art. 183/CPC, concernente aos prazos judiciais, não foi devidamente questionada.

4. O recorrente dispunha de 90 dias para requerer a transformação da sua permanência provisória, no território nacional, em definitiva, o que poderia ser feito até por intermédio de procurador. Atestado médico acobertando o seu impedimento por apenas 5 dias naquele lapso de 3 meses, não tem serventia para configurar direito líquido e certo à dilatação do prazo pretendido.

5. Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Francisco Falcão.

Brasília-DF, 14 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Havelock James Campbell impetrou mandado de segurança contra o indeferimento do seu pedido de transformação da estadia provisória em permanente, no Brasil, pelo Diretor do Departamento competente do Ministério da Justiça, que o considerou extemporâneo por ter ultrapassado, em cinco dias, o prazo estabelecido para esse fim, não tendo levado em conta a justa causa, comprovada por atestado médico, que o impedira de protocolizar o requerimento em 11.04.1993.

A sentença concedeu a ordem, confirmando o deferimento do pedido de liminar, e foi reformada no TRF da 1ª Região pelos motivos expostos no acórdão de fls. 73/83, dentre os quais o de que o impetrante tivera 90 dias, contados do término da validade do registro provisório, para requerer a transformação e a justificativa apresentada cobre apenas 5 dias, esboroando-se a alegada força maior ou justa causa, estando o aresto assim resumido na ementa:

“Estrangeiro. Requerimento de transformação do visto provisório em permanente. Prazo. Intempestividade. Força maior. Inexistente. Pedido Improcedente. 1. Intempestivo é o requerimento de transformação do visto provisório em permanente quando o interessado deixar de apresentá-lo, sem motivo justo, no prazo especificado no art. 6º da Lei nº 7.685/1988. 2. Apelação e remessa oficial providas. 3. Sentença reformada. 4. Segurança denegada.”

Inconformado, o impetrante manifestou o presente recurso especial, encabeçado por medida cautelar inominada pleiteando o recebimento do apelo também no efeito suspensivo devido à iminência de deportação, o que lhe causará prejuízo de difícil reparação, e quanto ao mérito, tecendo considerações sobre o desacerto do acórdão regional pede seja ele reformado por ofensa ao art. 183/CPC.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi admitido na origem, tendo o ilustre juiz prolator do despacho deixado a apreciação da medida cautelar para a instância **ad quem**.

Remetido a esta Corte e cabendo-me relatá-lo, dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Examino, primeiramente, a medida cautelar conjuminada com o recurso especial que não se compadece com as normas processuais para sua interposição (arts. 796 e segs. do CPC), por isso a indefiro de plano.

Com efeito, a cautelar deve ser intentada em autos apartados e dirigida ao tribunal competente para julgar o recurso previamente interposto, citando-se o requerido para contestá-la, procedimentos não seguidos pelo recorrente.

Quanto ao recurso especial propriamente dito, vale transcrever alguns trechos do acórdão impugnado.

Após transcrever os arts. 2<sup>a</sup> da Lei nº 7.685/1988, e 5<sup>a</sup> do Decreto nº 97.031/1988, diz o aresto:

“A propósito, o art. 6<sup>a</sup> da acima mencionada Lei nº 7.685/1988 dispõe sobre o término da validade do registro, **verbis**:

‘Art. 6<sup>a</sup> – Finda a prorrogação de que trata o artigo anterior, o registro provisório poderá ser transformado em visto permanente, nos termos da legislação em vigor, mediante requerimento apresentado nos 90 (noventa) dias que antecederam o final daquele período.’”

“Assim, atentando-se para o fato de que a concessão do registro provisório se efetiva com o expedido da cédula da identidade do estrangeiro, tendo a validade de dois anos a partir da data de sua expedição, verifica-se que não há incongruência entre os dispositivos normativos transcritos acima, ao contrário do asseverado na r. sentença recorrida.”

“De acordo com o documento de fl. 25, consta que a data de expedição da cédula de identidade se deu no dia 10.04.1991, justificando o porquê da validade ter sido deferida até o dia 11.04.1993.”

“Nestas condições, teve o apelado o prazo de noventa dias anteriores ao término da validade de registro provisório para transformá-lo em permanente, período que mediou entre 11.01.1993 a 11.04.1993. Nesse lapso de tempo, constata-se não ter o impetrante, ora apelado, adotado as providências necessárias à regularização da sua situação de estrangeiro em território nacional.”

“Apenas em 16 de abril de 1993 buscou o cumprimento da norma, alegando não ter agido anteriormente, por motivo de força maior, no caso, em decorrência de doença, nos termos do atestado médico de fl. 27.”

“Tal, todavia, já não era mais possível, face aos prazos estritos fixados nos anteriormente transcritos arts. 2<sup>a</sup> e 6<sup>a</sup> da Lei n<sup>a</sup> 7.685/1988, que não admitem prorrogação, devendo-se, até mesmo, argumentar acerca do porquê não ter agido o apelado em momento anterior, dentro do período de 90 (noventa) dias que a norma lhe conferia.”

.....

“Dessa forma, resulta bastante claro que a manutenção da sentença recorrida – tornando possível a dilatação do prazo legalmente estipulado, sob argumento da existência de força maior – implicará, necessariamente, na ofensa aos anteriormente transcritos arts. 2<sup>a</sup> e 6<sup>a</sup> da Lei n<sup>a</sup> 7.685/1988.”

“Além do mais, também será violado o art. 126 do Código de Processo Civil.”

.....

“É que havendo norma legal aplicável à hipótese – como ocorre no caso em comento – não pode deixar o juiz de aplicá-la, salvo se, eventualmente, nela vislumbrar eiva de inconstitucionalidade a maculá-la, o que não ocorreu na v. sentença recorrida, que limitou-se a afastar a sua aplicabilidade, sob entendimento de ter ocorrido força maior.”

“Ocorre, que se verifica não se encontrar a força maior incluída dentre as hipóteses em que o juiz pode se eximir de aplicar o texto da lei, o que levou a v. decisão recorrida a ofender o acima transcrito art. 126 do Código de Processo Civil.”

Arrematando, mais adiante:

“Acontece, porém, que ao impetrante fora concedido um prazo de 90 (noventa) dias para apresentar seu requerimento, sendo que o atestado médico de fl. 27 refere-se apenas a 5 dias de enfermidade. Acrescente-se a isso, a possibilidade da outorga de procuração a terceiro para a entrega do requerimento.

Assim, **data venia**, não ficou comprovado que o impetrante deixou de apresentar seu requerimento no prazo legal por motivo justo.

Por conseguinte, inexistiu na espécie ato ilegal ou abuso de poder.” (fls. 76/81).

Estribando-se no permissivo da letra a, o recorrente alega ter sido violado o art. 183/CPC, por não ser reconhecido o justo motivo e/ou força maior que o impediu de requerer a transformação do “visto” no tempo devido. Entretanto, verifica-se da transcrição acima que o acórdão fundamentou-se em dispositivos da Lei nº 7.685/1988 e no art. 126 do Diploma Processual, que impõe ao juiz aplicar a norma legal existente dentro nos seus limites, não podendo ampliar o prazo estabelecido no art. 6º da mencionada Lei nº 7.685/1988, sem referir-se ao invocado art. 183 que carece do indispensável prequestionamento.

Observe-se que a regra contida no art. 183, integrante do Capítulo III do Código de Processo Civil, concerne aos prazos judiciais, cujo descumprimento pela parte só poderá ser elidido por justo motivo comprovado, que não pode ser confundido com o da justa causa e/ou da força maior do direito material.

Ainda admitida como válida a alegação do recorrente, é de ressaltar-se que o § 1º do referido artigo dispõe ser a justa causa o “evento imprevisível, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário”.

Ora, como salientado no acórdão, o recorrente dispunha do dilatado prazo de 90 dias para requerer a transformação da sua permanência no território nacional em definitiva, pessoalmente ou por procurador constituído para esse fim, e o atestado médico acobertando o seu impedimento por apenas 5 dias não é suficiente para comprovar a justa causa por todo aquele período. Muito menos tem serventia para conferir-lhe o direito líquido e certo à dilação do prazo pretendida.

Por tudo isso, seja pela falta de prequestionamento do art. 183/CPC, seja por sua inaplicabilidade à espécie, seja pela inexistência do alegado direito líquido e certo, seja, enfim, por não ter sido ilegal ou abusivo o ato objurgado, não conheço do recurso.

---

---

**RECURSO ESPECIAL Nº 178.904 – AC**  
(Registro nº 98.0045127-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Estado do Acre  
Advogados: Roberto Ferreira da Silva e outros  
Recorrido: Tribunal de Contas do Estado do Acre  
Advogado: João Izidro de Melo Neto

EMENTA: Constitucional e Processual – Art. 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994 – Capacidade postulatória de assessor do Tribunal de Contas do Estado do Acre exclusivamente na defesa de prerrogativa institucional, devidamente inscrito nos quadros da OAB – Excepcionalidade – Ato coator de governador de Estado que glosa repasse dos duodécimos constitucionais para o Tribunal de Contas Estadual – Ente despersonalizado, dotado de personalidade judiciária – Impossibilidade de exercício do *jus postulandi* pelo procurador do Estado, tendo em vista a colidência de interesses – Não configuração de impedimento, ainda que o patrocínio da causa seja contra o Estado, porque violado direito-função do órgão público pelo representante da pessoa jurídica de direito público.

I – Desde que o advogado ocupante de cargo em comissão na Administração Pública exerça a advocacia estritamente institucional e na excepcional hipótese de defesa de direitos-função do órgão público a que pertença, não há ofensa ao art. 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994, enquanto “assentada em circunstância que se modifica no tempo”, qual seja a tomada de providências para organização de seu quadro jurídico mediante regular certame público.

II – É direito público subjetivo do Tribunal de Contas do Estado do Acre a defesa de seu direito-função ao controle das contas públicas, profanada por ato coator que sustou repasse de setenta por cento dos recursos referentes aos duodécimos da dotação orçamentária, em desobediência à norma da Constituição Estadual que reproduz o art. 168 da CF/1988.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 14 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministra NANCY ANDRIGHI, Relatora.

---

Publicado no DJ de 03.04.2000.

## RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI: Cuida-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, a, da CF/1988, em face de v. acórdão, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“Mandado de segurança. Irregularidades postulatória e de representação do patrono do impetrante. Vinculação dos repasses dos duodécimos ao fluxo de arrecadação. Inadmissibilidade.

1. A assinatura do representante legal da pessoa jurídica de direito público, impetrante do *writ*, na inicial do mandado de segurança, embora desnecessária, não dá causa à inépcia daquela peça, quando subscrita também por advogado regularmente inscrito na OAB.

2. Não está sujeito ao alcance do impedimento do artigo 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994, o advogado que embora mantenha vínculo funcional com entidade da Administração Pública Estadual, venha patrocinar causa de interesse contrário desta exercendo a advocacia no âmbito de suas atividades institucionais. Aplicação do art. 29 do Estatuto da OAB.

3. O Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo goza de independência político-administrativa, devendo receber prioritariamente os valores duodecimais da dotação orçamentária, não estando portanto, o repasse determinado no artigo 38, §§ 2º e 3º, da Constituição Estadual, sujeito à programação financeira e ao fluxo da arrecadação.

4. Mandado de segurança deferido para determinar a efetivação dos repasses, com exclusão dos atrasados, em face da aplicação da Súmula nº 271 do STF.”

O recurso é parcial, insurgindo-se, a recorrente, apenas contra a representação processual do Tribunal de Contas do Estado do Acre, que, em mandado de segurança impetrado em face do Estado do Acre para perceber o

repassa dos duocédimos (art. 168 da CF/1988), sem nenhuma glosa inconstitucional, foi feita por assessor da Presidência do Tribunal de Contas, cargo em comissão, exercido por bacharel em Direito, mas que estaria impedido de atuar contra o Estado que o remunera.

Narra o recorrente que:

“O ponto focal da irresignação é a segunda parte da ementa do aludido acórdão, ressaltando-se, **ipsis litteris**:

‘2. Não está sujeito ao alcance do impedimento do artigo 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994, o advogado que embora mantenha vínculo funcional com entidade da Administração Pública Estadual, venha patrocinar causa de interesse contrário desta exercendo a advocacia no âmbito de suas atividades institucionais. Aplicação do art. 29 do Estatuto da OAB.’

**Concessa maxima venia**, o teor do supracitado dispositivo estabelece contrariedade ao disposto na Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), no que concerne ao cotejo, em especial, com o art. 30, inciso I, e ainda como art. 4º, parágrafo único; bem como com o art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, tudo em conformidade com a demonstração do cabimento do recurso; perfeitamente caracterizada, portanto, a ocorrência de hipótese constitucional, mercê do disposto no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.”

É a exposição.

Dispensei a remessa dos autos ao douto Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

Inclua-se em pauta.

## VOTO

A SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora): Conheço o recurso especial pela alegação de suposta infringência ao art. 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994 (EOAB), uma vez que o v. acórdão recorrido não apreciou os demais dispositivos impugnados, que não foram objeto de oposição de embargos declaratórios, portanto, ausente pressuposto constitucional de

sua admissibilidade recursal, qual seja, o prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356, ambas do Excelso Supremo Tribunal Federal).

Ao rejeitar a preliminar de irregularidade de representação processual, o voto-condutor do eminente Des. Arquilau Melo do TJAC, consignou:

“Requerem, os impetrados ainda em linha de preliminar, novamente a extinção do feito, aduzindo que a inicial foi subscrita por advogado impedido de advogar contra o Estado do Acre por ser assessor jurídico do Tribunal de Contas.

Estabelece o art. 30, inciso I, do Estatuto dos Advogados, que são impedidos de exercer a advocacia os servidores da Administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou qual seja vinculada a entidade empregadora.

O Dr. João Izidro de Melo Neto, subscritor da inicial, exerce o cargo de assessor da Presidência do Tribunal de Contas, função esta que, à luz da Lei nº 8.906/1994, lhe impede de advogar contra o Estado do Acre.

...

Portanto, a solução apontada pela jurisprudência seria de suspender o curso do processo para que o Tribunal de Contas contratasse novo advogado. Entretanto, a situação fática aponta para outro fecho, em razão das características peculiares que se apresentam.

O Tribunal de Contas do Estado é órgão auxiliar da Assembléia Legislativa e das Câmaras Municipais, assim, a rigor, quem deve estar em juízo propugnando defesa de seus interesses, é o Estado, através da Procuradoria Geral.

Ocorre que, a ação foi impetrada contra o Governador do Estado, que tem como advogado natural o Procurador-Geral do Estado.

Situação essa **sui generis** porque encontra-se tanto no pólo ativo como no passivo o próprio Estado.

...

**In casu**, o Assessor da Presidência do Tribunal de Contas, exerce a advocacia no âmbito de suas atividades institucionais, ou seja, assessorando o órgão presidencial daquela Corte de Contas. O advogado não está patrocinando uma causa, em nome de um particular, contra o Estado, mas está em juízo em defesa dos direitos próprios do seu

órgão empregador, direitos estes inerentes à instituição que lhe remunera.

Considerando então que o objeto do **mandamus** visa assegurar direito próprio, inerente à instituição, não vislumbramos neste caso o impedimento do subscritor da inicial, que somente em razão do cargo que efetivamente exerce naquela Corte, impetrou a presente ação.

Ademais, não seria de bom senso exigir que o Estado fosse obrigado a contratar advogado particular.

Nesse sentido, em razão das peculiaridades da situação fática, votamos pelo desacolhimento desta preliminar.”

É assente na jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal a possibilidade de órgãos despersonalizados da Administração Pública, em defesa de prerrogativas institucionais, atuarem em juízo.

Com efeito, no MS nº 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, asseverou-se que “entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados *direitos-função*, que têm por objeto a *posse e o exercício da função pública pelo titular* que a detenha, *em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável*, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, *tendente a obstar ou usurpar o exercício da integridade de seus poderes ou competências*”. (Sem grifos no original).

**In casu**, é irrefutável o direito público subjetivo do Tribunal de Contas do Estado do Acre de defesa de seu direito-função ao controle das contas públicas que restaria inviabilizado pela perpetuação do ato coator que impediu o repasse financeiro da quase totalidade<sup>1</sup> (Decreto Estadual nº 632, de 09.08.1995) dos recursos referentes aos duodécimos das dotações orçamentárias, que faziam jus por norma da Constituição Estadual que reproduz o art. 168 da CF/1988<sup>2</sup>, bem como da Lei Estadual nº 1.152, de 19.01.1995.

Veja-se o decidido no MS nº 21.239-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, publ. no DJ, p. 237, em 23.04.1993:

---

1. Art. 1<sup>ª</sup>. Ficam bloqueadas todas as dotações orçamentárias de todos os órgãos que compõem o Orçamento do Estado para 1995, em 70% (setenta por cento) do valor corrigido.

2. Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9<sup>ª</sup>.

“I – Mandado de segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência.

1. A legitimidade **ad causam** no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. **Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano**), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem; incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências; a solução negativa importaria em ‘subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’.

2. A jurisprudência – com amplo respaldo doutrinário (v.g., **Victor Nunes, Meirelles, Buzaid**) – tem reconhecido a capacidade ou ‘personalidade judiciária’ de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas.

3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente – porque instrumento essencial de sua atuação – e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais.

4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos.

....”

Neste sentido já se posicionou esta Corte Superior de Justiça:

“Constitucional. Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Ação popular. Ato da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Personalidade jurídica. Capacidade processual em juízo. Defesa de interesses institucionais próprios e vinculados à sua independência e funcionamento. Atuação como substituto processual. Precedentes.

...

6. Ao impetrar o **mandamus** em face da decisão da Décima Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo – que, na realidade, é o próprio Poder Legislativo – agiu em nome próprio, nos termos do art. 9º da Constituição Estadual, posto que o ato judicial combatido não afeta tão-somente os direitos dos Srs. Deputados Estaduais, individualmente considerados, mas uma prerrogativa institucional assegurada constitucionalmente ao Poder Legislativo e de fundamental importância para o efetivo exercício de sua atividade-fim. Ressalte-se que o ato impugnado configura, em última análise, inconstitucional ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, pois afronta o princípio da independência dos três Poderes.

7. Na situação examinada não se trata de se enquadrar o fenômeno processual em debate no círculo da substituição processual ou da legitimidade extraordinária. O que há de se investigar é se a Assembléia Legislativa está a defender interesses institucionais próprios e vinculados ao exercício de sua independência e funcionamento, como de fato, **in casu**, está. A ciência processual, em face dos fenômenos contemporâneos que a cercam, tem evoluído a fim de considerar como legitimados para estar em juízo, portanto, com capacidade de ser parte, entes sem personalidade jurídica, quer dizer, possuidores, apenas, de personalidade judiciária.

8. No rol de tais entidades estão, além do condomínio de apartamentos, da massa falida, do espólio, da herança jacente ou vacante e das sociedades sem personalidade própria e legal, todos por disposição de lei, hão de ser incluídos a massa insolvente, o grupo, classe ou categoria de pessoas titulares de direitos coletivos, o Procon ou órgão oficial do consumidor, o consórcio de automóveis, as Câmaras Municipais, as Assembléias Legislativas, a Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário, quando defenderem, exclusivamente, os direitos relativos ao seu funcionamento e prerrogativas.

9. Precedentes jurisprudenciais.

10. Recurso provido, reconhecendo a recorrente como parte legítima para impetrar o mandado de segurança em exame, pelo que o egrégio Tribunal **a quo** deve prosseguir com o julgamento do mérito da pretensão argüida.”

(ROMS nº 8.967-SP, Rel. Designado Min. José Delgado, Primeira Turma, publ. no DJ, p. 54, em 22.03.1999).

Também é iterativa a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal de que “A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados – a própria independência político-jurídica daquelas instituições”. (MSAQO – Agravo Regimental em Mandado de Segurança – Questão de Ordem, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, publ. no DJ, p. 36331, em 27.10.1995).

Feitas essas ponderações, é de se adentrar propriamente no mérito da questão recursal, qual seja, a possibilidade de assessor jurídico de órgão despersonalizado, sem violação do art. 30, I, da Lei nº 8.906/1994, proceder a sua representação processual na defesa de prerrogativas institucionais, dos chamados *direitos-função*, obstadas pela pessoa jurídica de direito público que integra a Administração Pública local.

À Procuradoria do Estado do Acre incumbe a defesa judicial e extrajudicial da Administração Pública Acreana, o que importa no reconhecimento de que sendo

“O Tribunal de Contas do Estado é órgão auxiliar da Assembléia Legislativa e das Câmaras Municipais, assim a rigor quem deve estar em juízo propugnando defesa de seus interesses é o Estado, através da Procuradoria Geral.

Ocorre que, a ação foi impetrada contra o Governador do Estado, que tem como advogado natural o Procurador-Geral do Estado.

Situação essa **sui generis** porque encontra-se tanto no pólo ativo como no passivo o próprio Estado.”

O Tribunal de Contas de Estado tem legitimidade para figurar no pólo ativo do mandado de segurança, na hipótese em que defenda prerrogativas institucionais. O que importa saber é a adequação de sua representação processual, a fim de ser atendido pressuposto processual de validade.

No RE nº 106.923-RS, Rel. Min. Sidney Sanches, Primeira Turma, publ. no DJ, p. 575, em 12.08.1988, foi apreciada hipótese análoga ao dos autos, fazendo-se remissão a precedente do Excelso Supremo Tribunal Federal, onde o Tribunal de Contas do Ceará, representado por procurador habilitado, contra ato acoimado ilegal do Governador do Estado, **in verbis**:

“A RTJ-43/151 reproduz julgado da Primeira Turma, de que foi Relator o saudoso Ministro Victor Nunes Leal, em que se tomou conhecimento de RE interposto pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em processo de mandado de segurança contra este impetrado pelo próprio Estado.

Já no precedente relatado pelo saudoso Ministro Rodrigues Alckmin (RTJ-69/475), o próprio mandado de segurança fora impetrado pelo Conselheiro-Presidente no interesse do Tribunal de Contas do Ceará contra atos do Governador e do Vice-Presidente da Assembléia Legislativa do Estado.

E o eminente Plenário desta Corte, por maioria de votos, vencido apenas o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, não só admitiu o mandado de segurança impetrado pelo Presidente, como o recurso interposto em nome do Tribunal de Contas, por advogado constituído, prevalecendo o voto do eminente Ministro Rodrigues Alckmin, que assim ementou o julgado:

‘Mandado de segurança impetrado pela Presidência do Tribunal de Contas contra atos do Governador e da Assembléia Legislativa, ditos ofensivos da competência daquele Tribunal. Legitimidade ativa. Órgão público despersonalizado e parte formal. Defesa do exercício da função constitucionalmente deferida ao Tribunal de Contas. Poder jurídico, abrangido no conceito de Direito Público subjetivo. Mandado de segurança cabível. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (RTJ-69/475).

É este o teor do voto do eminente Ministro Rodrigues Alckmin, nos pontos que, de uma forma direta ou indireta, interessam à solução da questão preliminar aqui também suscitada (RTJ-69/479 a 481), **verbis**:

*‘Primeiramente, não é exato que somente as pessoas físicas e jurídicas tenham capacidade de ser parte e de estar em juízo.*

Embora sem personalidade jurídica, há partes em sentido formal (a massa falida, a herança ou espólio). E que o Tribunal de Contas, como parte formal, possa estar em juízo, *passivamente*, coisa é indubitosa, diante de texto constitucional (art. 119, I, i) que atribui a este Supremo Tribunal competência originária no tocante a mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União.

*Não se vê, pois, razão para que se lhe negue a qualidade de parte formal ativa, desde que demonstre interesse em estar em juízo.*

*E como consequência, lícito lhe é fazer representar-se por profissional habilitado. Já temos, aqui, admitido a intervenção de Tribunal, por meio de advogados. A Procuradoria Judicial dos Estados zela pelos interesses da Administração e os órgãos do Legislativo, como os do Judiciário, não têm o poder de determinar-lhe a atuação para a defesa do que entendam seus direitos.*

Legítima, assim, é a representação da impetrante’.”

O v. acórdão recorrido não merece censura. Com efeito, não organizada carreira de Procurador do Tribunal de Contas local, e sendo que sua representação, como órgão do Poder Legislativo local, seria feita, em tese, pela Procuradoria do Estado, com nítido patrocínio de interesses conflitantes, é razoável o entendimento de aproveitamento dos próprios quadros de assessores jurídicos, inscritos nos quadros da OAB, para tal mister.

Tal solução, é certo, é excepcional, e dada no interesse público de proteção de prerrogativas institucionais em conflito com a pessoa jurídica de direito público a que pertence o ente despersonalizado, mas dotado de personalidade judiciária, bem como a fim de se evitar o perecimento do direito e de se prestigiar o princípio da economicidade.

Dada a ausência de provimento de cargo público, através do democrático instituto do concurso público, para representação judicial do próprio Tribunal de Contas, admite-se, transitoriamente, até a instituição de carreira própria no âmbito estadual, que a capacidade postulatória seja procedida por advogado regularmente inscrito na OAB, integrante da assessoria jurídica do órgão.

Tais razões de decidir têm o amparo da decisão proferida pelo Excelso

Supremo Tribunal Federal no HC nº 70.514, Rel. Min. Sidney Sanches<sup>3</sup>, quando se admitiu a manutenção de situação aparentemente inconstitucional (prazo em dobro para a Defensoria Pública) atribuindo-a legitimidade, porque assentada em circunstância que se modifica no tempo, e coibindo uma inconstitucionalidade maior que surgiria com a subjugação de prerrogativa institucional (direito-função) pelo Estado, como técnica de decisão de controle de constitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade.

De qualquer sorte, ao menos deveria ser assegurado ao recorrido o direito de regularizar sua representação pela contratação de outro advogado, o que não se mostra razoável se o Estado arcará com dubiedade de ônus.

Desde que o advogado ocupante de cargo em comissão na Administração Pública exerça a advocacia estritamente institucional e na excepcional hipótese de defesa de direitos-função do órgão público a que pertença, não há ofensa ao art. 30, inciso I, da Lei nº 8.906/1994, enquanto “assentada em circunstância que se modifica no tempo”, qual seja a tomada de providências para organização de seu quadro jurídico mediante regular certame público.

Forte nestas razões, não havendo ofensa a dispositivo de lei federal, pelas peculiaridades apresentadas, não conheço o recurso.

É como voto.

---

3. “1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública”.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 190.102 – SP

(Registro nº 98.0071922-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti  
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo  
Procuradores: Washington Luiz Nogueira Fernandes e outros  
Recorrida: Cromaton Indústria e Comércio de Plásticos Ltda  
Advogados: Renato de Luiz Júnior e outro

**EMENTA:** Execução fiscal – Embargos – Empresa sob concordata – Multa moratória – Exclusão.

1. Segundo a jurisprudência dominante da Corte exclui-se a multa fiscal da responsabilidade da concordatária, aplicando-se extensivamente a regra do art. 23 do Decreto-Lei nº 7.661/1945 com apoio no preceituado no art. 112 do Código Tributário Nacional.

2. Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

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

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro PAULO GALLOTTI, Relator.

---

Publicado no DJ de 21.02.2000.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: A Fazenda do Estado de São Paulo interpõe recurso especial assentado em violação ao art. 23, parágrafo único, inciso III, do Decreto-Lei nº 7.661/1945 (Lei de Falências), além de dissídio jurisprudencial.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão assim ementado:

“1. Execução fiscal. Apelante em regime de concordata preventiva. Exclusão da multa moratória. Admissibilidade. Recurso provido.

2. ICMS. Correção monetária. Ufesp/IPC/Fipe. Legalidade. Recurso improvido.” (fl. 81).

Sustenta a recorrente, em síntese, que a exclusão da multa fiscal somente pode ocorrer em casos de falência e não na concordata.

Aduz, ainda, que os efeitos da concordata atingem apenas os credores quirografários, comerciais ou civis e o cancelamento da multa traria prejuízo à Fazenda, credora privilegiada.

Houve contra-razões às fls. 111/122.

Ao especial formulado pela empresa foi negado seguimento.

Admitido o recurso da Fazenda do Estado de São Paulo, subiram os autos ao Tribunal.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): A questão objeto do especial cinge-se, exclusivamente, sobre ser devida ou não, em execução fiscal, a multa moratória, estando a empresa devedora em regime de concordata preventiva.

A jurisprudência dominante na Corte é no sentido de que, embora não aplicável à concordata a regra do art. 23 do Decreto-Lei nº 7.661/1945, afasta-se a multa fiscal com apoio no preceituado no art. 112 do Código Tributário Nacional, segundo o qual deve a lei tributária que define infrações ou comina penalidade ser interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte.

Confira-se os precedentes:

A – “Tributário e Processual Civil. Embargos à execução fiscal. ICMS. Cobrança de multa moratória. Exclusão. Empresa em regime de concordata com posterior declaração de falência. Art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei nº 7.661/1945. Aplicação. Inteligência das Súmulas nºs 192 e 565 do STF.

1. Na espécie, encontrando-se a empresa em concordata, evidenciando-se, destarte, a dificuldade de saldar as suas dívidas, é viável o afastamento da exigibilidade da multa moratória, consoante o artigo 112 do CTN, e seguindo corrente jurisprudencial oriunda do Pretório Excelso.

2. Não obstante o teor desse artigo não conter expressa menção do benefício ao contribuinte que se acha em estado de concordata, tal entendimento advém de interpretação extensiva externada pelo Supremo Tribunal Federal, hodiernamente pacificada jurisprudencialmente, também, por esta Corte, no sentido de que o afastamento

da exigibilidade da multa fiscal não é questão de aplicação do art. 23 do Decreto-Lei nº 7.661/1945, mas, sim, do art. 112, II, do CTN – não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal moratória, por constituir pena administrativa (Súmulas nºs 192 e 565 do STF).

3. Recurso especial improvido.”

(REsp nº 183.512-SP, Relator para acórdão o Ministro José Delgado, DJU de 06.09.1999).

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

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

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

III – Recurso provido. Decisão unânime.”

(REsp nº 168.986-PR, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 17.05.1999).

Aplicável, portanto, à presente hipótese o Enunciado nº 83 da Súmula do Tribunal, razão por que não conheço do recurso especial.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 220.043 – SP

(Registro nº 99.0055169-9)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Universidade de São Paulo – USP

Advogados: Juarez Rogério Félix e outros

Recorrido: Júlio César de Sá Volotão

Advogado: Rubens Pestana de Andrade

**EMENTA:** Administrativo – Ensino superior – Estudante filho de integrante das forças armadas – Remoção – Transferência de matrícula – Direito assegurado.

Estudante universitário filho e dependente de Oficial das Forças Armadas, removido para outra Unidade da Federação, tem direito à transferência de matrícula para estabelecimento de ensino congênere localizado no Município da nova sede de serviço do seu genitor ou no mais próximo.

Recurso especial improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Nancy Andrighi.

Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 13.03.2000.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Júlio César de Sá Volotão, matriculado no 2<sup>a</sup> ano do Curso de Direito no Instituto Metodista Bennet – Faculdades Integradas Bennet – Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo – USP que negou o seu pedido de transferência para aquela Universidade em virtude de seu pai e do qual é dependente, oficial da Aeronáutica, ter sido removido para a capital do Estado de São Paulo.

A liminar foi deferida, em 14.02.1996, sendo confirmada pela sentença,

mantida no Tribunal de Justiça Estadual pelos motivos expostos no acórdão de fls. 107/111 assim resumidos na ementa:

“Transferência escolar. Aluno dependente economicamente de servidor público federal. Transferência compulsória do servidor, pela Administração para outra localidade. Pretensão à transferência escolar. Omissão. Mandado de segurança. Liminar deferida. Ordem concedida. Reexame necessário que se considera interposto. Recursos não providos.”

Inconformada, a USP interpôs recursos extraordinário e especial, este pelo fundamento da letra **a**, alegando má aplicação do art. 100 da Lei nº 4.024/1961, com a redação da Lei nº 7.037/1982, e negativa de vigência ao art. 3º da Lei nº 5.540/1968, invocando, inclusive, a autonomia da Universidade que estabelece os critérios para transferência de alunos de outros estabelecimentos de ensino.

Oferecidas contra-razões, aos dois recursos, apenas o especial foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo de instrumento para o egrégio STF.

Remetido o especial a esta Corte e cabendo-me relatá-lo, dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator):  
Ementa: Administrativo. Ensino superior. Estudante filho de integrante das Forças Armadas. Remoção. Transferência de matrícula. Direito assegurado.

Estudante universitário filho e dependente de Oficial das Forças Armadas, removido para outra Unidade da Federação, tem direito à transferência de matrícula para estabelecimento de ensino congênere localizado no Município da nova sede de serviço do seu genitor ou no mais próximo.

Recurso especial improvido.

A questão versa sobre transferência de matrícula de estudante universitário cujo pai, servidor público federal, foi removido para outra Unidade da Federação.

O art. 100, § 1º, da Lei nº 4.024/1961, com a redação da Lei nº 7.037/1982, dispõe:

“Será concedida transferência, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga:

I – para instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, quando se tratar de servidor público federal, ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes, quando requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de residência para o Município onde se situe a instituição receptora ou para localidade mais próxima desta, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Educação.”

Na hipótese vertente, o impetrante, ora recorrido, preenche todos os requisitos para que a segurança lhe seja concedida. É filho e dependente de Oficial Superior da Aeronáutica, Brigadeiro ..., removido do Rio de Janeiro, onde seu filho estudava, para a capital do Estado de São Paulo a fim de assumir o posto de ... Não vislumbro qualquer contrariedade a dispositivo de lei federal pelo acórdão recorrido, que mantenho por seus jurídicos fundamentos, passando a integrar este voto como se transcrito.

Demais disso, por força da liminar concedida em fevereiro/1996, o recorrido vem freqüentando regularmente o Curso de Direito da USP, há mais de 3 anos. O acolhimento do recurso especial para denegar a segurança implicaria em sérios prejuízos para ele, inclusive devido à irreversibilidade da situação do seu genitor, do qual é dependente.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 229.006 – RS

(Registro nº 99.0080065-6)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Advogados: João Ernesto Aragones Vianna e outros  
Recorrido: Yndac Produtos Químicos Ltda  
Advogados: Rejane Beatriz de Oliveira Leite e outros

**EMENTA:** Tributário – Contribuição previdenciária sobre a

remuneração dos autônomos e administradores – Compensação de tributos indevidamente pagos – Prescrição – Inocorrência – Repercussão – Liquidez e certeza – Inexigibilidade – Limites legais – Não incidência – Correção monetária – Aplicação do índice que melhor reflete a realidade econômica brasileira – Redução da verba honorária – Vedada a apreciação, em sede de recurso especial, porquanto implica em exame de matéria fática – Precedentes.

1. Prescrição. Nos tributos sujeitos à homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

2. Repercussão. Desnecessidade da prova.

3. Liquidez e certeza comprovadas pelo recolhimento indevido.

4. Limites legais. Não incidência. Leis ordinárias que os instuíram hierarquicamente inferiores à lei complementar.

5. Correção monetária. Aplicação objetiva repor a perda do real valor da moeda, subtraído pela inflação.

6. Honorários advocatícios. Vedado o exame em sede de recurso especial, porquanto se trata de matéria fática.

7. Recurso improvido. Decisão unânime.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro FRANCIULLI NETTO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO: Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou questão atinente à compensação de tributos.

O recorrente pretende a reforma do v. acórdão, nos seguintes pontos:

- limites legais ao direito de compensar;
- necessidade da prova da não repercussão;
- necessidade da apuração da liquidez e certeza do **quantum** a ser restituído;
- prescrição quinquenal;
- correção monetária;
- redução da verba honorária.

Regularmente processado, conta o recurso com a resposta da recorrida.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator): Srs. Ministros, trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que julgou ser admissível a compensação de quantias pagas indevidamente, a título de contribuição previdenciária correspondente aos administradores e trabalhadores autônomos e declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos limites mensais, estipulados pelas Leis nºs 9.032/1995 e 9.129/1995, impende salientar que “tais limitações são impostas apenas às compensações resultantes de pagamentos ou recolhimentos indevidos, decorrentes de equívocos cometidos pelos próprios contribuintes, ao cumprir a sua obrigação para com a Previdência Social, e não aqueles coercitivamente impostos a eles em virtude de lei inconstitucional, assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto estes devem ser restituídos ou compensados integralmente e não em parcelas. De outro modo, estar-se-ia transformando, **contra legem**, a restituição num verdadeiro empréstimo

compulsório”. (Compensação de Contribuições Sociais – Limites em Matéria Previdenciária, **J. E. Carreira Alvim**, RT 748/11, fevereiro de 1998).

Também “não é de mister empreender um esforço de sobremão para inferir que a aludida restringência ofende o primado da igualdade, sobre prestigiar o locupletamento ilícito, agredindo, outrossim, o postulado da moralidade administrativa que deve nortear a postura pública.

Por essas razões, é imperioso deduzir que o direito a compensar tributos de cunho previdenciário não pode circunscrever-se a balizamento dessa têmpera, porque inconstitucional” (**Eduardo Marcial Ferreira Jardim**, Comentários ao Código Tributário Nacional, coordenação de **Ives Gandra da Silva Martins**, in Código Tributário Nacional Comentado, **Eliana Calmon** e outros, Ed. Revista dos Tribunais, 1999).

Sendo o Código Tributário Nacional recepcionado como lei complementar, tem-se que as Leis nºs 8.212/1991, 9.032/1995 e 9.129/1995, que, entre outros comandos legais, estabeleceram os limites percentuais de 25% e 30%, são leis ordinárias com inferioridade hierárquica no que tange a uma lei complementar. Daí concluir-se que, sendo a contribuição previdenciária uma espécie do gênero tributo, deve ela sujeitar-se ao comando do Código em comento, exceto se, posteriormente, surja norma legal da mesma hierarquia, que não é o caso das leis ordinárias acima indicadas, para não se ferir o princípio da hierarquia da lei. Não se pode lesionar o direito adquirido do contribuinte à compensação, visto que este promoveu os recolhimentos indevidamente antes da vigência das leis que impuseram os limites citados. Em consequência, vigindo, à época dos recolhimentos indébitos, o artigo 66 da Lei nº 8.383/1991, esta deve ser a legislação aplicável.

Não é outro o caminho que vem seguindo esta Corte Superior, conforme demonstram os julgados REsp nº 181.809-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 22.03.1999; REsp nº 116.880, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 04.08.1997, e REsp nº 120.394, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.02.2000.

Por outra vertente, não prospera o inconformismo recursal quanto à alegada repercussão, uma vez que a questão relativa ao não repasse da contribuição aos custos dos bens ou serviços foi decidida de acordo com a jurisprudência deste colendo Sodalício, que firmou entendimento no sentido de que a contribuição para a seguridade social, exigida sobre pagamentos efetuados a autônomos, avulsos e administradores, não comporta, por sua natureza, transferência do respectivo ônus financeiro, uma vez que se confundem, na mesma pessoa, o contribuinte de direito e de fato.

Sobre a controvérsia da repercussão, oportuno trazer a lume o escólio do eminente professor **Sacha Calmon Navarro Coelho**, que assim elucida a matéria:

“A expressão ‘por sua natureza’, ou seja, relativa ao ser-em-si do tributo, é de supina importância.

É que a teoria da translação do ônus fiscal, bem estudada em seu aspecto econômico na Ciência das Finanças, é extremamente complexa. Os financistas são unânimes na assertiva de que todos os tributos incidentes sobre as organizações econômicas, inclusive o imposto de renda e os patrimoniais, são trasladáveis mediante o mecanismo dos preços e dos contratos.

De igual modo, muita vez, as condições de mercado, estruturais ou conjunturais, forçam os agentes econômicos ao fenômeno da absorção dos custos fiscais.

Com este intróito estamos a dizer que existem dois tipos de translação ou, se se preferir, de repercussão dos ônus fiscais, ou seja, dos encargos financeiros que os tributos representam.

Assim temos:

- a) a repercussão econômica, sem maior interesse para o Direito Tributário;
- b) a repercussão jurídica, do maior interesse para o Direito Tributário.

O tributo é uma criação do Direito, e não uma entidade econômica. Esta postura metodológica, deixamo-la esclarecida nos capítulos inaugurais deste livro.

Quando o CTN se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos, que, pela sua constituição jurídica, são feitos para obrigatoriamente repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é jurídica. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla.

Sendo assim, é possível, pela análise dos documentos fiscais e pela escrita contábil das empresas, verificar a transferência formal do encargo financeiro do tributo.

O CTN está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova da não repercussão, ou então a autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte de jure, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Mas quando, por exemplo, na substituição tributária, o substituído vende por R\$ 100,00 a mercadoria, incluso o ICMS, mas o substituto recolhe antecipadamente o imposto com base de cálculo de R\$ 150,00, é possível provar a não repercussão. O substituído tem direito à restituição ou compensação. Sim, porque o substituto não paga com dinheiro dele, senão que do substituído, de quem recupera o que despendeu.

Mas, nos tributos que não são juridicamente construídos para repercutir, por isso que inexistem mecanismos comprovadores da inclusão do tributo nos documentos legais, é impossível comprovar o repasse (prova diabólica).

Aqui a repercussão é econômica, plausível, possível, mas juridicamente incomprovável.

Qualquer jurisprudência que venha a exigir a prova da não repercussão em casos que tais, para deferir a restituição, será equivocada e imprudente.

Acarreta três efeitos extremamente danosos:

a) estimula as Fazendas Públicas a praticar a tributação ao arrepio da Constituição e das leis, certas de seus desmandos jamais ensejariam a repetição do indébito (fato consumado e proveito da própria torpeza);

b) gera nos contribuintes incerteza, indignação e insegurança. Ao menor sinal de ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência fiscal, cessariam eles os pagamentos, indo a juízo discutir a questão, com pedidos de depósito das quantias litigandas. Portanto, ter-se-ia deterioração das relações de confiança entre o Fisco e o contribuinte, aumento de litigiosidade e queda na arrecadação (se o indébito é irrestituível, é melhor não pagar o débito);

desprestigia o Direito, tornando-o campo minado, e não regulação justa dos relacionamentos sociais.” (Curso de Direito Tributário, Forense, 1999, pp. 708/709).

A reforçar o entendimento da não exigência da repercussão, cito os julgados REsp nº 234.703-SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 02.12.1999; REsp nº 191.687-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, e REsp nº 221.945-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

Sobre a questão da comprovação da liquidez e certeza, havendo prova nos autos de que houve o recolhimento indevido, com a juntada das respectivas guias de recolhimento do tributo, não há como não se declarar a sua compensabilidade. Neste sentido são os julgados desta Corte Superior, peço vênia para transcrever trecho de um dos vários que merecem destaque: “Sem um direito do contribuinte, não cabe ao juiz determinar a compensação de crédito e débitos cujos valores desconhece. Poderá, sim, comprovados os recolhimentos indevidos, declarar serem eles compensáveis com exação da mesma espécie; contudo, este mister não se comporta dentro da cognição sumária da cautelar ou da liminar nela requerida, valendo repetir: o exame da liquidez e certeza dos créditos e débitos compensáveis é da estrita competência da Administração que não poderá ser impedida de cobrar o saldo a que lhe é devido.” (REsp nº 146.617-SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 08.09.1998). **In casu**, havendo a comprovação do recolhimento indevido, não há como prosperar o inconformismo.

No que tange à prescrição quinquenal, a pretensão recursal não alcança o êxito almejado, porquanto as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração de autônomos e administradores foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 166.772-9-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 20.05.1994, e ADIn nº 1.102-2-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 17.11.1995). Decorre daí que encontra-se pacífico neste egrégio Tribunal o entendimento que, “A prescrição do direito de pleitear a restituição, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, se dá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita” (REsp nº 121.135-RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998; REsp nº 222.826-CE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15.12.1999; REsp nº 226.659-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24.11.1999).

Enfrentando a questão da correção monetária, anoto que é pacífico o entendimento de que a sua aplicação não é uma penalidade; objetiva repor a perda do real valor da moeda, subtraído, corroído pela inflação.

A respeito do tema, merece transcrição o entendimento esposado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, no sentido de que a correção monetária “constitui vero princípio jurídico, aplicável a relações jurídicas de todas as

espécies e de todos os ramos do Direito. É ressabido que o reajuste monetário visa exclusivamente a manter no tempo o valor real da dívida, mediante a alteração de sua expressão nominal. Não gera acréscimo ao valor nem traduz sanção punitiva, decorre do simples transcurso temporal, sob regime de desvalorização da moeda. A correção monetária consulta o interesse do próprio Estado-juiz, a fim de que suas sentenças produzam – tanto quanto viável – o maior grau de satisfação do direito cuja tutela se lhe requer.” (REsp nº 20.924-2-SP, j. em 20.05.1992, DJU de 16.06.1992). Outros precedentes: REsps nºs 137.088-RS e 136.776-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

Sobre a matéria em desate, oportuno também o magistério de **Fábio Fanucchi**:

“Afinal, tal como o Estado quer que se aplique a correção de valor da moeda quando ele seja prejudicado pelo recolhimento de tributos em atraso, deveria estipular que também os particulares se beneficiassem dessa correção quando, compelidos pela autoridade que se manifeste ilegal, sejam obrigados a pagar importâncias tidas como tributárias e legítimas apenas no entender dele, Estado.

Por esses argumentos é que achamos que a legislação federal, embora não preveja a situação de forma expressa em todos os casos, deve ser aplicada pelos tribunais com equidade obrigando a União a arcar com o ônus da correção monetária, sempre que tiver que devolver parcelas que arrecadar, compelindo os particulares a um pagamento indevido. O mesmo critério apenas não deveria ter aplicação quando o particular, espontaneamente, efetuar o pagamento indevido.” (Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Resenha Tributária – MEC, 1975, 3ª ed.).

Nesse caminhar, entendo que a melhor solução é a seguida por esta colenda Corte, em sua firme jurisprudência, adotando o Índice de Preços ao Consumidor – IPC, porque melhor reflete a inflação do período apurado (REsp nº 226.520-RS, DJU de 06.12.1999, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

O inconformismo quanto à redução da verba honorária também não vinga, porquanto importa em exame de matéria fática, vedado em sede de recurso especial. Neste sentido é a jurisprudência deste Superior Tribunal: EREsp nº 191.659-RJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.02.2000, p. 39; Ag nº 264.351-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de

07.02.2000, p. 188; Ag nº 267.519-DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 01.02.2000; REsp nº 230.526-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 17.11.1999, p. 162; REsp nº 163.079-SP, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJ 20.10.1999, p. 110.

Pelo exposto, conheço do recurso para lhe negar provimento.

É como voto.