





## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 168.313 – RS

(Registro n. 98.0020615-9)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Embargante: Companhia Industrial Rio Guahyba  
Advogados: Danilo Knijnik e outros  
Embargada: Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE  
Advogados: Andréia da Silva Frotta e outros

**EMENTA:** I – Processual – Embargos declaratórios – Prazo – Interrupção – Reabertura do prazo interrompido (CPC, art. 538).

– O art. 538 do Código de Processo Civil atribui aos embargos declaratórios o efeito de interromper o prazo para interposição de outros recursos, por ambas as partes. Vale dizer, o prazo interrompido retoma seu curso, por inteiro, a partir da intimação do acórdão que deslindou os embargos (CPC, art. 46, parágrafo único). Se assim ocorre, publicado o acórdão que decidiu embargos declaratórios dirigidos a julgado que deslindou recurso especial, reabre-se, para a outra parte, o prazo para dirigir embargos declaratórios à mesma decisão que julgou o recurso especial.

II – Processual – Recurso especial – Provimento – Sucumbência – Inversão.

– Com o provimento do recurso especial, inverte-se a condenação em honorários de sucumbência.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 17 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.9.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Companhia Industrial Rio Guahyba dirige embargos declaratórios ao acórdão de fl. 380, que proveu recurso especial que ela interpusera. Reclama pronunciamento sobre a inversão da sucumbência.

A Embargada afirma que os embargos são intempestivos.

Este, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Este recurso inspira questão preliminar muito interessante:

1. esta Turma proveu recurso especial, dando-lhe provimento. Omitiu-se, contudo, no que respeita à definição dos ônus de sucumbência;
2. o acórdão foi atacado por embargos declaratórios articulados pela parte derrotada no julgamento do recurso especial;
3. a parte vitoriosa nada disse, limitando-se a impugnar os embargos de sua adversária;
4. julgados estes, ele opõe embargos, reclamando pronunciamento sobre os já referidos ônus processuais;
5. estes embargos seriam intempestivos, no entendimento da ora embargada. Com efeito, ela diz, se houve omissão no acórdão que deslindou o recurso especial, ela deveria ter sido denunciada por meio de embargos manejados no prazo. Como isto não ocorreu, houve preclusão.

O art. 538 do Código de Processo Civil atribui aos embargos declaratórios o efeito de interromper o prazo para interposição de outros recursos, por ambas as partes. Vale dizer, o prazo interrompido retoma seu curso, por inteiro, a partir da intimação do acórdão que deslindou os embargos (CPC, art. 46, parágrafo único). Na hipótese, o acórdão que decidiu os

embargos declaratórios foi publicado no dia 13.9.1999, reabrindo o prazo para interposição de qualquer recurso contra o acórdão que decidiu o recurso especial.

Como a ora embargante manifestou seu pedido de declaração no dia 20 daquele mês, não tenho dúvida em considerar oportuna tal manifestação.

Conheço dos embargos e os recebo, para declarar que, com o provimento do recurso especial invertem-se os ônus da sucumbência impostos pelo acórdão reformado.

---

---

### **MEDIDA CAUTELAR N. 2.225 – SP**

(Registro n. 99.0116256-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Requerente: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE  
Advogados: Águeda Aparecida Silva e outros  
Requerido: Metalcor Tintas e Vernizes Metalgráficos Ltda  
Advogado: André Luiz Moregola e Silva

**EMENTA:** Processual Civil e Tributário – Salário-educação – Compensação de tributos via antecipação de tutela – Impossibilidade.

– Esta colenda Corte já firmou o entendimento no sentido de que a compensação de tributos não é possível de ser efetivada via liminar em mandado de segurança, ou em ação cautelar, ou em antecipação de tutela, face à ausência do conjunto dos requisitos previstos no art. 273 do CPC, para o seu deferimento.

– Medida cautelar procedente.

### **ACÓRDÃO**

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

decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente o pedido cautelar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.9.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de medida cautelar ajuizada com o fito de atribuir efeito suspensivo a recurso especial, interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, o qual determinou, na via de liminar em tutela antecipada, a compensação dos valores pagos a título de salário-educação, com as parcelas vincendas da mesma execução.

Assevera o Requerente que a presente medida possui todas as condições para o seu procedimento, em face da verossimilhança das alegações, uma vez que a contribuição em comento tem sua constitucionalidade reconhecida pelos Tribunais Federais, além de ser inviável a compensação de tributo através de medida liminar e, em razão do perigo de dano que a decisão em comento pode resultar.

A liminar requerida foi deferida, à fl. 81.

O Ministério Público, à fl. 92, pronunciou-se pela confirmação da liminar.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Uma vez estando presentes os requisitos autorizadores da medida, entendo-a como procedente.

A compensação pela Requerida, das parcelas pagas a título de salário-educação, foi admitida através de tutela antecipada, em sede de ação

ordinária, após a interposição de agravo de instrumento para reverter o indeferimento de tal liminar.

Como sabemos, esta colenda Corte vem decidindo pela impossibilidade de compensação, através de liminar ou qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação.

Neste sentido confira-se: REsp n. 172.985-SC, Relator Ministro Peçanha Martins, publicado no DJU de 9.11.1998, p. 76; REsp n. 179.217-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 1.7.1999, p. 126; REsp n. 153.611-PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 25.2.1998; REsp n. 140.273-SC, Relator Ministro Ari Pargendler, DJU de 1.6.1998; e REsp n. 177.049-PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJU de 21.6.1999.

Especificamente sobre a compensação em comento, decidindo sobre a mesma questão, transcrevo ementa da MC n. 2.070-SP, Relator Ministro José Delgado, DJU de 2.5.2000, p. 100, **verbis**:

“Processual Civil. Medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto. Salário-educação. Compensação pela via da antecipação da tutela. Impossibilidade. Existência dos pressupostos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**.

1. Medida cautelar intentada com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto no Tribunal **a quo** e debate desenvolvido no curso da presente ação acerca da possibilidade de se compensar, através de antecipação da tutela, valores pagos a título de salário-educação com parcelas vincendas da mesma exação.

2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares **inaudita altera pars**) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.

3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (**periculum in mora** e **fumus boni iuris**), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

4. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no Tribunal **a quo** e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância.

5. Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela antecipada, a fim de possibilitar a compensação almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que o art. 170 do CTN estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.

6. Créditos que não se apresentam líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte-autora, não sendo possível aferir sua correção em sede liminar ou em antecipação da tutela.

7. Pacificação do assunto no seio jurisprudencial das Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o instituto da compensação, via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação, não é permitido.

8. O colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 1.518-4, Relator eminente Ministro Octávio Gallotti, decidiu: ‘A medida provisória ora impugnada, que altera a legislação que regeu o *salário-educação* foi publicada no DOU de 20 de setembro de 1996, data em que entrou em vigor. Na realidade, o que se quis, com a edição da referida medida provisória, foi consolidar a legislação já existente em textos esparsos e garantir, em lei, o interesse social do Estado na manutenção do ensino fundamental de cerca de 800.000 (oitocentos mil) alunos beneficiados pelo retrocitado Sistema de Manutenção de Ensino – SME’.

9. Tais elementos, por si sós, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom Direito.

10. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de Direito Privado, quer nas relações jurídicas de Direito Público.

11. Medida cautelar procedente.”



Neste contexto, mantenho a decisão exarada à fl. 81, julgando procedente a presente medida, condenando os Requeridos ao pagamento das despesas judiciais e dos honorários advocatícios na base de 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

---

---

## RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 9.333 – SP

(Registro n. 99.0107874-1)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira  
Recorrente: Paulo de Moraes Ferrarini  
Advogado: Paulo de Moraes Ferrarini  
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Paciente: Rene Cova

**EMENTA:** Processual Penal – **Habeas corpus** preventivo – Execução fiscal (Lei n. 6.830/1980, arts. 1<sup>a</sup> e 11) – Substituição de penhora – Faturamento da empresa-executada (30% – faturamento mensal) – CPC, artigos 671 e 672 – Depositário – Recurso de prisão.

1. O receio ou temor de ser preso não pode ser vago, incerto ou presumido. A suposição ou remota possibilidade da prisão não servem de alcatifa à expedição de salvo-conduto preventivo.

2. Recurso sem provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, *negar provimento ao recurso em habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

---

Publicado no DJ de 28.8.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Cuida-se de recurso ordinário constitucional oposto em face de acórdão assim ementado:

“**Habeas corpus.** Execução fiscal. Depositário que receia ser preso por infidelidade, pois não tem condições de cumprir o mandado de penhora sobre o faturamento da empresa que dirige. Ausência de comprovação dessa impossibilidade e do receio de ser preso. O temor vago, incerto, presumido, sem prova, não dá lugar à concessão da ordem. Ordem de **habeas corpus** denegada” (fl. 82).

Aduz o Recorrente:

“Foi acima referida como ilegal e ilegítima, a medida constritiva decretada (penhora de faturamento mensal da Executada), pelo fato de ser tal decreto exarado com a única finalidade de causar constrangimento (diga-se então ilegal, porque não previsto tal tipo de constrição na lei de regência) ao pagamento sem o devido processo legal (executivo fiscal que tinha até então andamento regular), sendo tal processo executivo fiscal convertido em procedimento anômalo, coercitivo; sem regras processuais definidas, que se pode denominar de ‘execução sumária’, andando então ao sabor e arbítrio tanto do Exeçquente como da MD autoridade judicial dita como coatora, sendo assim, suprimidas ao Paciente, todas as garantias constitucionais deferidas a todo contribuinte em tais casos.”

### Omissis

“Como se viu, sem previsão legal a constrição sobre ‘faturamento mensal da Executada’, conforme determinado pela autoridade judiciária dita como coatora; em atendimento a requerimento da Exeçquente, subtraindo, com isso, à Executada, o devido processo legal (aquele

previsto na Lei n. 6.830/1980) garantido pela Carta Constitucional vigente, em conseqüência da qual restam afastadas quaisquer outras formas de constrição não catalogadas pela lei de regência, de vez que a lei especial, afasta a incidência da lei geral.”

### Omissis

“De ser analisado sob a ótica do desejo da Exeqüente (plenamente atendido pela autoridade coatora em afronta ao próprio Direito) em criar condições juridicamente imponíveis e identificáveis como de depositário infiel (coaçoão ilegal e ilegítima perante o bom Direito, e verdadeiro objetivo da Exeqüente quando solicitou a substituição da constrição de bens, então já efetivada, por percentual do faturamento), contra o Paciente, de vez que o faturamento é o próprio capital de giro e subsistência da Executada, equivalendo então o r. mandado de penhora do faturamento mensal da Executada, a verdadeiro decreto de falência, concomitantemente a decreto de prisão administrativa do Paciente da Executada, como depositário infiel, situação esta última, que é, sem dúvida alguma, a condição que busca a Exeqüente colocar o Paciente, para assim coagi-lo ilegítima e ilegalmente a cumprir obrigação de fazer judicialmente imposta sem previsão legal, impossível de ser cumprida por ser muito acima de suas forças.” (fls. 91/97).

Requer:

“... a concessão da ordem de **habeas corpus** preventivo a favor do Paciente, colocando-o a salvo de qualquer decreto prisional arbitrário, que tenha por fundamento mandado judicial de depósito de percentual de faturamento em execuções fiscais não cumprido ou como depositário infiel em penhora de faturamento mensal da empresa que dirige, pela mais absoluta falta de previsão legal de constrição sobre faturamento da Executada, em observância aos ditames constitucionais que garantem a todos a aplicação da lei de regência, o devido processo legal, a ampla defesa e a aplicação dos meios menos ruinosos ao devedor, como de bom Direito” (fl. 98).

O Ministério Público Federal opinou na consonância da seguinte ementa.

“RHC. A execução, seja ela fiscal ou obediente ao CPC, deve fazer-se pelo modo menos oneroso ao Executado, não respeitando esse

princípio ato do juiz que substitui bens industriais penhorados por percentual de faturamento, modo de execução mais custoso, posto que coloca o depositário em *dúplice e contraditória* posição, a de defensor natural de seus interesses e curador dos interesses públicos, além de ficar ameaçado de prisão se não auferir o percentual penhorado.” (fl. 156).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A comemoração dos registros processuais contempla recurso em **habeas corpus** preventivo articulado contra v. acórdão, assim assentado:

“**Habeas corpus**. Execução fiscal. Depositário que receia ser preso por infidelidade, pois não tem condições de cumprir o mandado de penhora sobre o faturamento da empresa que dirige. Ausência de comprovação dessa impossibilidade e do receio de ser preso. O temor vago, incerto, presumido, sem prova, não dá lugar à concessão da ordem. Ordem de **habeas corpus** denegada.” (fl. 82).

A impetração timbrou como ilegal e abusiva a substituição de penhora, recaindo “sobre até 30% do faturamento mensal da Executada ...” (fl. 15), trazendo à colação precedentes desta Corte contrários à constrição de movimento do caixa da Empresa-executada.

Por essas espírias, denota-se que, *preventivamente*, o Impetrante almeja obter “salvo-conduto”, alegando o temor de ser ordenada a sua prisão civil, porque receia não poder cumprir os deveres de depositário do faturamento mensal penhorado.

Mas, conquanto comprovada a ordem da penhora malsinada, não foi demonstrada objetivamente a receada ameaça de prisão, assinalando-se que o Sr. Juiz de Direito, nas informações, não confirmou a possibilidade de obstáculo atual ou iminente à liberdade individual do Impetrante (fls. 37 e 38).

Logo se vê que o ato judicial desencadeador da impetração cinge-se ao processo de execução. Assim, se ilegal a constrição combatida, a controvérsia deve ser resolvida no âmbito recursal do processo civil. Daí as certas anotações contidas no vergastado v. acórdão.

“4. Inicialmente, não se conhece das alegações referentes ao processo de execução envolvendo a substituição dos bens penhorados, pois tal matéria diz respeito àquele feito, devendo nele ser manifestada, se for o caso, eventual insurgência, pois aqui deve-se verificar apenas se há possibilidade de o Paciente ser privado de sua liberdade como depositário infiel, objeto adequado a ser apreciado neste remédio heróico.

5. Sem razão o Impetrante, pois limitou-se a alegar, em favor do Paciente, o receio em ver sua prisão civil decretada, não demonstrando, ainda que por meio de indícios, a impossibilidade de cumprimento do mandado de penhora de parte do faturamento da Empresa.

6. Ademais, cumpre ao Paciente, querendo, demonstrar ao Juízo **a quo** a impossibilidade de fazê-lo para, a partir da decisão a ser proferida, vislumbrar a possibilidade de ter sua prisão decretada.

7. Há necessidade de demonstração de um ‘fundado receio do Paciente de ser preso ilegalmente. Mas o receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, da ameaça da prisão. Temor vago, incerto, presumido, sem prova, ou ameaça remota, que pode ser evitada pelos meios comuns, não dá lugar à concessão de **habeas corpus preventivo**’, conforme o ensinamento de **Júlio Fabbrini Mirabete**, Processo Penal, 2ª ed., Atlas, p. 682.” (fls. 83/84).

É certo que a jurisprudência desta Corte, para a penhora em comento, estadeou compreensão contrária à penhora do faturamento mensal, salvo quando apoiada nos artigos 671 e 672, CPC (Lei n. 6.830/1980, art. 1º). **Inter alia**: EDREsp n. 48.959-SP – Rel. Min. Adhemar Maciel – in DJU de 20.4.1998; EDREsp n. 24.030-SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – in DJU de 2.6.1997; REsp n. 163.549-RS – Rel. Min. José Delgado – in DJU de 14.9.1998.

Mas, à vista fácil, verifica-se que as questões jurídicas decorrentes foram examinadas no âmbito do processo executivo fiscal e recursos apropriados. Aliás, de tais recursos os autos não dão notícias. Sim, ao redor da questão, foram julgados **habeas corpus** por esta Turma. Todavia, diante da expedição de concretar ordem de prisão (AgRg no HC n. 8.845-SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – julgado em 2.12.1999).

Todavia, aqui, como pontuado, trata-se de **habeas corpus preventivo**, sem prova ou demonstração efetiva da ameaça da prisão. O temor é hipotético ou presumido. Demais, a penhora pode ser confrontada nas vias ordinárias recursais ou na especial.

Pelo vinco dessas razões, *voto negando provimento ao recurso.*

É o voto.

### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, o juiz tem consciência de que essa atuação dele está em flagrante contradição com o Superior Tribunal de Justiça. Isso me faz lembrar o tipo penal da extorsão indireta, descrito no art. 161 do Código Penal, que se traduz na exigência de documento capaz, eventualmente, de levar a pessoa a um processo criminal. Por exemplo: exigir um cheque sem fundo. Transformar alguém em depositário de penhora irregular é atitude da mesma natureza. Para mim, esse juiz embora formalmente não esteja praticando o mesmo crime, pratica algo tão reprovável quanto a extorsão indireta. Ele está impondo ao impetrante desse **habeas corpus** uma situação que pode levá-lo à cadeia.

Fico vencido porque enxergo a extorsão indireta. Na verdade, fazer com que a penhora recaia sobre o faturamento da empresa, é um ato-ilícito.

Concedo o **habeas corpus**.

---

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.855 – SC

(Registro n. 99.0038432-6)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira  
Recorrente: Bandeirantes Dragagem e Construção Ltda  
Advogados: Antônio Pradi e outro  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina  
Impetrados: Prefeito do Município de Itajaí, Presidente da Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp e Administrador do Porto de Itajaí  
Recorrido: Município de Itajaí  
Advogados: Rosni Ferreira e outros

Recorrida: Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp  
Advogados: Luiz Fernando Moller e outros

**EMENTA:** Mandado de segurança – Processual Civil – Recurso ordinário – Erro na interposição – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade – Constituição Federal, art. 105, II, b.

1. O STJ é competente para julgar recurso ordinário em mandado de segurança denegado em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (art. 105, II, b, CF), obviando-se a sua inadmissibilidade quando o julgamento originário foi realizado na 1ª instância e, na apelação, apreciado e denegado pelo tribunal competente.

2. O princípio da fungibilidade somente pode ser aplicado em casos de fundada dúvida, ficando sem aplicação diante de erro inescusável.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *não conhecer do recurso*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 25 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

---

Publicado no DJ de 1.8.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Examinando mandado de segurança,

o colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assentou o entendimento, em aresto vazado na seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Tributário. ISSQN. Dragagem de porto. Competência impositiva do Município onde a obra é realizada. Ordem denegada. Recurso desprovido.

As obras pertinentes à limpeza e dragagem de portos, rios e canais constituem fato gerador de imposto sobre serviços, de competência impositiva municipal do local dos trabalhos, segundo a inteligência da alínea a do artigo 12 do Decreto-Lei n. 406, de 13.12.1968, e, bem assim, do item 14 do seu anexo (lista de serviços) segundo a nova redação a ele atribuída pela Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987.” (fl. 142).

Contra o aresto foi interposto recurso ordinário (art. 105, II, b, CF), à razão de que o acórdão recorrido “situou mal os problemas jurídicos focalizados no feito e emprestou aos dispositivos invocados uma interpretação totalmente divorciada, não só dos bons princípios da doutrina, como, também, dos pronunciamentos das diversas Casas de Justiça do País, inclusive do Estado de Santa Catarina”.

Sustenta, em síntese, que a competência impositiva não é do Município onde a obra é realizada. Disse que “o Decreto-Lei n. 406/1968, prevendo este tipo de operação, definiu: ‘Considera-se o local da prestação do serviço, o do estabelecimento prestador’ (art. 12), ora, o estabelecimento prestador está localizado em Niterói-RJ, e não em Itajaí, Navegantes, ou outro qualquer.”

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

O douto Ministério Público Federal, ao se manifestar pelo não-conhecimento do recurso, aduziu:

“... o acórdão proferido em apelação cível não desafia recurso ordinário, mas, especial, se satisfeitos os pressupostos, uma vez que o constituinte atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça, de forma restrita, competência para julgar, em recurso ordinário, apenas as causas decididas em única instância pelos Tribunais Federais ou pelos Tribunais de Estado, quando denegatória a decisão em sede de mandado de segurança e **habeas corpus**. (cf. STJ, AgRg no Ag n. 99.051-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 10.6.1996, p. 20.347).” (fl. 180).

É o relatório.



## VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Impetrada e denegada a segurança perante o Juízo de 1ª grau, julgando a apelação, o egrégio Tribunal **a quo** negou provimento, provocando o presente recurso ordinário, fulcrado no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal.

Sem enleios, seja decorrente das alegações preliminares erguidas pela parte-recorrida e abonadas pelo Ministério Público, entendendo que, por não se tratar de **mandamus** julgado em única instância, descabe a via recursal eleita, forçado pelo necessário exame, apropriado ao juízo definitivo de admissibilidade, considero a suscitada questão de índole processual.

Assim procedendo, contemplada a realidade processual, anoto que a competência desta Corte tem sede constitucional (art. 105, CF), não podendo ser ignorado que, versando o mandado de segurança, ordinariamente, só é cabível o recurso, tendo por motivo o julgado “em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão” (art. 105, II, **b**, CF).

Ora, a parte-recorrente bandeou-se da via especial (art. 105, III, **a**, **b**, **c**, CF) para o recurso ordinário, passados mais de cinco anos de vigência da Constituição Federal, cometendo inescusável *erro*, por isso, afugentando a aplicação do princípio da fungibilidade, tal como assentado na jurisprudência:

“Mandado de segurança. Recurso ordinário constitucional. Competência. Princípio da fungibilidade dos recursos. Sua não aplicação.

Compete a esta Corte julgar em recurso ordinário os mandados de segurança decididos em única instância, quando denegatória a decisão (CF, art. 105, II, **b**). O Tribunal de Justiça apreciou recurso de ofício e voluntário. Os Impetrantes ajuizaram recurso ordinário constitucional. Com a instalação deste Tribunal, não mais se admite, na espécie, a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos (precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal).

Recurso não conhecido.” (RMS n. 831-SP, Rel. Min. José de Jesus Filho, **in** DJU de 3.6.1991).

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Improvimento. Agravo regimental. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade.

I – O princípio da fungibilidade recursal só é aplicável quando inoocorre má-fé ou erro grosseiro por parte do recorrente. Na espécie houve patente erro grosseiro. A **Lex Legum**, em seu art. 105, inciso II, letra **b**, expressamente, diz que cabe recurso ordinário dos mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

II – Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 41.684-SP, Rel. Min. Pedro Acioli, in DJU de 18.10.1993).

“Processual Civil. Princípio da fungibilidade recursal. Mandado de segurança originário de Tribunal de Justiça. Petição inicial indeferida pelo Relator. Interposição de apelação. Recurso cabível: agravo regimental. Recebimento da apelação como recurso ordinário: impossibilidade. Precedentes do STJ. Recurso não conhecido.

I – Embora não esteja inserto em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda rege o sistema recursal pátrio. É que o art. 579 do CPP pode ser aplicado por analogia (art. 126 do CPC). No entanto, o princípio da fungibilidade recursal não pode ser aplicado indistintamente, como se fosse panacéia, sob pena de subversão do sistema recursal pátrio. Por se tratar de um princípio técnico-jurídico, só pode ser invocado quando estiverem satisfeitos os requisitos fixados pela doutrina e pela jurisprudência à luz do revogado art. 810 do CPC de 1939 e do art. 579 do CPP. O princípio da fungibilidade recursal só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável, é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca de qual o recurso cabível, se, ao contrário, não existe discrepância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentadores e também entre os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ: REsps n. 117.429-MG, 167.130.070-SP e Ag n. 126.734-SP – AgRg.

II – Cabe agravo regimental contra decisão singular proferida por magistrado de tribunal que indefere petição inicial de mandado de segurança. Precedentes do STJ: RMSs n. 6.740-RJ e n. 5.743-RJ. Aplicação, por analogia, do art. 39 da Lei n. 8.038/1990.

III – O recurso ordinário em mandado de segurança só serve para impugnar acórdão. Inteligência do art. 105, II, **b**, da CF/1988, e do art.

539, II, a, do CPC. Precedentes do STJ: Ag n. 109.297-SP-AgRg e RMS n. 5.743-RJ.

IV – O princípio da fungibilidade não pode ser aplicado quando o recorrente interpõe apelação ao invés de recurso ordinário em mandado de segurança. Precedentes do STJ: RMSs n. 1.046-SP, n. 5.600-RS, 6.754-RS e 8.038-ES.

V – Recurso não conhecido.” (ROMS n. 7.823-RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, in DJU de 16.3.1998).

Diante do exposto, inescusável o erro, afugentada a aplicação do princípio da fungibilidade, preliminarmente, *voto pelo não-conhecimento do recurso*.

É o voto.

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.685 – RJ

(Registro n. 2000.0022353-0)

Relator: Ministro José Delgado  
Recorrente: Sociedade Farmacêutica Henfer Ltda  
Advogados: Paulo Roberto Fernandes do Amaral e outro  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Impetrado: Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro  
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro  
Advogados: Mariana Loja Tápias e outros

**EMENTA:** Administrativo – Poder de polícia – Interdição de laboratório farmacêutico – Ato emanado de Secretário de Saúde – Fabricação de medicamentos sem registro no Ministério da Saúde e inobservância de controle de qualidade e armazenamento – Presunção de legalidade do ato impugnado – Ausência de prova pré-constituída – Inexistência de direito líquido e certo – Recurso ordinário improvido.

1. Mandado de segurança impetrado no intuito de se obter a invalidação parcial da Resolução SES n. 1.337, da lavra do Sr. Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de desinterditar laboratório farmacêutico para que possa haver continuidade de produção e distribuição de medicamentos.

2. A ação mandamental exige, para a sua apreciação, que se demonstre, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e certo que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida.

3. As meras alegações, desprovidas de base empírica, nada significam juridicamente e não se prestam a produzir certeza. Apenas mostram uma versão sem substrato concreto e, assim, inapta a receber a proteção do remédio heróico, via em que não há oportunidade para a dilação probatória ou contraditório.

4. Verifica-se, *in casu*, que a inspeção realizada pela Coordenação de Fiscalização Sanitária da Secretaria de Estado de Saúde concluiu como de risco elevado o procedimento da impetrante em razão de comercializar produtos sem registro e sem controle de qualidade, pela produção de antibióticos e pelo armazenamento inadequado de matérias-primas.

5. Deve ser mantida a interdição, eis que não motivada exclusivamente pela ausência de licenciamento de fabricação de determinados produtos, mas decorrente de outras graves irregularidades, como registrado acima, e que podem ser resumidas na ausência de condições ideais de fabrico, dizendo respeito, assim, à higiene e qualidade dos medicamentos, expondo perigo à saúde pública.

6. Recurso ordinário improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 12 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 23.10.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A Sociedade Farmacêutica Henfer Ltda interpõe recurso ordinário em mandado de segurança (fls. 152/157), com fulcro no art. 105, inciso III, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 144/147) proferido pelo VI Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, cujos fundamentos encontram-se resumidos na seguinte ementa (fl. 144):

“Direito Administrativo. Ato emanado do Secretário de Saúde, interditando estabelecimento farmacêutico. Presunção de legalidade. Ausência de prova pré-constituída. Inexistência de direito líquido e certo. Tendo sido a interdição do estabelecimento comercial da Impetrante motivado não só pela ausência de licenciamento na fabricação de diversos medicamentos, como também pela falta de qualidade na produção de antibióticos e armazenamento inadequado de matérias, reputa-se preme de legalidade o ato impugnado. Segurança denegada.”

Historiam os autos que a empresa ora recorrente impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Sr. Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, objetivando sustar os efeitos da Resolução SES n. 1.337, de 29.4.1999, que interditou seu estabelecimento para suspender a venda, fabricação, dispensação e uso de todos os medicamentos produzidos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

A liminar não foi deferida.

Após a oferta de informações pela autoridade coatora (fls. 122/131), ouviu-se o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fls. 133/140), o qual opinou pela concessão da segurança.

O órgão fracionário do Tribunal **a quo** denegou a ordem sob o fundamento de inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança, além de haver reconhecido encontrar-se revestido de legalidade o ato praticado pela autoridade coatora, que a Impetrante não fez prova pré-constituída quanto à fabricação de medicamentos registrados no

Ministério da Saúde, deixando de comprovar o controle de qualidade de seus produtos e que as matérias-primas utilizadas para a fabricação dos mesmos vinham sendo adequadamente armazenadas a fim de impedir sua deterioração e, por via de consequência, exposição de perigo à saúde pública.

Nesta Instância, em sede de recurso ordinário, a Recorrente alega que a decisão do egrégio Tribunal **a quo** merece ser reformulada, eis que:

a) no campo jurídico, não é verdade que a Recorrente fabrica produtos sem registro, isso porque, ao contrário do afirmado no auto de infração, possui os registros de licença para a fabricação de diversos produtos, que são comprovados com os documentos de fls. 31/38, os quais autorizam a fabricação e comercialização dos medicamentos *Realvit*, *Complexo B*, *Gelogoll*, *Deltametrina* e *Estimulol*;

b) em nenhum momento requereu, em sua exordial, liberação dos medicamentos que não possuem o certificado definitivo de registro do produto, sendo certo que os aludidos pedidos de registros, em alguns casos, já haviam sido feitos há mais de sete anos, sem que lhe fosse dada qualquer explicação pelo Poder Público;

c) o seu direito líquido e certo encontra-se explícito ante a existência de seu direito adquirido para industrialização e comercialização dos referidos produtos, em razão dos registros definitivos obtidos junto ao Ministério da Saúde;

d) é certo também que o auto de infração fora lavrado em razão de alguns medicamentos não estarem com o registro definitivo no Ministério da Saúde, sem qualquer outro motivo. Porém, nas informações contidas às fls. 107/108, o Sr. Secretário de Saúde afirma que o estabelecimento não tinha o “devido controle de qualidade e armazenamento de matérias-primas”. Repisa-se que estas afirmações não são parte do aludido auto de infração, estando totalmente divorciadas do contido no mesmo, sendo certo que as mesmas levaram a erro os doutos julgadores de 2ª grau.

O Estado do Rio de Janeiro, em contra-razões (fls. 160/163), argumenta:

a) que o ato praticado pela autoridade impetrada ampara-se no Poder de Polícia Administrativa do Estado, em prol do interesse público na preservação da saúde, competência esta definida pela Carta Magna, artigo 196, e pela Constituição do Estado em seu artigo 288;

b) que o ato da Administração goza, ainda, da presunção de legitimidade decorrente da aplicação do princípio da legalidade que norteia a Administração Pública;

c) por outro lado, não logrou provar a Impetrante qualquer ilegalidade no ato de interdição do estabelecimento pela Secretaria de Saúde, carecendo o presente **mandamus** de direito líquido e certo;

d) tampouco fez a Impetrante a devida prova pré-constituída no sentido de demonstrar a qualidade de fabricação dos medicamentos, bem como a existência do registro para fabricação. Ao contrário, confessou que vinha regularmente produzindo medicamentos sem o devido registro no Ministério da Saúde;

e) por todo o exposto, há de ser mantido o v. aresto atacado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Parecer do Ministério Público do Estado (fls. 165/166) pela denegação da ordem assim resumido (fl. 165):

“Interdição das atividades de laboratório farmacêutico por fabricação de medicamentos com números falsos de registro junto ao Ministério da Saúde, inobservância de controle de qualidade de antibióticos e armazenamento inadequado de matérias-primas. Pretensão à invalidação parcial da interdição, para que o Impetrante possa continuar a fabricar artigos farmacêuticos para os quais dispõe de autorização. Ilegalidade do ato impugnado não demonstrada. Ausência de direito líquido e certo. Parecer pela denegação da segurança.”

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Do exame dos autos, constata-se que o presente mandado de segurança foi impetrado no intuito de se obter a invalidação parcial da Resolução SES n. 1.337, da lavra do Sr. Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de desinterditar laboratório farmacêutico para que possa haver continuidade de produção de medicamentos possuidores de registro definitivo no Ministério da Saúde, especificamente, os produtos: *Realvit*, *Complexo B*, *Gelogoll*, *Deltametrina* e *Estimulol*.

O pedido formulado pela Impetrante tem o conteúdo que passo a transcrever (fls. 7/8):

“Por todo o exposto, requer que lhe seja concedido *liminarmente*

o writ, para o fim de sustar os efeitos da Resolução SES n. 1.337, de 29.4.1999, no que diz respeito à interdição da empresa, ora impetrante, bem como quanto à produção dos medicamentos: *Realvit*, *Complexo B*, *Gelogoll*, *Deltametrina* e *Estimulol*; já que quanto a estes nenhum questionamento pode existir, por possuírem registro definitivo do Ministério da Saúde.

Quanto ao mérito, pugna a Impetrante Ihe seja concedida a segurança para o fim de ser declarada nula e ineficaz, em parte, a Resolução SES n. 1.337, da lavra do Ex.<sup>mo</sup> Sr. Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de desinterditar o estabelecimento da Impetrante, bem como poder continuar a produzir, especificamente, os produtos *Realvit*, *Complexo B*, *Gelogoll*, *Deltametrina* e *Estimulol*, tal como registro do Ministério da Saúde.

Ressalte-se que a Impetrante deixa de requerer o **mandamus** em relação aos outros produtos, **ad cautelam**, e, ainda por entender que estando sob a esfera de competência do Ministério da Saúde o seu registro definitivo, as medidas judiciais cabíveis, a serem tomadas e o serão, estão sob a jurisdição da Justiça Federal.

Requer, ainda, a intimação da autoridade coatora para prestar as informações que entender cabíveis, no prazo legal.”

Depreende-se, pelo exame acurado dos autos, que há de ser desprovido o presente recurso, como sugerido pelo Ministério Público Federal no corpo do parecer apresentado, cujas excelentes razões adoto como razão para decidir e passo a registrar (fls. 165/166):

“Cuida-se de mandado de segurança impetrado por laboratório farmacêutico contra a interdição de suas atividades por tempo indeterminado, em decorrência de fiscalização efetuada pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

Alega o Impetrante que exerce regularmente as suas atividades e está inscrito em todos os órgãos competentes, estando autorizado pelo Ministério da Saúde para fabricar os produtos *Realvit*, *Complexo B*, *Gelogoll*, *Deltametrina* e *Estimulol*. Contudo, seu funcionamento foi interditado por tempo indeterminado pela Resolução n. 1.337/1999, do Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, devido ao fabrico de medicamentos cujo registro foi requerido, mas ainda não deferido pelo Ministério da Saúde. Requer, portanto, a presente segurança para que,



invalidado parcialmente o ato impugnado, seja autorizado a produzir os medicamentos supranomeados.

Em suas informações, a autoridade coatora esclareceu que, em diligência de inspeção realizada nas instalações do Impetrante, foi constatada a fabricação de diversos medicamentos com números falsos de registro junto ao Ministério de Saúde (fl. 113), falta de controle de qualidade na produção de antibióticos e armazenamento inadequado de matérias-primas, com elevado grau de risco para a saúde da população (fl. 111), razão por que foi interdito o funcionamento do Recorrente, com amparo nos arts. 12 da Lei n. 6.360/1976 e 14 do Decreto n. 79.094/1977.

Não merece provimento o recurso.

De fato, não conseguiu o Impetrante demonstrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que justificassem a invalidação, mesmo que parcial, do ato impugnado, cuja legitimidade se presume. As conclusões a que chegou a diligência levada a efeito pelas autoridades sanitárias, no exercício do poder de polícia, são de considerável gravidade, não havendo qualquer prova que permita elidi-las sem ingressar, indevidamente, no mérito do ato administrativo.

Indemonstrada, portanto, a existência de direito líquido e certo violado pelo ato impugnado, somos pelo improvimento do recurso, mantendo-se a denegação da segurança.”

A ação mandamental exige, para a sua apreciação, que se demonstre, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial. É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e certo que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida.

As meras alegações, desprovidas de base empírica, nada significam juridicamente e não se prestam a produzir certeza. Apenas mostram uma versão sem substrato concreto e, assim, inapta a receber a proteção do remédio heróico, via em que não há oportunidade para a dilação probatória ou contraditório.

Verifica-se, **in casu**, que a inspeção realizada pela Coordenação de Fiscalização Sanitária da Secretaria de Estado de Saúde concluiu como de risco elevado o procedimento da Impetrante em razão de comercializar produtos sem registro e sem controle de qualidade, pela produção de antibióticos e pelo armazenamento inadequado de matérias-primas.

Com efeito, não se pode discordar do afirmado pelo acórdão recorrido, no voto-condutor elaborado pelo eminente Relator (fls. 146/147):

“A Impetrante teve seu estabelecimento comercial interditado, por ato do Ex.<sup>mo</sup> Sr. Secretário de Saúde, conforme se infere da Resolução SES n. 1.337, fl. 91, por estar fabricando e comercializando não só produtos descritos no auto de infração de fl. 91, sem registro no Ministério da Saúde, e por utilizar nas embalagens dos mesmos, números de registros falsos, contrariando o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.360, como descrito no auto de infração que se encontra à fl. 90, e artigo 14 do Decreto n. 79.094/1977, o primeiro dispendo que – Nenhum dos produtos de que trata esta lei, inclusive os importados, poderão ser industrializados, expostos à venda ou entregues ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Tendo a inspeção realizada concluído, fl. 111, como de risco elevado o procedimento da Impetrante, em razão de comercializar produtos sem registro, sem controle de qualidade; produção de antibióticos e pelo armazenamento inadequado de matérias-primas.

Como se vê, ao contrário do que sustenta a ilustrada Procuradoria de Justiça, a interdição não foi motivada exclusivamente pela ausência de licenciamento de fabricação de determinados produtos, mas decorreu de outras graves irregularidades, como registrado acima, e que podem ser resumidas em ausência de condições ideais de fabrico, dizendo respeito, assim, à higiene e qualidade dos medicamentos.

Por outro lado, o artigo 1<sup>a</sup> da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, só autoriza a concessão de mandado de segurança contra atos ilegais de autoridade pública, para proteger direito líquido e certo, que no caso em tela, penso não existir. Com efeito, a Impetrante não demonstrou, no bojo da impetração, qualquer prova da alegada violação do seu direito líquido e certo a ensejar o deferimento do *writ*. Em síntese, a Impetrante não fez a prova pré-constituída quanto à fabricação de medicamentos registrados no Ministério da Saúde, ao contrário, confessou que vinha produzindo medicamentos em fase de registro junto ao referido Ministério, deixando de comprovar o controle de qualidade de seus produtos e que as matérias-primas utilizadas para a fabricação dos mesmos vinham sendo adequadamente armazenadas, a fim de impedir sua deterioração e, por via de consequência, exposição de perigo à saúde pública.

Assim, tenho como presumidamente legal o ato de interdição do estabelecimento; presunção que sempre milita em prol da Administração, em face do princípio de legalidade que sempre norteia o ato administrativo.

Ante o exposto, denega-se a segurança.”

Assim sendo, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no v. aresto hostilizado e no douto parecer ministerial, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Por isto, *nego provimento* ao recurso examinado.

É como voto.

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.765 – PB

(Registro n. 2000.0024345-0)

Relator: Ministro José Delgado  
Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
Procuradores: Carlos Octaviano de M. Mangueira e outros  
Tribunal de origem: Tribunal Regional Federal da 5ª Região  
Impetrado: Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Paraíba  
Recorrido: Franklin Roberto Batista  
Advogados: Lindberg Martins e outros  
Recorrida: União

**EMENTA:** Constitucional – Administrativo – Desapropriação – Reforma agrária – Imissão na posse – Ação declaratória.

1. Havendo ação em curso para o fim específico de ser declarado como produtivo imóvel desapropriado para fins de reforma agrária, inexistente direito líquido e certo do Incra de se apossar, previamente, do bem, mediante o depósito de quantia apurada em procedimento avaliatório.

2. Aplicação do art. 265, IV, a, do CPC.

3. Interpretação sistêmica da legislação aplicável à reforma agrária que harmoniza-se com os princípios constitucionais que impõem respeito aos direitos e garantias da cidadania.

4. Recurso ordinário improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 12 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 23.10.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso ordinário interposto pelo Incra contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, na ementa, afirma (fl. 221):

“Administrativo. Processual Civil. Desapropriação para fins de reforma agrária. Mandado de segurança. Imissão provisória na posse. Ação direta contra o decreto expropriatório. Prejudicialidade.

1. Estabelece o art. 6º, § 1º, da Lei Complementar n. 76/1993, que efetuado o depósito correspondente ao valor do preço oferecido, o Juiz mandará, no prazo de 48 horas, imitar o autor na posse do imóvel expropriando;

2. Tal artigo, contudo, deve ser aplicado face ao sistema legal pátrio, sobretudo com vistas ao art. 5º da LICC, que determina a aplicação da lei com base nos fins sociais aos quais ela se destina;

3. Existindo ação direta vergastando o decreto expropriatório, face aos requisitos do art. 185 da CF, impõe-se a suspensão da ação de desapropriação, face à prejudicialidade identificada.

4. Presença do **periculum in mora** inverso, para a concessão da segurança, face à possibilidade de irreversibilidade da medida.

5. Segurança denegada.”

A autarquia-recorrente alega que o mencionado **decisum** não pode prevalecer, em face do comando posto no art. 6º da Lei Complementar n. 76/1993.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O voto-condutor do acórdão questionado, da lavra do eminente Juiz Petrucio Ferreira, está assim posto (fls. 221/225):

“No despacho concessivo da liminar do presente **mandamus**, entendi presentes os requisitos necessários à sua concessão, à época assim fundamentado:

‘É norma ínsita no art. 6º, § 1º, da Lei Complementar n. 76/1993, que efetuado o depósito correspondente ao valor do preço oferecido, o juiz o mandará, no prazo de 48 horas, imitar o autor na posse do imóvel expropriando. Verifica-se assim, que a presença da fumaça do bom direito decorre do próprio mandamento legal cuja **ratio essendi**, repousa exatamente em evitar o perigo da mora para o poder expropriante que resultará da não-imediata imissão no imóvel expropriando...’

Tal decisão restou modificada em virtude de provimento a agravo regimental, o qual, por maioria de votos, reformou a decisão deferitória da imissão prévia na posse, fundamentando-se tal decisão no art. 185, I e II, da CF/1988, e no entendimento, consubstanciado em laudo pericial, de que a propriedade expropriada se encontra situada no perímetro urbano de Campina Grande-PB.

A presente matéria envolve, preliminarmente, um conflito teleológico constitucional, de difícil resolução, posto que a Carta Magna, em seu art. 184, prescreve a necessidade de uma política agrícola e fundiária, a ser implementada tendo em vista, sobretudo, o cumprimento da função social da propriedade.

Como bem argumenta **Raul Machado Horta**, o texto constitucional denota as disputas ideológicas que se sucederam no decorrer da assembléia constituinte, marcada por vitórias parciais das diversas correntes em confronto. Tem-se, assim, um texto heterogêneo, com aspectos prevaletentes de teses liberais e de correntes socializantes.

De modo mais nítido, apresenta-se o conflito no art. 170, o qual determina que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada e da função social da propriedade.

O Estado, assim, possui o poder-dever de atender ao interesse social, sem negar o direito constitucional à propriedade privada.

Nesta ótica, apresenta-se de suma importância a análise dos limites constitucionais à atividade expropriante (art. 185, CF, sobretudo) e suas repercussões processuais.

A meu ver, a situação fático-jurídica apresenta-se-me diversa de quando concedi a liminar, posto que, em tal pretérito, não havia notícia, nos presentes autos, de discussões sobre a aplicação do art. 185 da CF, de modo a afastar-se a constitucionalidade do decreto expropriando, em termos de produtividade da propriedade e de sua caracterização como rural.

Neste sentido, ressalte-se a existência de uma ação ordinária ou desconstituição de ato jurídico (na hipótese, o decreto presidencial que declara a Fazenda Santa Cruz de interesse social para fins de reforma agrária), de n. 37.224, cuja distribuição ocorreu em 23.10.1995 e que atualmente se encontra conclusa para despacho de petição do Incra, onde se pede produção de provas pericial e documental, consoante informação fornecida pelo Juízo singular, em 25.10.1996.

Na referida ação ordinária, discute-se a invalidade do decreto expropriatório e, por decorrência, da ação de desapropriação, orientando-se a **causa petendi** no sentido de que a Fazenda Santa Cruz atinge sua função social, bem como na localização do referido imóvel em área urbana, insuscetível, pois, de desapropriação para fins de reforma agrária, conforme inteligência do art. 185 da CF/1988.

A Revista de Direito Administrativo n. 179/180, de janeiro de 1990, traz parecer da lavra de **Caio Tácito**, onde referido jurista entendeu pela nulidade de decreto de declaração de interesse social, para

reforma agrária, quando está **sub judice** ação anulatória de reclassificação de imóvel, identificando, na hipótese, em face da essencialidade daquela qualidade do imóvel para fins expropriatórios, desvio de poder a macular a validade do ato em seu próprio nascedouro.

Proposta uma ação para atacar o ato expropriatório, sob fundamentos constitucionais, entendo que a mesma inibe a concessão da imissão provisória na posse, vez que, julgada procedente tal ação, afasta-se a incidência do decreto sobre a propriedade.

É que, se no caso presente há a previsão legal, expressa no art. 6º da Lei Complementar n. 76/1993, que dispõe: ‘efetuado o depósito do valor correspondente ao preço oferecido, o juiz mandará, no prazo de quarenta e oito horas, imitar o autor na posse do imóvel expropriando’, identicamente há os comandos do art. 126 do CPC, **in fine**, pelo qual, no julgamento da lide, caberá ao juiz aplicar as normas legais, e não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, bem como do art. 5º da LICC, que determina a aplicação da lei de acordo com seus fins sociais e o bem comum.

Deste modo, mesmo os comandos da citada lei complementar não de ser aplicados em consonância com o sistema processual civil pátrio, com vistas, inclusive, ao art. 265 do CPC:

‘Art. 265. Suspende-se o processo:

IV – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; (...).’

Ademais, observe-se que a garantia do contraditório e do devido processo legal, expressa no art. 5º da Carta Constitucional, impõe a vedação à prática de certos atos até que seja assegurada à parte que, possivelmente, restará prejudicada, a possibilidade de argumentar e comprovar suas alegações, de modo a impedir tal atividade.

Neste diapasão, vem-se entendendo, por exemplo, pela possibilidade de liminares, bem como de antecipações de tutela, desde que não firam o contraditório, ou seja, que não se revistam de irreversibilidade, o que frustraria aquela garantia.

Na hipótese, concedida a imissão provisória na posse, em se tratando de desapropriação para fins de reforma agrária, observa-se a possibilidade de um dano irreparável para os atuais proprietários que, reitere-se, não permaneceram passivos, mas intentaram ação com o fito de anular o decreto expropriatório, posto que tal posse implica, necessariamente, a utilização do imóvel em consonância com sua função social.

Em outros termos, concedida a imissão provisória na posse, permite-se o início do procedimento de produção, o que implica inovação na situação fática do imóvel, a qual, a fim de se evitar prejuízos para os posseiros de boa-fé, prolonga-se até a colheita dos produtos.

Consolidando-se tal situação, ainda que a desapropriação seja, ao final, julgada ilegítima, não restarão mais, ao proprietário, meios de reaver o bem desapossado, à presença de desapropriação indireta.

Neste sentido, argumenta **Hely Lopes Meirelles**:

‘A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em nossa lei. É situação de fato que vai se generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados ao domínio público, tornaram-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente (...).’

Neste mesmo sentido, **Diógenes Gasparini**, que se refere, inclusive, à retrocessão:

‘A retrocessão nos tempos atuais já não tem este sentido (de reaver o bem). Hoje, por força de decisões pretorianas, é um direito pessoal que proporciona ao expropriado, tão-só, perdas e danos, caso o expropriante não lhe ofereça o bem quando desistir de utilizá-lo num fim de interesse público.’

Tais fatos permitem a identificação de um **periculum in mora** às avessas, construção eminentemente doutrinária, onde a prolação da decisão pretendida, que teria por fundamento a possibilidade de um dano irreparável ou de difícil reparação, representa, de **per si**, a probabilidade de um outro dano.



Por tais razões, frente à prejudicialidade da ação ordinária em curso, bem como à presença de um **periculum in mora** inverso, voto por *denegar a segurança*.”

São substanciosos e harmônicos com os princípios informativos do nosso ordenamento jurídico os fundamentos e conclusão defendidos pelo eminente Relator do acórdão guerreado e acolhidos, por maioria, pelo Pleno do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A imposição do acórdão em questão deve prevalecer até trânsito em julgado da ação declaratória anunciada em seu texto.

O direito de desapropriação para reforma agrária não é de natureza absoluta. Ele está condicionado às exigências postas na lei que cuida de regular esse inquietante fenômeno social.

Há que ser, portanto, interpretado com vistas aos direitos e garantias existentes na Carta Magna para proteger a propriedade e, também, as necessidades sociais da cidadania.

O posicionamento do acórdão recorrido, a meu sentir, apresenta-se sensível a esses objetivos.

Isto posto, nego provimento ao presente recurso ordinário.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 85.910 – SP

(Registro n. 96.0002408-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Recorrente: Gerval Pedreiras Terraplanagem e Obras Ltda  
Advogado: Alexandre Pasquali Parise  
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMENTA:** Processual Civil – Administrativo – Ação popular – Aquisição de terras pelo Município – Avaliação incorreta – Empresa avaliadora – Litisconsórcio necessário.

A empresa que avaliou terreno adquirido pelo Município, por

valor muito superior ao real, deve integrar a relação processual, para responder pelo dano provocado ao Erário Público.

Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 17 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.9.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de recurso especial interposto por Gerval Pedreiras Terraplanagem e Obras Ltda, com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra o v. acórdão que rejeitou preliminar de nulidade de sentença por falta de citação de litisconsorte necessário.

A matéria de fundo gravita em torno de ação popular assumida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que denuncia a aquisição pela Companhia de Habitação Popular de Bauru, de uma gleba de terras, de propriedade da Recorrente, por valor muito superior ao normal.

Assevera o Recorrente que a empresa avaliadora do terreno deve integrar o pólo passivo da demanda, uma vez que o que se discute é o preço arbitrado pela mesma para o terreno em apreço.

Afirma que o afastamento desta preliminar violou o § 2º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte.

Instado a se pronunciar, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Como já relatado, a matéria de fundo gira em torno da aquisição pela Companhia de Habitação Popular de Bauru, de uma gleba de terras, de propriedade do Recorrente.

Segundo a denúncia e os relatos tanto de uma, como de outra parte, a avaliação do imóvel em comento foi efetuada com imprecisão técnica, gerando um valor muito superior ao que seria compatível com o terreno apresentado.

Neste contexto, evidente que a firma avaliadora, **in casu**, a empresa Ducati & Bianco, procedendo da forma como fez, viciou o resultado da aquisição.

O Recorrente afirma que foi violado o § 2º do art. 6º da Lei n. 4.717/1965.

A legislação tida como violada assim está plasmada, **verbis**:

“Art. 6º. A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 2º. *No caso de que trata o inciso II, item b do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.*” (grifei).

Da letra da lei exsurge que o regramento acima, tido como violado, deve ser interpretado em consonância com o art. 4º, II, **b**, da lei acima citada (da ação popular). Neste sentido, transcrevo este dispositivo:

“Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no artigo 1º:

I – .....

II – A operação bancária ou de crédito real, quando:

a) .....

b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante da escritura, contrato ou avaliação.”

A hipótese em referência se adequa perfeitamente ao caso em tela, merecendo acolhimento a súplica do Recorrente, no sentido de incluir a empresa avaliadora na relação processual.

Sobre o assunto, transcrevo excerto do parecer do próprio Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual, agindo como fiscal da lei, também entendeu pelo provimento do recurso, **verbis**:

“Outro não é ensinamento de **Rodolfo de Camargo Mancuso**, ao comentar que ‘a inserção do ‘avaliador’ no rol dos legitimados passivos não decorre do **caput** do art. 6<sup>a</sup> da Lei n. 4.717/1965 e sim de seu § 2<sup>a</sup>, que por sua vez remete ao art. 4<sup>a</sup>, II, **b**’. A interpretação sistemática e literal de todos esses dispositivos resulta nesta exegese: quando a lesão ao Erário tiver sido resultante de uma avaliação infiel do bem ‘dado em hipoteca ou penhor’, cujo valor real se verificou ser inferior ao ali alcançado, então serão citadas as pessoas públicas e privadas e entidades citadas no **caput**, mais os responsáveis pela avaliação inexata e os que dela se tenham beneficiado; o que pode implicar na exclusão dos outros virtuais legitimados passivos: autoridade, administrador, funcionários.

Mais adiante, o doutrinador, contudo, complementou seu pensamento:

‘Todavia, não é de se descartar a hipótese de que a autoridade, administrador e funcionários tenham agido em conluio com o avaliador infiel, ou que não tenham empregado a diligência ordinária que lhes permitiria aferir a erronia da avaliação; provadas essas circunstâncias, parece-me que, mesmo diante da dicção do § 2<sup>a</sup> do art. 6<sup>a</sup>, não poderão tais agentes ficar **a priori** excluídos da ação. Até porque, se de algum modo estão incluídos na etiologia do ato sindicato, isso basta para colocá-los numa situação de litisconsórcio necessário, a exigir a presença de todos no contraditório, pena de ineficácia da decisão. (CPC, art. 54).’

Nunca é demais lembrar que a ação popular pretendeu, desde os primórdios, ser a mais abrangente possível, de forma a trazer à presença da Justiça todos os envolvidos nos atos considerados lesivos ao Erário Público, justificando-se, portanto, o litisconsórcio visado.” (fls. 227/228).

Tais as razões expendidas, *dou* provimento ao recurso.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 144.750 – SP

(Registro n. 97.0058245-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Recorrente: Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp  
Advogados: Dorisa Gouveia Pinheiro e outros  
Recorrida: Telemax Telecomunicações Ltda  
Advogados: Ney Antônio Moreira Duarte e outros

**EMENTA:** Administrativo – Procedimento licitatório – Atestado técnico – Comprovação – Autoria – Empresa – Legalidade.

Quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, § 1º, II, **caput**, da Lei n. 8.666/1993.

É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade-eficiência, objetivando não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei –, mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 17 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.9.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de recurso especial interposto pela Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp, com fulcro no art. 105, inciso III, **a**, da Carta Magna, contra o v. acórdão cuja ementa passo a transcrever, **verbis**:

“Mandado de segurança. Processo licitatório. Consideração da pré-qualificação como uma das condições do edital, contrariando o que dispõe a Lei n. 8.666/1993. Lei de conteúdo genérico. Edital colidente com a norma legal. Sentença mantida. Recursos improvidos.”

O aresto hostilizado afirma que o item 3.1.4.3 do edital afronta a lei, na medida em que operou visível excesso de exigência.

A Recorrente afirma que o Tribunal **a quo** violou o art. 30, § 1<sup>a</sup>, II, **caput**, da Lei n. 8.666/1993.

Assevera que a apresentação de atestados técnicos emitidos por concessionária de serviço público para as empresas licitantes, está contemplada na legislação de regência.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo opinado o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Trata-se de licitação do tipo concorrência, promovida pela Recorrente para os serviços de rede externa, em construção de galerias de dutos e caixas subterrâneas, e demais serviços correlatos a serem executados na área de concessão da Telesp.

Com este intento foi publicado edital de pré-qualificação, o qual em seu item 3.1.4.3 dispunha, **verbis**:

“Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação será feita mediante apresentação de atestados técnicos *emitidos por concessionárias de serviços públicos no Brasil, em nome da empresa licitante*, de serviços de construção de canalizações subterrâneas, com dutos de diâmetro mínimo de 100mm, envolvendo redistribuição, sustentação e arrumação de cabos ativados em caixas subterrâneas existentes ou novas, em um período de 12 (doze) meses consecutivos, devidamente certificados pela entidade profissional competente, por qualquer forma de certificação.” (grifei).

O dispositivo legal atinente à qualificação técnica e tido como violado (art. 30, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993), assim está plasmado, **ad litteram**:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

- I – .....
- II – .....
- III – .....
- IV – .....

§ 1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do **caput** deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registradas nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da

proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II – vetado;

a) vetado.

b) vetado.

c) vetado.”

O cerne da controvérsia reside na legalidade ou não da exigência relativa à comprovação de capacitação técnica da empresa licitante, e, não somente, do profissional técnico responsável.

Entendo que a legislação acima citada não veda a exigibilidade editalícia no sentido de buscar a comprovação técnica da empresa licitante.

É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade-eficiência, objetivando não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei –, mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

No circunlóquio desta acepção, tenho que a supressão do inciso II do § 1º do dispositivo em análise não retirou da norma a previsão da comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa licitante.

Neste diapasão, transcrevo trecho da obra de **Wálteno Marques da Silva**, in *Procedimentos para Licitar*, Editora Consulex, 1ª ed., p.p. 104/105, **verbis**:

“É inegável que à época da elaboração da Lei n. 8.666/1993 houve a retirada do tópico em que estava prevista a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional dos candidatos (art. 30, § 1º, inciso II), levando a supor que com isso se pretendeu extirpar de todos os certames administrativos dito item qualificativo. Nada mais falso, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário.



A realidade é que apesar da supressão do inciso legal acima epigrafado, vários dispositivos da mesma Lei n. 8.666/1993 continuaram a prever a comprovação por parte da empresa, de sua capacidade técnico-operacional.

Assim, deparamos com os arts. 30, inciso II, §§ 3<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup> e 10; e 33, inciso III, do diploma legal já referenciado, onde permanecem exigências de demonstração de aptidão da própria empresa concorrente – e não de profissional existente em seu quadro funcional –, inclusive mediante a apresentação de atestados, certidões e outros documentos idôneos.

Ora, se a intenção final fosse realmente a de afastar por completo a exigência e comprovação da propalada capacidade técnico-operacional da empresa interessada, não haveria o porquê de se manter em voga outros dispositivos que prevêm exatamente esse tipo de demonstração.

Destarte, e até porque as disposições legais não devem ser isoladamente analisadas, sob pena de se incorrer em interpretação final equivocada, bem se vê que o requisito provocador de toda a cizânia (capacidade técnico-operacional da empresa) permanece pulsante apesar do veto ao inciso II do § 1<sup>a</sup> do art. 30.

Até porque referida demonstração de capacidade técnico-operacional é mesmo de suma importância, pois pouca valia terá a concorrente possuir em seu quadro de pessoal permanente um profissional nos moldes discriminados no art. 30, § 1<sup>a</sup>, inciso I, se ela mesma, empresa, não tiver capacidade operacional para desenvolver os trabalhos que a Administração Pública busca executar.

A corroborar todo o entendimento acima abraçado encontramos novamente lição do ilustre **Hely Lopes Meirelles**, o qual preleciona o seguinte: ‘a comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra **b** do § 1<sup>a</sup> do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitações a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências essas que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação’ (in *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 19<sup>a</sup> ed., p. 270).’

Esta Corte, analisando a matéria (REsp n. 172.232-SP), já proferiu

entendimento no sentido de que: não se comete a violação em debate, quando em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa-proponente, **verbis**:

“Administrativo. Licitação. Interpretação do art. 30, II, § 1º, da Lei n. 8.666/1993.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei n. 8.666/1993, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa-proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classes “L” e “C” em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. ‘O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a ‘exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’ revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe.’ (Adilson Dallari).

3. Mandado de segurança denegado em 1º e 2º graus.

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 172.232-SP, Relator Ministro José Delgado, DJU de 21.9.1998, p. 89).

Ainda sobre o assunto, destaco excerto de artigo de **Carlos Ari Sundfeld**, o qual, analisando os aspectos pertinentes à qualificação técnica das empresas, assim se pronunciou:

“A simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto à sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe, etc. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades fazendo com que opere de modo eficaz: trata-se, aqui, da dita ‘capacidade tecno-operacional (ou operativa)’, verificável pelos desempenhos anteriores da empresa.”

Por fim, **Adilson Abreu Dallari**, in Aspectos Jurídicos da Licitação, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 120, arremata:

“Cabe aqui apenas relembra que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguramento da efetiva e integral execução do contrato. Nada existe de inconstitucional ou de despropositado na exigência de comprovação de capacitação tecno-operacional para empresas executantes de obras públicas de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico.”

Tais as razões expendidas, demonstrada a violação do dispositivo em foco, *dou* provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 220.983 – SP

(Registro n. 99.0057694-2)

Relator: Ministro José Delgado  
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo  
Advogados: Egídio Carlos da Silva e outros  
Recorridos: Rubens Franco de Mello e cônjuge  
Advogados: Riad Gattas Cury e outros  
Sustentação oral: Riad Gattas Cury (pelo recorrido) e José Flaubert Machado Araújo, Subprocurador-Geral da República (pelo Ministério Público Federal)

**EMENTA:** Administrativo – Tombamento – Indenização – Bem gravado em cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso.

1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado.

2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex.: cobrança de dívida de jogo.

3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvaziar-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo.

4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria.

5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21.6.1941), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames.

7. Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira, ausente, justificadamente, no início do julgamento.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Discute-se, em sede de recurso especial, ação de desapropriação indireta movida por Rubens Franco de Mello e cônjuge contra a Fazenda do Estado de São Paulo que, em grau de apelação, recebeu o seguinte relato (fls. 775/776):

“Cuida-se de ação de desapropriação indireta contra a Fazenda do Estado de São Paulo, julgada procedente pela r. decisão de fls. 461/469, cujo relatório se adota.

Os Autores pretendem ver-se indenizados em decorrência de tombamento levado a efeito pela Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo, sobre o imóvel constituído de casa e respectivo terreno, coberto por vegetação, situado na Av. Paulista, n. 1.919, nesta Capital. Ao recurso de ofício, seguiram-se apelo dos Autores objetivando: a) a elevação do valor atribuído a título de indenização; b) a incidência de juros compensatórios sobre moratórios; c) a elevação da verba honorária de 5% para fixação entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% (fls. 475/482) e da Fazenda requerendo, inicialmente, apreciação de agravo retido às fls. 109/112 interposto contra o r. despacho saneador de fl. 96. A seguir, a Fazenda pleiteia, em preliminar: a) seja reconhecida a impossibilidade jurídica do pedido, por estar o imóvel vinculado às cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, além de fideicomisso; b) o reconhecimento da prescrição quinquenal; c) a falta do interesse de agir e, quanto ao mérito, sustenta não ser indenizável o tombamento, não ter existido o apossamento e não ter havido limitações que justifiquem a indenização pleiteada. Alega, por fim, a imprestabilidade do laudo pericial para sustentar eventual indenização mas que, se for o caso, essa deve-se prender ao laudo do assistente técnico (fls. 516/537).

Contra-razões às fls. 539/548 e 549/551.

Interpostos embargos declaratórios, pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 709/723) foram acolhidos em parte para anular o processado, com base no artigo 246, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com retorno dos autos, para a manifestação do Ministério Público, em cumprimento aos artigos 82, II e III; e 84 do Código de Processo Civil (fls. 731/734).

O Ministério Público manifestou-se (fls. 742/746) em 1ª instância e,

nesta, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento ao recurso da Fazenda e improvimento ao apelo dos Autores (fls. 755/767).”

Apreciando a lide, o Tribunal **a quo** negou provimento às apelações e à remessa oficial, ficando o acórdão assim ementado (fls. 775):

“Tombamento. Indenização por restrição de uso e gozo.

Preliminares: prescrição quinquenal inexistente. Legitimidade das partes. Titularidade do bem comprovada.

Mérito: indenização cabida. Prejuízo existente. Cláusulas restritivas preservam o bem existente. Indenizabilidade pelo tombamento prevista constitucionalmente (art. 37, § 6º). Descabimento de juros compensatórios por não se tratar de apossamento administrativo. Honorários mantidos, face à elevada soma que compõe a indenização. Recursos improvidos.”

Irresignados, os Autores e o Estado de São Paulo apresentaram recurso especial (fls. 786/791 e 840/873) e recurso extraordinário (fls. 827/841).

O recurso especial dos Autores foi admitido, tendo subido os autos a este Sodalício e proferido acórdão às fls. 937/945, já transitado em julgado, como diz a certidão de fl. 1.010, com resultado pelo não-conhecimento.

Os recursos especial e extraordinário da Fazenda Estadual receberam juízo de prelibação negativo.

O agravo de instrumento desafiado contra o despacho denegatório do recurso especial fazendário subiu a esta Corte de Justiça, onde dei-lhe provimento determinando a reautuação dos autos que já tinham subido por força da admissão do recurso especial dos Autores, com a inclusão da Fazenda Estadual como recorrente.

Em sua petição especial, a Fazenda do Estado de São Paulo afirma que o acórdão, mesmo instigado mediante a oposição de embargos de declaração, deixou de se pronunciar sobre os impedimentos de ordem processual invocados, tais como a impossibilidade jurídica do pedido, falta de interesse de agir, prescrição quinquenal, as limitações administrativas municipais preexistentes ao tombamento, as cláusulas restritivas do uso e gozo da propriedade relativas ao impedimento de alienar ou transferir o imóvel,

a qualquer título, além de fideicomisso, violando, assim, vários dispositivos constitucionais e legais, especialmente os abaixo elencados:

Do Código de Processo Civil:

“Art. 535 – Cabem embargos de declaração quando:

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

“Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

“Art. 458 – São requisitos essenciais da sentença:

II – os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.”

“Art. 82 – Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – **omissis**;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

Do Código Civil:

“Art. 1.676 – A cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.”

“Art. 1.677 – Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros.”

“Art. 1.733 – Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa

condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado.”

“Art. 1.734 – O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.”

Do Decreto-Lei n. 3.365/1941:

“Art. 31 – Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.”

Sustenta a inexistência de “desapropriação”, uma vez que não ocorreu a alienação do imóvel ao Estado, sendo, além disso, o imóvel, coisa fora do comércio, pois gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, assim como seus frutos e rendimentos e fideicomisso.

Diz não possuir validade o argumento de que, estar-se-ia diante de caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ensejando-se a sub-rogação preconizada nos artigos 1.677 do Código Civil e 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, já que, desapropriação não houve, mas sim, tombamento que os Autores-recorridos querem transmudar em apossamento administrativo.

Alega que o intento dos Autores mostra-se, além de injustificável, contrário aos termos da lei, em face do vínculo destinado à transferência de bem a seus descendentes, pois são os mesmos fiduciários do bem, e não podem, “ignorando a força da cláusula vinculante, alterar a vontade do testador, transferindo o vínculo para outro bem, sem atentar para o interesse mediato do fideicomissário, deliberadamente alijado do processo”.

Reclama a ocorrência da prescrição quinquenal, já que, contrariamente ao afirmado pelos Autores, não há que se falar em desapropriação indireta que possui natureza real, porém, simples ressarcimento decorrente das limitações administrativas de uso originadas com o tombamento.

Tratando-se, assim, de ação de natureza pessoal, a prescrição quinquenal começou a correr em 2.9.1992, data em que os Recorridos sustentam ter nascido o direito pleiteado, tendo o seu lapso se esgotado de longa data; e ainda que preponderasse a tese de que o direito em litígio tem natureza real, incidiria a regra do artigo 177 do Código Civil, que estabelece a prescrição em dez anos.



Por outro lado, protesta que a falta de interesse processual pode ser aferida “quando analisadas as possibilidades de uso do imóvel, pois a ‘vocaçãõ natural’ que o acórdãõ invoca como alicerce para deferir a indenizaçãõ, habita apenas o imaginãrio, ante a impossibilidade de exploraçãõ para o fim de construir ‘moderníssimos edifícios’”.

O Recorrente sustenta, ainda, a ocorrênciã de dissídiõ pretoriano entre o aresto criticado e julgados de outros tribunais, trazendo, entre outros, o paradigma abaixo colacionado:

“Ementa: Administrativo. Imóvel tombado. Pedido de retrocessãõ. Decreto-Lei n. 25, de 1937. Inexistênciã da obrigaçãõ de a Uniãõ reaalizar obras de conservaçãõ do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado.

I – Consoante dispõe a lei (Decreto-Lei n. 25/1937), ocorrendo o tombamento, o bem a este submetido adquire regime jurídicõ **sui generis**, permanecendo o respectivo proprietãrio na condiçãõ de administrador, incumbindo-lhe o ônus de conservaçãõ da coisa tombada. O Estado só assume esse encargo quando o proprietãrio, por ausênciã de meios, nãõ possa efetivar a conservaçãõ.

II – Nãõ arcando, a entidade de Direito Públlico, com a execuçãõ das obras necessãrias à conservaçãõ do bem, e nãõ ocorrendo a desapropriaçãõ, cabe ao proprietãrio requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

III – Recurso improvido. Decisãõ unânime.” (REsp n. 25.371-1-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Com respaldo nas considerações acima alinhadas, pede o provimento do recurso especial, firmando as seguintes conclusões:

1. “O acórdãõ, em princípio, deve ser anulado ou, caso contrãrio, reformado, indeferindo-se a pretensãõ dos Autores ou extinguindo-se o processo”.

2. “Os bens sãõ gravados com clãusulas que nãõ admitem a alienaçãõ compulsória. Somente a desapropriaçãõ, à qual o Poder Públlico nãõ está obrigado, visto que dispõe do tombamento, poderia ensejar a aquisiçãõ do imóvel”.

3. “O tombamento nãõ gera direito à indenizaçãõ, notadamente

no caso dos autos, em que a invocada ‘destinação natural’ do imóvel é fantasiosa, pois as limitações públicas e privadas não permitem sua plena utilização”.

4. “Tratando-se de caso em que, eventualmente, apenas ressarcimento por limitação poderia ser admitido, incide a prescrição”.

Em contra-razões apresentadas às fls. 889/898, os Recorridos alegam que:

a) preliminarmente, a impossibilidade de seguimento do recurso especial da Fazenda em face de o mesmo representar simples cópia daquele ao qual foi negada admissão pelo despacho de fls. 692/699 e oferecido contra o v. acórdão de fls. 561/566, anulado em sede de embargos declaratórios, ao qual se seguiu nova decisão, após intimação do Ministério Público;

b) inexistir ofensa aos preceitos legais ditos como violados;

c) não procederem as alegativas de que as cláusulas restritivas existentes sobre o imóvel, antes do tombamento, o tornam coisa fora do comércio;

d) inexistir afronta ao artigo 82, II e III, do Código de Processo Civil, já que o primeiro acórdão proferido (fls. 561/566) foi anulado para que o Ministério Público apresentasse parecer;

e) incurrer a prescrição alegada conforme verbete da Súmula n. 119-STJ;

f) ser infundada a afirmativa de que os Recorridos são carecedores da ação por não ter ocorrido o apossamento, já que as razões que embasaram o decisório estão lastreadas na restrição quase absoluta no uso do bem, provocado pelo tombamento que impediu a sua natural destinação;

g) deve ser mantida a decisão impugnada porque, efetivamente, o tombamento importou na proibição total de edificação compatível com o local de renomada nobreza que é a Avenida Paulista, configurando verdadeiro apossamento administrativo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Esclareça-se, inicialmente, que os Recorridos não conseguiram que o recurso especial que apresentaram fosse conhecido.

Esta Turma reconheceu que a pretensão encontrava obstáculo na Súmula n. 7 deste STJ. Verifique-se o conteúdo do julgado às fls. 937/945. Esse **decisum** transitou em julgado.

Aprecia-se, agora, o recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo. Este defende, em síntese, como posto no relatório, que, primeiramente, o acórdão de 2ª grau deve ser anulado, por violação ao art. 535, II, do CPC, e, caso contrário, que não é devida a indenização por tombamento de bem para preservar valor cultural, especialmente, quando tal bem está gravado com cláusulas de intransmissibilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, além de fideicomisso.

Examino a primeira invocação do Recorrente, isto é, se o acórdão recorrido violou a art. 535, II, do CPC.

O Estado de São Paulo, em grau de apelação, reivindicou reexame pelo Tribunal **a quo** dos temas seguintes:

a) que o processo deve ser extinto, seja em razão da carência da ação, seja em face da prescrição;

b) que há impossibilidade jurídica do pedido, por os Autores buscarem, por via de desapropriação indireta, alienar, compulsoriamente, o bem tombado ao Poder Público;

c) que o imóvel em questão constitui coisa fora do comércio, porque gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, conforme averbação no Registro de Imóveis;

d) que o imóvel em questão está, também, sob o regime de fideicomisso, pelo que, após a morte dos Autores será transferido a seus descendentes, ou se não existirem, voltará a seus irmãos;

e) que os Autores pretendem a sub-rogação dos vínculos incidentes, no preço do imóvel, o que é impossível ser adotado, por violar os gravames que afetam o referido bem;

f) que a ação tem como finalidade transferir compulsoriamente ao Estado bem que não pode ser alienado, por ter destinação prevista em cláusulas de fideicomisso;

g) que a procedência do pedido dos Autores implica negativa de vigência dos arts. 1.676, 1.677, 1.733 e 1.734 do Código Civil, e 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, porque os Autores não têm disponibilidade para alienar o bem e não se cuidar de desapropriação por necessidade ou utilidade pública;

h) que a ação está prescrita, pois, conforme os Autores alegam, o direito perseguido nasceu em 2.9.1982, porém, só a intentaram em 30.12.1992;

i) que, ante a reconhecida ausência de apossamento administrativo, a ação em tela tem natureza pessoal, pelo que o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos;

j) que os Autores quando adquiriram o imóvel, em 1984, o fizeram com os gravames sobre ele existentes;

l) que o tombamento de imóvel não é indenizável, por ser meio gratuito de preservação do patrimônio cultural;

m) que não ocorreu, no caso em exame, o propalado apossamento administrativo;

n) que os laudos apresentados são imprestáveis para fixação de indenização;

o) que as leis de postura municipal impõem sérias limitações ao uso do imóvel.

O acórdão recorrido, ao apreciar a apelação entendeu:

a) que as partes não divergem que a relação jurídica discutida é de tombamento;

b) ser inexistente a prescrição quinquenal;

c) possuírem os Autores legítimo interesse de agir, porque são titulares do bem, a tanto não impedindo os ônus sobre o imóvel;

d) ser possível o pedido, em face do ordenamento jurídico não impedir, expressamente, a busca do direito material pretendido;

e) os Autores viram-se, a contragosto, cerceados do direito de uso e gozo pleno que dispunham sobre o imóvel, em razão do tombamento;

f) que a indenização se impõe, conforme assentado em 1ª grau, porque o “tombamento, embora não se possa confundir com desapropriação indenizável, no caso presente tem prismas diferenciados para a análise, ante se tratar de imóvel cujo uso e gozo foi inegavelmente barrado aos proprietários-autores”;

g) que as limitações testamentárias em foco não impedem o direito perseguido pelos Autores (fls. 779/783).

Segundo o Estado de São Paulo, o acórdão omitiu-se em apreciar a questionada existência da limitação administrativa municipal já existente

sobre o imóvel quando de sua aquisição, bem como a circunstância de que o imóvel não poderia ser alienado a qualquer título, em decorrência das cláusulas restritivas testamentárias.

Não há, no acórdão hostilizado, a meu pensar, violação ao art. 535, II, do CPC.

O acórdão, de modo geral, reconheceu que foram impostas limitações administrativas ao imóvel, em face do tombamento, e que, não obstante as cláusulas restritivas, no título de propriedade, de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, além de fideicomisso, o prejuízo existe.

Confira-se essa parte do acórdão recorrido (fls. 777/782):

“Quanto ao mérito, importa, inicialmente, salientar que o tombamento constitui-se na declaração pelo Poder Público do valor cultural, histórico, artístico, paisagístico de bens móveis ou imóveis para os fins da preservação adequada em benefício da própria coletividade. O tombamento se faz mediante imposição de restrições e limitações ao uso individual a benefício da coletividade. Reduz os direitos do proprietário e lhe impõe encargos. Obriga o proprietário a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos. Enfim, a limitação de uso e gozo da propriedade, como faculta a Constituição Federal e as leis civis é de clareza solar. **Hely Lopes Meirelles** é enfático em dizer que embora o tombamento, em princípio, não seja indenizável, acrescenta que ‘tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos; e, assim sendo, não podem um ou alguns particulares serem sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento. Assim já nos pronunciamos, em harmonia com os doutrinadores pátrios que se ocuparam do assunto. Com efeito, o tombamento de uma obra de arte que permita a seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou sua normal exploração econômica há de ser indenizado’ (in *Direito Administrativo*, 19<sup>a</sup> ed., p. 491). A necessidade de serem indenizados os Autores por esta limitação do direito de uso, no caso presente, é inconteste. Todos quantos caminham pela Av. Paulista e percebam a existência de raros palacetes, entre os quais situa-se o dos autos, admira-os como resistentes aos imbatíveis interesses econômicos da Nação, consubstanciados nos moderníssimos arranha-céus,

construídos sobre terrenos onde outrora erguiam-se idênticas obras de arte, que o Estado não conseguiu preservar. O imóvel ora em questão, foi objeto do interesse do Estado para preservar a cultura e a arte a benefício da posteridade. É evidente que outros tantos interesses imobiliários e financeiros, por certo, existiriam para a aquisição do bem ora tombado, o que renderia aos proprietários valores compensadores diante da notória valorização, por metro quadrado, de imóveis situados na conhecida Av. Paulista, nesta Capital.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, inegavelmente, apresentou brilhante parecer sustentando a tese de que, face à presença de cláusulas restritivas, no título de propriedade, de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, além de fideicomisso, a perda seria nenhuma, porque vender, não poderiam, e nem onerar. Mas, o prejuízo existe.

Em primeiro lugar, é preciso analisar o alcance das limitações testamentárias em foco.

**Clóvis Bevilacqua**, comentando o artigo 1.676 do Código Civil Brasileiro, entende que:

‘a inalienabilidade não pode ser perpétua. Há de ter uma duração limitada. O Código Civil somente a permite temporária ou vitalícia. Os vínculos perpétuos, ou cuja duração se estenda além da vida de uma pessoa, são condenados. A inalienabilidade imobiliza os bens, impede a circulação normal das riquezas, é, portanto, antieconômica, do ponto de vista social. Por considerações especiais, para defender a inexperiência dos indivíduos, para assegurar o bem-estar da família, para impedir a dilapidação dos pródigos, o direito consente em que seja, temporariamente, entravada a circulação de determinados bens. Retirá-los, em absoluto e para sempre, do comércio, seria sacrificar a prosperidade de todos ao interesse de alguns, empobrecer a sociedade, para assegurar o bem-estar de um indivíduo, ou de uma série de indivíduos.

A temporariedade deve aqui ser num sentido restrito. Seria fraudar a lei, que proíbe a inalienabilidade perpétua, estabelecê-la por mil anos, por cem anos, ou coisa assim. O conceito de temporariedade, na sistemática do Código Civil, corresponde a uma duração sempre inferior ao de uma vida normal.’

Ainda que se admitisse a inércia do bem – se não tombado é preciso lembrar que **tempus fugit**. Assim, no caso da inalienabilidade, da incomunicabilidade. A impenhorabilidade não traria maiores consequências ao caso.

O fideicomisso não se eterniza (art. 1.739 do Código Civil Brasileiro) além do 2<sup>a</sup> grau. Se resolúvel, não impediria uso futuro.

**Pontes de Miranda**, in Tratado dos Testamentos, v. 3, n. 1.571 explicita:

‘A posição do fiduciário dimana do próprio pensamento fundamental do instituto, que é receber o fiduciário a herança ou bem usufruí-lo, até que, ao advento do termo ou condição, restitua ao fideicomissário a substância. Daí a semelhança com o usufruto, porém, mais acentuado o seu poder: não partiu a propriedade em nua propriedade e usufruto, aquela para o fideicomissário, e este para o fiduciário; todos os elementos estão com o fiduciário, temporalmente limitados.

A resolatividade da propriedade do fiduciário – prossegue – não a faz inalienável; só o faria a vontade do testador.

O fiduciário pode:

1 – Hipotecar, dar em anticrese, penhor ou caução os bens fideicomitidos.

2 – Aliená-los, se não houver proibição expressa.

3 – Locá-los, transferir a exploração deles.’

Verifica-se, deste contexto, que o fideicomisso, **in futuro**, a margem de uso, e, no presente, o campo da fruição seria até bastante vasto.

Mas, o fulcro da questão tem, ainda marcante, outro prisma; refletido no alcance das cláusulas restritivas. A de inalienabilidade impede alienar, tornar alheio. Não impede usar. Ao contrário, é prevista para que o beneficiário use, pois, senão o doador permitiria a cessão.

O artigo 1.676 do Código Civil Brasileiro dispõe:

‘A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade

pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.’

É claro o texto, no sentido de não barrar o uso. O direito de usar é amplo e abrange, no caso, a construção existente (motivo único do tombamento, *ut fl.* 9), mas que abrangeu, também, o terreno que a envolve. Se não tombado, embora pendente de cláusulas restritivas, os titulares não estariam impedidos – observadas as restrições urbanísticas de construir, **a latere** da construção existente, outros imóveis, benfeitorias, edículas, sobrados e, porque não, novos edifícios, sem alienar, sem dar a penhora e sem comunicar o domínio. As cláusulas não ordenaram a inércia no que existe. Preservaram o que existe. Não se pode olvidar que, se não tombado, sem conservação, o imóvel um dia ruiria e, da mesma forma, também aí o imóvel (construção) não mais existiria, caracterizando-se a perda do objeto.

Quanto à previsão constitucional, da proteção à propriedade (arts. 5<sup>ª</sup>, XXII e XXIV; 182, § 3<sup>ª</sup>; 216, § 1<sup>ª</sup>) mais beneficia os titulares com a perda do uso pleno, ainda que sem poder alienar e os Autores não se insurgem contra o tombamento em si. Pretendem ressarcimento.

O artigo 37, § 6<sup>ª</sup>, da Constituição Federal reforça a indenizabilidade.

Desta forma, não há negativa à vigência aos artigos 1.676, 1.677, 1.733 e 1.734 do Código Civil Brasileiro e nem mesmo resta ferida a norma constitucional.

Não se trata, pura e simplesmente, de minúscula restrição ao direito de propriedade imposta por um tombamento teoricamente concebido. Mas, de restrição praticamente absoluta, posto que ao que mais se prestaria, diante dos interesses materiais, seria a edificação de outros moderníssimos edifícios. A indenização é devida.”

Diante do exposto, não vislumbro infringência ao art. 535, II, do CPC. Nego, assim, provimento ao recurso quanto a esse aspecto.

Remanescem para exame os demais dispositivos apontados como violados pelo Estado de São Paulo.

O Recorrente afirma que o acórdão violou os arts. 131 e 458 do CPC, por ter deixado de indicar os motivos do seu convencimento sobre a incidência dos arts. 1.676, 1.677, 1.733 e 1.734 do CC, e 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941.



Defende, expressamente, sobre esse assunto, que “Diante de tais circunstâncias, vê-se que não há fundamentação suficiente, como preconiza a lei, e que fatos relevantes, não controvertidos foram ignorados, resultando disso, a ausência de análise que a lei impõe, acerca da lei e dos fatos. A Câmara julgadora deixou de indicar os motivos que formaram o seu convencimento. E a obrigatória fundamentação não existe, pois as questões de fato e de direito não foram analisadas. A omissão é latente e impõe a anulação do julgado, sob pena de afronta aos termos da lei”.

Não tem razão o Recorrente, no referente a esse aspecto. Conforme já antes transcrito, no campo em que se apreciou a apontada violação ao art. 535, II, do CPC, a matéria relativa aos arts. 1.676, 1.677, 1.733 e 1.734 do Código Civil, foi apreciada e decidida de modo fundamentado, em ambiente de 2ª grau.

Assim demonstrado, não há que se cuidar de violação aos arts. 131 e 458 do CPC.

O acórdão desenvolveu a fundamentação que lhe pareceu acertada sobre os mencionados dispositivos concluindo por interpretá-los de modo que não seriam aplicados à situação em debate. Os motivos de convencimento foram expostos e as questões de fato e de direito foram apreciadas. Se as conclusões não foram ao encontro das pretensões do Recorrente, não se pode, por tal, invocar-se violação aos arts. 131 e 458, II, do CPC.

Afirma, ainda, o Recorrente que o acórdão deve ser anulado, em razão da não-intervenção do Ministério Público, em 2ª grau, no caso de natureza obrigatória.

Sem razão o Recorrente. O relatório do acórdão impugnado registra que o Ministério Público, na pessoa do douto Procurador-Geral de Justiça, opinou pelo provimento do recurso da Fazenda e improvimento do apelo dos Autores (fls. 755/767).

O Recorrente, na quadra agora examinada, afirma que há impossibilidade jurídica do pedido, em face dos Autores pretenderem que seja reconhecido como ato de desapropriação indireta do imóvel, o tombamento questionado, ou seja, alienar o bem, compulsoriamente, ao Estado, pela via judicial. Apontam as seguintes circunstâncias para defesa dessa tese:

a) o bem identificado e tombado constituiu coisa fora do comércio, porque gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, assim como seus frutos e rendimentos, e fideicomisso;

b) não houve desapropriação, quer direta, quer indireta do bem, nem apossamento;

c) cuida-se de tombamento administrativo que os Autores querem transformar em apossamento administrativo.

Examino o referido questionamento.

O ato que determinou o tombamento do bem em questão é do teor que transcrevo (fl. 9):

“Resolução SC n. 36, de 16.11.1992

O Secretário da Cultura, nos termos do artigo 1º do Decreto-Lei n. 149, de 15.8.1969 e do Decreto n. 13.426, de 16.3.1979, cujos artigos 134 a 149 permanecem em vigor por força dos artigos 187 e 193 do Decreto n. 20.955, de 1.6.1983, resolve:

Artigo 1º – Fica tombado como bem cultural de interesse histórico-arquitetônico e ambiental, o imóvel na Av. Paulista, 1.919, nesta Capital, cujos componentes seguem discriminados abaixo:

a) a casa principal em estilo arquitetônico eclético, construída inicialmente em 1905, reformada e ampliada em 1921, tendo recebido o ‘habite-se’ em 1932;

b) a vegetação de grande porte arbóreo que lhe é pertinente e contígua à existente no terreno lindeiro, onde outrora se erguia a Vila Fortunata, então de propriedade de Rene Thiolier.

Artigo 2º – Fica o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado – Condephat autorizado a inscrever no Livro do Tombo competente o referido bem, para os devidos e legais efeitos.

Artigo 3º – Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.”

Os Autores, com apoio em tal ato administrativo, ingressaram com ação de desapropriação indireta, conforme petição inicial de fls. 2/5, defendendo e requerendo o seguinte:

a) o tombamento acima identificado não foi “uma simples limitação administrativa, mas uma supressão integral do direito de propriedade, por atingir o que ele tem de prevalente, que é o aproveitamento econômico, que, embora não sendo absoluto, dá-lhe contextura e não pode ser olvidado, sob pena de se legitimar o confisco”.

Limitado por esse contexto legal e de fatos, investigo se o pedido, como formulado, insere-se no campo da impossibilidade jurídica.

O pedido jurídico não é possível quando, pelo exame da inicial, “verifica-se que o sistema jurídico não protege a pretensão deduzida pelo Autor, ou seja, aprioristicamente, pela exposição do próprio Autor, constata-se que não tem razão; é evidente, tenhamos presente que, nesta hipótese, não haverá sequer questão de fato” (**Arruda Alvim**, in Manual de Direito Processual Civil, vol. 2 – Processo de Conhecimento – 7ª edição – Editora RT, 2000).

Em outras palavras, o pedido é juridicamente impossível quando, expressamente, o ordenamento legal o proíbe de ser formulado.

Pedido impossível não se confunde com pedido improcedente. Impossível é o pedido, por exemplo, para cobrar dívida de jogo. Esta não recebe proteção do Direito Civil.

Na espécie examinada, o pedido não se situa no campo da impossibilidade jurídica. Não há regra positiva proibindo à parte ingressar com pedido de indenização por desapropriação indireta por tombamento de bem que suporta gravames de inalienabilidade, incomunicabilidade, etc.

Não acolho, portanto, a argüição do Estado de São Paulo de que existe impossibilidade jurídica do pedido.

O Recorrente defende, em plano seguinte, que a ação está prescrita. Improcede essa alegação. O ato de tombamento foi publicado em data de 17.11.1992. A ação de desapropriação indireta ingressou, em juízo, no dia 5.1.1993. Indiscutivelmente, não há prescrição. O prazo não deve ser contado da data da abertura do processo de tombamento, e, sim, quando este concretizou-se.

Afirma, a seguir, o Estado de São Paulo que falta interesse de agir dos Autores para a demanda, em face de ter adquirido o imóvel, em 1984, com os ônus existentes.

O interesse de agir é o interesse processual. Não se confunde com o interesse do direito material, conforme observa **Arruda Alvim**, Tratado, vol. I, 323. O interesse de agir caracteriza-se pela necessidade que tem o Autor de vir a juízo para obter provimento jurisdicional outorgando-lhe o direito pleiteado desde que o Autor esteja autorizado pela ordem jurídica para interpor a ação, presente está o seu interesse de litigar.

Na espécie, não se pode negar a existência de interesse processual aos

proprietários do imóvel tombado em ingressarem, em juízo, com a ação que entendem cabível para reivindicar direitos que consideram possuir.

Não reconheço, portanto, violação ao art. 3<sup>a</sup> do CPC, pelo acórdão recorrido.

O Estado de São Paulo alega, ainda, que o acórdão recorrido divergiu dos acórdãos que enumera.

Os primeiros são originários do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e estão assim ementados (fl. 866):

“TJGB, 20.4.1971, AC n. 70.248, Oitava Câmara, v.u.. Vínculo. Sub-rogação. Imóvel sujeito à cláusula de fideicomisso. Inadmissibilidade. Inteligência e aplicação dos arts. 1.733 e 1.734 do Código Civil. Tem o fiduciário o domínio do bem objeto de fideicomisso, mas domínio restrito e resolúvel, por lhe caber a obrigação de transmiti-lo ao fideicomissário, verificada a condição imposta pelo testador. Assim, cumprir-lhe-á conservar o bem fideicometido, não podendo, de regra, aliená-lo. (RT/443-298)

Em outro aresto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no mesmo sentido, decidiu que não pode haver a sub-rogação de vínculo de imóvel gravado com fideicomisso, não se admitindo a alienação para esse fim, sem que haja concordância do fideicomissário.

‘Testamento. Cláusula de inalienabilidade. Sub-rogação do vínculo. Em se tratando de fideicomisso, a sub-rogação do vínculo somente é admissível, em princípio, com a concordância do fideicomissário.’

.....  
‘A apelante, única fideicomissária, opõe-se ao pedido por não ver necessidade nem conveniência na sub-rogação senão, também, por entender que, gravado o imóvel com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, sua venda viria desvirtuar a intenção da testadora e contrariar o art. 1.676 do Código Civil. É certo que o fiduciário pode dispor do bem, sempre que o testamento não prescreva o contrário, instituindo a cláusula de inalienabilidade (Clóvis, obs. 1 do citado artigo). Tal cláusula constitui maior garantia para o fideicomissário, e evidencia que a intenção da testadora foi a de impor ao gravado a obrigação de conservar o imóvel para que o mesmo seja

recebido pelo fideicomissário. Assim, gravado o bem com a cláusula de inalienabilidade, não pode o fiduciário vendê-lo, e para fazê-lo através de sub-rogação terá que ter a concordância do fideicomissário.' Acórdão de 18.12.1975, da Quinta Câmara Cível do TJRJ, na Ap. n. 1.097 – Ebert Chamoun, Pres. Rubem Silva, Rel. RJTJRJ, 43:139-43. (Íncola – Anuário de Jurisprudência, 1979, p. 133).”

O segundo é deste Superior Tribunal de Justiça. Dispõe que (fl. 867):

“O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 25.371-1-RJ, relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo, teve a oportunidade de revelar a natureza e os efeitos do tombamento, na visão daquela Corte de Justiça:

‘Ementa: Administrativo. Imóvel tombado. Pedido de retrocessão. Decreto-Lei n. 25, de 1937. Inexistência da obrigação de a União realizar obras de conservação do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado.

I – Consoante dispõe a lei (Decreto-Lei n. 25/1937), ocorrendo o tombamento, o bem a este submetido adquire regime jurídico **sui generis**, permanecendo o respectivo proprietário na condição de administrador, incumbindo-lhe o ônus da conservação da coisa tombada. O Estado só assume esse encargo quando o proprietário, por ausência de meios, não possa efetivar a conservação.

II – Não arcando a entidade de Direito Público, com a execução das obras necessárias à conservação do bem, e não ocorrendo a desapropriação, cabe ao proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

III – Recurso improvido. Decisão unânime’.”

Tenho como demonstrada a divergência.

As teses desenvolvidas nos acórdãos apresentados para confronto divergem da adotada pelo acórdão recorrido.

Os primeiros acórdãos paradigmáticos afirmam que o fiduciário tem o domínio do bem objeto de fideicomisso, mas domínio restrito e resolúvel, por lhe caber a obrigação de transmiti-lo ao fideicomissário, verificada a condição imposta pelo testador, pelo que, em regra, não pode aliená-lo.

O acórdão recorrido não aceitou essa tese. Posicionou-se em sentido contrário, admitindo que o bem podia ser transferido ao Estado, por via de desapropriação indireta.

O acórdão do STJ, tido como divergente, realmente tem essa característica. Entende que inexiste obrigação da União de assumir os ônus pelas obras de conservação do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado.

O aresto recorrido entendeu diferentemente: mesmo sem existir ato de desapropriação e apossamento, o Estado deve indenizar e incorporar o bem ao seu patrimônio, só pelo tombamento.

Conheço do recurso pela divergência e analiso o seu mérito.

Como já assinalado, o bem dos Autores e Recorridos foi simplesmente tombado, por ato do teor que transcrevo, em repetição (fl. 9):

“Resolução SC n. 36, de 16.11.1992

O Secretário da Cultura, nos termos do artigo 1<sup>a</sup> do Decreto-Lei n. 149, de 15.8.1969 e do Decreto n. 13.426, de 16.3.1979, cujos artigos 134 a 149 permanecem em vigor por força dos artigos 187 e 193 do Decreto n. 20.955, de 1.6.1983, resolve:

Artigo 1<sup>a</sup> – Fica tombado como bem cultural de interesse histórico-arquitetônico e ambiental, o imóvel na Av. Paulista, 1.919, nesta Capital, cujos componentes seguem discriminados abaixo:

a) a casa principal em estilo arquitetônico eclético, construída inicialmente em 1905, reformada e ampliada em 1921, tendo recebido o ‘habite-se’ em 1932;

b) a vegetação de grande porte arbóreo que lhe é pertinente e contígua à existente no terreno lindeiro, onde outrora se erguia a Vila Fortunata, então de propriedade de Rene Thiolier.

Artigo 2<sup>a</sup> – Fica o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado – Condephat autorizado a inscrever no Livro do Tombo competente o referido bem, para os devidos e legais efeitos.

Artigo 3<sup>a</sup> – Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.”

O referido bem, conforme certidão de fl. 7v., está “gravado com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade e

impenhoráveis os seus frutos e rendimentos, não podendo ditas rendas serem objeto de qualquer transação, e em fideicomisso, para o fim de passarem ditos bens, por morte de seus donos, aos seus descendentes e se algum de seus filhos falecer sem deixar descendentes a sua parte passará então aos demais filhos sobreviventes do testador Joaquim Franco de Mello”. Consta, ainda, na referida certidão, que “pelo mandado expedido em 29 de dezembro de 1981, pela 1ª Vara de Família e das Sucessões desta Capital, extraído dos Autos n. 71.491 de cancelamento de fideicomisso requerido por Raul Franco de Mello, em virtude de despacho proferido em 2 de julho de 1981, foi cancelada parcialmente a averbação da letra **a**, somente com relação a 1/3 das cláusulas e fideicomisso, na parte referente a Raphael Franco de Mello”.

Configurado esse panorama, situo as minhas reflexões no pedido dos Autores, assim expressamente formulado (fls. 4/5):

“Nestas condições, com fundamento no art. 5º, XXII, da Constituição Federal e demais dispositivos aplicáveis, quer o Autor propor a presente ação para o fim de compelir a Ré a lhe pagar a justa indenização, correspondente ao valor do imóvel atingido, a ser apurado através de regular perícia, acrescido de juros compensatórios no percentual de 12% ao ano, contados desde a perda da disponibilidade do imóvel (2.9.1982 – intimação da abertura do processo de tombamento), cumulativamente com os juros moratórios, na base de 6% ao ano, custas, honorários e demais cominações legais cabíveis, tudo devidamente corrigido consoante dispõe a Lei n. 6.899/1981, determinando, outrossim V. Ex.ª a expedição de ofício requisitório, por ocasião da execução de sentença, com ordem de atualização automática.”

A pretensão dos Autores tem como base, portanto, o fenômeno denominado de esvaziamento econômico da propriedade, em razão do ato de tombamento.

É essa a primeira questão que me parece necessitar ser examinada. A seguir, cuidar-se-á de decisão sobre os gravames incidentes sobre o imóvel.

O acórdão recorrido, com apoio na prova pericial, entendeu que o tombamento provocou o esvaziamento econômico do imóvel, considerando o fato nuclear do mesmo encontrar-se localizado em plena Av. Paulista, uma das áreas mais valorizadas do País.

A respeito, proclama o acórdão recorrido (fls. 777/778):

“Quanto ao mérito, importa, inicialmente, salientar que o tombamento constitui-se na declaração pelo Poder Público do valor cultural, histórico, artístico, paisagístico de bens móveis ou imóveis para os fins da preservação adequada em benefício da própria coletividade. O tombamento se faz mediante imposição de restrições e limitações ao uso individual a benefício da coletividade. Reduz os direitos do proprietário e lhe impõe encargos. Obriga o proprietário a respeitar padrões urbanísticos ou arquitetônicos. Enfim, a limitação de uso e gozo da propriedade, como faculta a Constituição Federal e as leis civis é de clareza solar. **Hely Lopes Meirelles** é enfático em dizer que embora o tombamento, em princípio, não seja indenizável, acrescenta que ‘tombamento não é confisco. É preservação de bens de interesse da coletividade imposta pelo Poder Público em benefício de todos; e, assim sendo, não podem um ou alguns particulares serem sacrificados no seu direito de propriedade sem a correspondente indenização reparatória do prejuízo ocasionado pelo tombamento. Assim já nos pronunciamos, em harmonia com os doutrinadores pátrios que se ocuparam do assunto. Com efeito, o tombamento de uma obra de arte que permita a seu dono continuar na sua posse e no seu desfrute não exigirá indenização, mas o tombamento de uma área urbana ou rural que impeça a edificação ou sua normal exploração econômica há de ser indenizado’ (*in* Direito Administrativo, 19<sup>a</sup> ed., p. 491). A necessidade de serem indenizados os Autores por esta limitação do direito de uso, no caso presente, é inconteste. Todos quantos caminham pela Av. Paulista e percebam a existência de raros palacetes, entre os quais situa-se o dos autos, admira-os como resistentes aos imbatíveis interesses econômicos da Nação, consubstanciados nos moderníssimos arranha-céus, construídos sobre terrenos onde outrora erguiam-se idênticas obras de arte, que o Estado não conseguiu preservar. O imóvel ora em questão, foi objeto do interesse do Estado para preservar a cultura e a arte a benefício da posteridade. É evidente que outros tantos interesses imobiliários e financeiros, por certo, existiriam para a aquisição do bem ora tombado, o que renderia aos proprietários valores compensadores diante da notória valorização, por metro quadrado, de imóveis situados na conhecida Av. Paulista, nesta Capital.”

Evidenciada está a ocorrência do esvaziamento econômico do imóvel e, conseqüentemente, presente o direito do proprietário em ser indenizado, integralmente, pelo valor do bem, passando este a integrar-se ao patrimônio



público. A respeito, defende a doutrina, segundo **Hely Lopes Meirelles** (Parecer RT 600/15), (fl. 4):

“Tombamento não é confisco. O tombamento só dispensa indenização quando não impede a utilização do bem segundo sua destinação natural, e nem acarreta o seu esvaziamento econômico. Este é o princípio básico, de que se têm esquecido as nossas autoridades encarregadas da preservação do patrimônio histórico e paisagístico, ao determinar o tombamento de imóveis particulares sem desapropriação, punindo exatamente o cidadão que se obstinou em preservá-los.

A desapropriação é a solução existente em nosso Direito para situações particulares que conflitem com o interesse público. Isto vale também para o tombamento, pois, caso contrário, não teria sentido o disposto no art. 5º, k, da Lei Geral das Desapropriações (Decreto-Lei n 3.365/1941), que considera ‘a preservação e a conservação dos monumentos históricos e artísticos, bem como a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza, como hipótese de utilidade pública para fins de desapropriação’.

A necessidade de indenização quando o tombamento importa esvaziamento econômico da propriedade tem sido ressaltada pela nossa doutrina: **Carlos Medeiros Silva** deixou claro que o tombamento compulsório que importe a negação ou restrição total do direito de propriedade não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização; **Gonçalves de Oliveira, Caio Mário da Silva Pereira e Adroaldo Mesquita da Costa**, quando exerceram a Consultoria Geral da República, defenderam a mesma tese a propósito do tombamento do Parque Lage, no Rio de Janeiro. No mesmo sentido é o pensamento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**.”

O tombamento, por si só, quando importa apenas em limitações administrativas, provoca indenização restrita a esse fato que o imóvel passou a sofrer, continuando o proprietário a exercer os seus direitos de usar, gozar e dispor do bem, porém, vinculado a essa situação.

Quando o tombamento provoca o esvaziamento total do imóvel, em face de sua localização e possibilidade de ser aproveitado para outros fins comerciais e industriais, o ato administrativo de tombamento tem a configuração de efeito desapropriatório. O fato de não haver apossamento direto do imóvel é de pouca importância. O que torna relevante é o fato do

Poder Público, com a prática do ato administrativo questionado, haver tombado um bem particular situado em área de grande valorização imobiliária, para fins de preservação cultural considerando-o de interesse histórico-arquitetônico e ambiental.

É de valia registrar-se, a respeito, o conteúdo da fundamentação desenvolvida na sentença de 1ª grau (fls. 464/466):

“O tombamento não se confunde com o apossamento administrativo, pois, no primeiro, o ato é legal e continua o proprietário em poder do bem, com o direito de aliená-lo e usufruí-lo, apenas sofrendo restrições no que diz respeito à sua modificação, ao contrário do segundo.

A posição sobre a natureza jurídica do tombamento não é pacífica na doutrina. Para **Celso Antônio Bandeira de Mello** ele é uma modalidade de servidão, com o que discorda **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, pelo fato ‘de não haver a coisa dominante. A restrição não é imposta em benefício da coisa afetada a fim público ou de serviço público, mas, ao contrário, tem por objetivo satisfazer o interesse público genérico e abstrato, a saber, o patrimônio histórico e artístico nacional’. E conclui por situá-la em ‘categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação, nem como servidão’. (Direito Administrativo, Editora Atlas, 3ª ed., p.p. 113/114).

Mas de qualquer modo, quer seja servidão, quer seja categoria própria, o certo é que em determinadas situações a restrição é de tal ordem que afeta substancialmente o patrimônio de quem tenha o imóvel tombado. Não se trata de um ônus razoável que todo o particular deva suportar, mas do prejuízo que lhe é causado, por ato legal praticado pelo Poder Público.

No presente caso, é notório que um imóvel situado na Av. Paulista tem seu valor de mercado extremamente reduzido, praticamente aniquilado, por não poder se prestar à edificação, e a Fazenda estadual, responsável pelo tombamento, deve indenizar os Autores, pelo valor total de sua propriedade, que na prática se assemelha à desapropriação indireta, para o efeito do bem ser incorporado ao patrimônio público. Não obstante, não há que se cogitar da incidência de juros compensatórios, por não ter havido o seu apossamento pelo Poder Público, tanto que os Autores continuaram a usufruir de sua propriedade, inclusive locando-a.

Argumenta ainda a Fazenda Estadual que desde a promulgação da Lei Municipal n. 8.328/1975, modificada pela de n. 9.725/1984 e sua regulamentação pelo Decreto n. 19.835/1984 a propriedade dos Autores já sofria restrições em seu uso e o tombamento nada acrescentou ao que já existia, mas sem razão.

A legislação municipal apenas fez restrições ao uso da propriedade, sujeitando-a ao controle da Secretaria Municipal de Planejamento, mas com o tombamento, o valor da propriedade dos Autores foi praticamente anulado. São situações díspares, que não podem ser comparadas diante do alcance do tombamento em relação às restrições que até então existiam.”

Considere-se, outrossim, que o tombamento tem sido tratado pela doutrina conforme a adequada síntese feita por **Carlos Frederico Marés**, Procurador do Estado do Paraná e Prof. de Direito Ambiental da PUC-PR, em trabalho intitulado A Proteção Jurídica dos Bens Culturais (RT – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 2 – jan/março 1993, p. 24):

“Embora os Tribunais não venham dando guarida à tese de que as restrições impostas pelo tombamento sejam servidões de natureza indenizável, esta é a posição claramente defendida por **Celso Antônio Bandeira de Mello**, que considera o ato de tombamento contrário ao direito de propriedade que assiste ao titular do bem atingido. Entende o Professor que o tombamento quando individualiza e particulariza o bem promove um sacrifício de direito individual, assemelhando-se às servidões, sendo completamente diferente o tombamento genérico, como de um Centro Histórico ou de uma cidade, que na verdade se assemelha a uma limitação urbanística, e como tal deve ser tratada. **Bandeira de Mello** conclui em seu artigo Tombamento e Dever de Indenizar, que a indenização é a regra, podendo a ela serem estabelecidas exceções.

Posição diametralmente oposta é assumida pela maior parte da literatura jurídica brasileira, como **José Afonso da Silva**, **José Cretella Júnior**, **Hely Lopes Meirelles**, **Maria Sylvia Di Pietro**, **Diogo de Figueiredo**, **Paulo Afonso Leme Machado**, **Fernando Andrade de Oliveira**, que consideram a regra do tombamento a não-indenização, podendo, eventualmente, haver exceções, quando a restrição atinge tal grau de esvaziamento da propriedade que ela fica destituída de substância econômica. Porém, neste caso, já não se trata de

tombamento, mas de desapropriação, por conceito e fundamento, indenizável.

O tombamento de uma região ou de uma cidade inteira é idêntico ao tombamento de um único prédio, porque, mesmo quando trata de área inteira, o tombamento individualiza o bem, dando diferentes graus de proteção a um ou outro imóvel, podendo alguns, por seu especial valor individual, serem rigorosamente preservados e outros, sofrerem apenas adequação ambiental e limites nas reformas.

Na verdade, não se trata de saber se o tombamento ou o reconhecimento de valor cultural de um bem determinado enseja para o Poder Público o dever de indenizar, porque não se pode admitir que o simples fato de reconhecer qualidades de monumentalidade ou de elemento identificador da cultura nacional seja gerador de prejuízo ao particular. O que poderia ser indenizável seria um prejuízo atual que sofresse um proprietário pelo fato de ser necessária a preservação de determinado bem. Mas o prejuízo deve se configurar como atual e não futuro e eventual.”

**Marcelo de Oliveira F. F. Santos**, em artigo intitulado Tombamento: uma Análise Constitucional. Aspectos da Discricionariedade Aplicáveis ao Instituto (Revista Direito Constitucional e Ciência Política, jan/jun 1988, n. 6, Forense, p.p. 201/203), doutrina incisivamente:

“3) Direito de propriedade e indenização. Se compulsarmos a doutrina e a jurisprudência, a outra conclusão não chegaremos: o direito à indenização do proprietário é inegável. Toda vez que a Administração Pública, por si ou por quem faça suas vezes, direta ou indiretamente, atinge a essência do Direito, fica obrigada a reparar o prejuízo. Confirmam-se as seguintes ementas:

a) ‘Se o tombamento importa no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o Estado deve pagar a indenização correspondente ao seu valor, como ocorre na desapropriação por utilidade pública’ (in Revista Forense n. 213/1966).

b) ‘A competência conferida ao serviço federal para o tombamento de bens, não exclui a de serviços congêneres instituídos para o mesmo fim, pelos Estados e Municípios.

O tombamento oneroso exige a desapropriação com o pagamento da justa indenização em dinheiro.

Atos arbitrários e, portanto, nulos, não podem prosperar' (grifo nosso). (Parecer, RDA n. 120, 459/478.)

c) 'Não usando o Poder Público da faculdade de desapropriar para tomar, nos casos de restrição sensível ao domínio privado e que possa ser avaliada, em termos econômicos ou pecuniários, fica ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, uma indenização equivalente ao prejuízo sofrido' (Parecer, RDA n. 108, 429/464).

d) 'O tombamento compulsório que importe na negação ou restrição total ao direito de propriedade não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização. É nulo o tombamento que impossibilita a lavra do minério, objeto do ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente' (in RDA n. 57, p. 248).

Não há dúvida que a Constituição Brasileira agasalhou a proteção à propriedade, atribuindo ao proprietário o direito ao uso, gozo e disposição da coisa, que constitui a alma do direito de propriedade. Ferindo qualquer um desses elementos, estamos comprimindo o Direito, e como remédio temos a reparação à indenização.

Cabem, por oportuno, algumas palavras de **Celso Antônio B. de Mello**.

'Cumpra precatar-se contra o risco de supor que o conteúdo da propriedade confunde-se com a significação patrimonial ou econômica dela. Ambas as coisas podem estar, como geralmente estão, bastante interligadas. Nem por isso se confundem.'

Apesar de essas observações terem sido feitas em matéria atinente ao zoneamento, entendemos serem perfeitamente aplicáveis ao nosso estudo. Assim, ensina o citado jurista:

'O que às normas de zoneamento é interdito ferir, dado seu caráter de limitações administrativas, é o conteúdo nuclear do Direito. Não se disse nem se dirá que lhes seja vedado acarretar conseqüências economicamente gravosas aos proprietários. Nem se disse que tal sucesso obrigue a indenizar prejuízos dessarte provocados. O dever de indenizar só surgirá se, concomitantemente, for atingida a essência do Direito. E existirá *por causa* de havê-lo atingido' (grifo nosso).

Sintetizando, não concordamos com **Diógenes Gasparini** quando afirma: ‘Apesar de o ato de tombamento impor sérias limitações ao uso, gozo e fruição da propriedade, não obriga o Estado a satisfazer qualquer indenização, pelo menos em tese.’ De fato **data venia**, não é assim que devemos analisar. Se com o tombamento há prejuízo, de outra parte há, em tese, o direito à indenização.”

**Flávio de Queiroz B. Cavalcanti**, em *Tombamento e Dever do Estado de Indenizar* (artigo publicado na RTJE, ano 18, nov. 1994, vol. 130, p.p. 59/62), assevera:

“Tombamento e indenização

1. Efeitos do tombamento sobre a propriedade

O tombamento pode provocar, sobre a propriedade, vale dizer, sobre o feixe de faculdades componentes do direito de propriedade, três tipos diferentes de conseqüências:

a) no primeiro e mais raro, o tombamento não promove qualquer inibição como ocorre, por exemplo, no tombamento de um quadro em que seu proprietário não perde o seu deleite, ou, com o tombamento de bens públicos;

b) na segunda, o tombamento atinge com tal violência o uso da coisa, que a mesma perde, por completo, o seu conteúdo econômico;

c) na situação mais comum, o tombamento restringe o direito de propriedade, com diminuição de seu potencial econômico, sem, contudo, ocorrer seu completo esvaziamento.

A solução à questão principal de cabimento de indenização dependerá do efeito que o tombamento provoca sobre o direito de propriedade, sendo evidente que, na primeira das situações, isto é, naquela em que não houve dano, não há o que se falar em indenização.

2. Perda do valor econômico e indenização

O tombamento pode levar à inviabilidade econômica da coisa, ocorrendo o seu completo esvaziamento econômico pela impossibilidade de sua utilização na sua natural destinação. Entre nós há o caso clássico do tombamento do Pico de Itabirito, em Município do mesmo nome, em Minas Gerais e, afinal cancelado por despacho do Presidente

da República acatando recurso. Tratava-se de serra na qual existia jazida de minério, cuja exploração restaria inviabilizada pelo tombamento. A matéria foi objeto de pareceres de **Adroaldo Mesquita da Costa** (20), **Reginaldo Nunes** (21) e **Carlos Medeiros Silva** (22).

Constatada a inviabilização da exploração com o conseqüente esvaziamento econômico do bem, opinaram os Autores, unanimemente, pela necessidade de indenização pelo Poder Público. O então Consultor-Geral da República, ao final de seu bem elaborado parecer, conclui:

‘Quando, porém, como no caso em exame, essa restrição ou limitação importa, pelo tombamento, no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa propriedade, decorrente de sua intocabilidade.’

E, nesse caso, não pode o Estado determinar o tombamento, senão mediante o prévio pagamento em dinheiro, ao proprietário da mina, da indenização correspondente ao valor da porção dele de que ficar impedido de usufruir, porque o tombamento, na espécie, se equipara a uma desapropriação por utilidade pública, nos precisos termos do art. 5º, letra k, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, **in verbis** (23).

De fato, a total inviabilização econômica deve ser tratada como desapropriação, posto que todo o feixe de faculdades, inerentes ao direito de propriedade, é retirado de seu titular. Sem isso, nada mais seria do que evidente confisco, em prol da coletividade, mas ainda assim confisco, vedado pela nossa Constituição Federal (24).

Pode-se, inclusive, por analogia, invocar o direito de extensão existente nas desapropriações, pelo qual o proprietário de um bem parcialmente desapropriado pode exigir que a parte não atingida seja nela incluída quando inviável a utilização econômica. As mesmas razões que informam a desapropriação de parte, devem determinar a intervenção extrema no todo.

Quando o Poder Público, via tombamento, retira as faculdades inerentes à propriedade, posto que tornou a coisa inutilizável, retirou o conteúdo da propriedade, vale dizer, retirou a propriedade, e nos encontramos, na verdade, frente a uma desapropriação, em outro instituto travestida. Vale lembrar que a desapropriação para preservação e

conservação é prevista como caso de utilidade pública (Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 5<sup>a</sup>, **k** e **m**).

Assim, havendo esvaziamento total das faculdades inerentes à propriedade, o assunto deve ser solucionado, a meu ver, como desapropriação.

### 3. Diminuição do valor econômico

O tombamento, na maior parte das vezes, acarreta uma diminuição no valor econômico da coisa e uma redução das faculdades inerentes à propriedade.

O poder de usar, gozar e dispor, é reduzido pela necessidade de preservação da coisa, impedindo-se, por conseguinte, sua alteração, de acordo com o desejo de seu proprietário, e por via de consequência, reduzindo-lhe o valor econômico.

Em prol da coletividade, o titular sofre restrições no seu direito de propriedade e uma diminuição no seu patrimônio.

Baseada a regra de indenização pelo Poder Público no fracionamento dos ônus e cômodos, não vejo como escapar à conclusão de que necessário se faz o repartimento dos prejuízos sofridos. Sem isso, é de se aceitar que apenas sobre o titular do bem tombado recaia o ônus de arcar com o cômodo coletivo de preservar o bem, o que se choca, frontalmente, com o princípio de solidariedade social norteador da responsabilidade civil do Estado.

Não há norma jurídica positiva ou princípio existente de um sacrifício individual em benefício da coletividade sem correspondente compensação. Antes, ao contrário, ‘os princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dano, se o ato de tombamento lhe trouxer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido’ (25).

Por estas razões, penso eu, os prejuízos causados pelo tombamento compulsório devem ser indenizados pelo Poder Público, respeitando-se o princípio geral de reparação, isto é, da forma mais completa possível, ressarcindo o dano o mais integralmente possível. É a única solução que se compatibiliza com os princípios norteadores da responsabilidade patrimonial do Estado.”

Diante dos pronunciamentos acima desenvolvidos e elencados, não prospera o recurso do Estado de São Paulo.



Esclareço que estou afastando, também, a alegação do Recorrente de que há lei municipal proibindo a constrição, na área onde está o imóvel, de edifícios de grande porte. Essa circunstância não afasta o direito de indenização pelo tombamento do mesmo, quando sofre total esvaziamento econômico.

Resta investigar, agora, os efeitos dos gravames que pesam sobre o imóvel.

O meu entendimento a respeito é o de que as questões relativas às cláusulas gravosas devem ser decididas em ação própria, com a participação dos possíveis interessados. É a solução que entendo cabível para a situação em destaque, conforme preconizado no art. 20 da Lei de Desapropriação.

Considero que os gravames existentes sobre o imóvel não desapareceram pelo ato de tombamento. Isso não afasta o direito dos proprietários de reivindicarem a indenização e a transferência da propriedade para o Poder Público. Permanecem, contudo, vinculados a tais gravames enquanto não conseguir afastá-los pela via própria.

Por assim entender, o valor da indenização a ser pago pelo Estado deve ficar em conta judicial, até que, por vias ordinárias, sejam definidos os limites, extensão e permanência ou não dos referidos gravames.

Essa conclusão decorre do comando posto no art. 31 da Lei de Desapropriação: “Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado”.

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso especial do Estado de São Paulo, determinando, porém, que o valor da indenização seja depositado, após o regular processo de execução, em conta judicial, até solução definitiva sobre os gravames que pesam sobre o imóvel, especialmente, o fideicomisso (essa entidade é resultante de uma disposição pela qual alguém – o fideicomitente – institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles – o fiduciário – a obrigação de, sob termo ou condição, transmitir ao outro, que se chama fideicomissário, a herança ou o legado), em face do art. 31 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21.6.1941.

É como voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Sr. Presidente, como bem ressaltou V. Ex.<sup>a</sup> e o nobre Subprocurador-Geral da República, com

o tombamento, restringiu-se o uso do imóvel, o que causou, sobremaneira, grandes prejuízos para as partes. Não pode, como bem ressaltou o eminente Subprocurador-Geral da República, o Estado tombar um imóvel e o particular arcar com essas despesas de manutenção; cabe, sim, ao Estado arcar com as despesas da manutenção do tombamento.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Assoberbado por dúvidas quanto à composição elaborada pelo eminente Relator, socorri-me do pedido de vista e concluído o exame direto das peças informativas do processo, registrando que, em ação visando à indenização (desapropriação indireta), no julgamento das apelações e da remessa oficial, foi constituído o v. acórdão sob ferrete, assim sumariado:

“Tombamento. Indenização por restrição de uso e gozo.

Preliminares: prescrição quinquenal inexistente. Legitimidade das partes. Titularidade do bem comprovada.

Mérito: indenização cabida. Prejuízo existente. Cláusulas restritivas preservam o bem existente. Indenizabilidade pelo tombamento prevista constitucionalmente (art. 37, § 6<sup>o</sup>).

Descabimento de juros compensatórios por não se tratar de aposamento administrativo.

Honorários mantidos, face à elevada soma que compõe a indenização. Recursos improvidos.”

A manifestação pretoriana provocou a interposição simultânea do recurso extraordinário e do presente despique, cujas razões foram resumidas pelo nobre Relator, **verbis**:

“Em sua petição especial, a Fazenda do Estado de São Paulo afirma que o acórdão, mesmo instigado mediante a oposição de embargos de declaração, deixou de se pronunciar sobre os impedimentos de ordem processual invocados, tais como a impossibilidade jurídica do pedido, falta de interesse de agir, prescrição quinquenal, as limitações administrativas municipais preexistentes ao tombamento, as cláusulas restritivas do uso e gozo da propriedade relativas ao impedimento de alienar ou transferir o imóvel, a qualquer título, além de fideicomisso,

violando, assim, vários dispositivos constitucionais e legais, especialmente os abaixo elencados:

Do Código de Processo Civil:

‘Art. 535 – Cabem embargos de declaração quando:

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.’

‘Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.’

‘Art. 458 – São requisitos essenciais da sentença:

II – os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.’

‘Art. 82 – Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – **omissis**;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.’

Do Código Civil:

‘Art. 1.676 – A cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.’

‘Art. 1.677 – Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros.’

‘Art. 1.733 – Pode também o testador instituir herdeiros ou

legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado.’

‘Art. 1.734 – O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.’

Do Decreto-Lei n. 3.365/1941:

‘Art. 31 – Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.’

Sustenta a inexistência de ‘desapropriação’, uma vez que não ocorreu a alienação do imóvel ao Estado, sendo, além disso, o imóvel, coisa fora do comércio, pois gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, assim como seus frutos e rendimentos e fideicomisso.

Diz não possuir validade o argumento de que estar-se-ia diante de caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ensejando-se a sub-rogação preconizada nos artigos 1.677 do Código Civil e 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, já que, desapropriação não houve, mas sim, tombamento que os Autores-recorridos querem transmutar em apossamento administrativo.

Alega que o intento dos Autores mostra-se, além de injustificável, contrário aos termos da lei, em face do vínculo destinado à transferência de bem a seus descendentes, pois são os mesmos fiduciários do bem, e não podem, ‘ignorando a força da cláusula vinculante, alterar a vontade do testador, transferindo o vínculo para outro bem, sem atentar para o interesse mediato do fideicomissário, deliberadamente alijado do processo’.

Reclama a ocorrência da prescrição quinquenal, já que, contrariamente ao afirmado pelos Autores, não há que se falar em desapropriação indireta que possui natureza real, porém, simples ressarcimento decorrente das limitações administrativas de uso originadas com o tombamento.

Tratando-se, assim, de ação de natureza pessoal, a prescrição quinquenal começou a correr em 2.9.1992, data em que os Recorridos

sustentam ter nascido o direito pleiteado, tendo o seu lapso se esgotado de longa data; e ainda que preponderasse a tese de que o direito em litígio tem natureza real, incidiria a regra do artigo 177 do Código Civil, que estabelece a prescrição em dez anos.

Por outro lado, protesta que a falta de interesse processual pode ser aferida 'quando analisadas as possibilidades de uso do imóvel, pois a 'vocação natural' que o acórdão invoca como alicerce para deferir a indenização, habita apenas o imaginário, ante a impossibilidade de exploração para o fim de construir 'moderníssimos edifícios'.

O Recorrente sustenta, ainda, a ocorrência de dissídio pretoriano entre o aresto criticado e julgados de outros tribunais, trazendo, entre outros, o paradigma abaixo colacionado:

'Ementa: Administrativo. Imóvel tombado. Pedido de retrocessão. Decreto-Lei n. 25, de 1937. Inexistência da obrigação de a União realizar obras de conservação do imóvel tombado, salvo se esse for desapropriado.

I – Consoante dispõe a lei (Decreto-Lei n. 25/1937), ocorrendo o tombamento, o bem a este submetido adquire regime jurídico **sui generis**, permanecendo o respectivo proprietário na condição de administrador, incumbindo-lhe o ônus de conservação da coisa tombada. O Estado só assume esse encargo quando o proprietário, por ausência de meios, não possa efetivar a conservação.

II – Não arcando, a entidade de Direito Público, com a execução das obras necessárias à conservação do bem, e não ocorrendo a desapropriação, cabe ao proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

III – Recurso improvido. Decisão unânime.' (REsp n. 25.371-1-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Com respaldo nas considerações acima alinhadas, pede o provimento do recurso especial, firmando as seguintes conclusões:

'O acórdão, em princípio, deve ser anulado ou, caso contrário, reformado, indeferindo-se a pretensão dos Autores ou extinguindo-se o processo.'

‘Os bens são gravados com cláusulas que não admitem a alienação compulsória. Somente a desapropriação, à qual o Poder Público não está obrigado, visto que dispõe do tombamento, poderia ensejar a aquisição do imóvel.’

‘O tombamento não gera direito à indenização, notadamente no caso dos autos, em que a invocada ‘destinação natural’ do imóvel é fantasiosa, pois as limitações públicas e privadas não permitem sua plena utilização’.

‘Tratando-se de caso em que, eventualmente, apenas ressarcimento por limitação poderia ser admitida, incide a prescrição.’

Depois de pontuar que o recurso especial dos Autores da ação, ora recorridos não foi admitido, estabelecidos os limites objetivos da pretensão recursal sob exame, com o afastamento de alegada contrariedade ou negativa de vigência ao artigo 535, I e II, CPC, o destacado voto em comento enfrentou as prélicas recursais subjacentes, resolvidas cônsono este resumo:

“Administrativo. Tombamento. Indenização. Bem gravado em cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso.

1. O proprietário de imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso tem interesse processual para ingressar com ação de desapropriação indireta quando o referido bem é tombado.

2. O pedido só é considerado juridicamente impossível quando contém pretensão proibida por lei, ex.: cobrança de dívida de jogo.

3. O ato administrativo de tombamento de bem imóvel, com o fim de preservar a sua expressão cultural e ambiental, esvazia-se, economicamente, de modo total, transforma-se, por si só, de simples servidão administrativa em desapropriação, pelo que a indenização deve corresponder ao valor que o imóvel tem no mercado. Em tal caso, o Poder Público adquire o domínio sobre o bem. Imóvel situado na Av. Paulista, São Paulo.

4. Em sede de ação de desapropriação indireta não cabe solucionar-se sobre a permanência ou não dos efeitos de gravames (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, usufruto e fideicomisso) incidentes sobre o imóvel. As partes devem procurar afastar os efeitos de tais gravames em ação própria.

5. Reconhecido o direito de indenização, há, por força de lei (art. 31 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21.6.1941), ficarem sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

6. Em razão de tal dispositivo, ocorrendo o pagamento da indenização, deve o valor ficar depositado, em conta judicial, até solução da lide sobre a extensão dos gravames.

7. Recurso improvido.”

Feitos os comemorativos necessários para reavivar a compreensão da relação jurídico-litigiosa, na continuação do julgamento apresento os autos em mesa, inicialmente observando que, quando do voto proferido, sem dúvidas, fiquei de acordo quanto:

“– aos limites objetivos para admissão e conhecimento do recurso (art. 105, III, a e c, CF);

– à inexistência de contrariedade ou negativa de vigência ao artigo 535, I e II, CPC;

– à ausência de violação aos artigos 131 e 458, CPC;

– ao descabimento de acenado fito de anular o processo por falta a intimação do Ministério Público. Apenas acrescento que a participação ministerial impõe-se quando se tratar de desapropriação direta de imóvel rural para a reforma agrária, como se depreende do artigo 18, § 2º, da Lei Complementar n. 76/1993 (REsp n. 130.420-PR – Rel. Min. Adhemar Maciel – in DJU de 9.2.1998);

– à não-configuração da ‘impossibilidade jurídica’ da ação processada;

– à improcedência da alegação da ocorrência do prazo prescricional;

– ao não-reconhecimento da falta do ‘interesse de agir’ (art. 3º, CPC);

– à demonstração da divergência.”

Sublinhados os pontos de convergência na compreensão, somente persistem dúvidas na questão afeiçãoada ao mérito, no sítio da ocorrência, ou não, do *esvaziamento econômico*, lastro para empolgar fato limitador do uso e gozo de propriedade, de modo a evidenciar os efeitos de desapossamento,

correspondendo à *desapropriação*, reclamando a reparação do dano patrimonial, com o pagamento do “justo preço”.

Por essa trilha, anota-se que as preciosas lições doutrinárias compendiadas pelo eminente Relator, algemado ao *tombamento* em causa, por si, são estridentes na demonstração a propósito, ressoando o escrito do exímio **Marcelo de Oliveira F. F. Santos**, proclamando:

(...)

“3) Direito de propriedade e indenização. Se compulsarmos a doutrina e a jurisprudência, a outra conclusão não chegaremos; o direito à indenização do proprietário é inegável. Toda vez que a Administração Pública, por si ou por quem faça suas vezes, direta ou indiretamente, atinge a essência do Direito, fica obrigada a reparar o prejuízo. Confirmam-se as seguintes ementas:

a) ‘Se o tombamento importa no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, o Estado deve pagar a indenização correspondente ao seu valor, como ocorre na desapropriação por utilidade pública’ (in Revista Forense n. 213/1966).

b) ‘A competência conferida ao serviço federal para o tombamento de bens, não exclui a de serviços congêneres instituídos para o mesmo fim, pelos Estados e Municípios.

O tombamento oneroso exige a desapropriação com o pagamento da justa indenização em dinheiro.

Atos arbitrários e, portanto, nulos, não podem prosperar’ (grifo nosso). (Parecer, RDA n. 120, 459/478.)

c) ‘Não usando o Poder Público da faculdade de desapropriar para tombar, nos casos de restrição sensível ao domínio privado e que possa ser avaliada, em termos econômicos ou pecuniários, fica ressalvado ao proprietário o direito de pedir, judicialmente, uma indenização equivalente ao prejuízo sofrido’ (Parecer, RDA n. 108, 429/464).

d) ‘O tombamento compulsório que importe na negação ou restrição total ao direito de propriedade não se pode praticar sem a desapropriação, com indenização. É nulo o tombamento que impossibilita a lavra do minério, objeto do ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente’ (in RDA n. 67, p. 248).



Não há dúvida que a Constituição Brasileira agasalhou a proteção à propriedade, atribuindo ao proprietário o direito ao uso, gozo e disposição da coisa, que constitui a alma do direito de propriedade. Ferindo qualquer um desses elementos, estamos comprimindo o Direito, e como remédio temos a reparação à indenização.

Cabem, por oportuno, algumas palavras de **Celso Antônio B. de Mello**.

‘Cumpre precaver-se contra o risco de supor que o conteúdo da propriedade confunde-se com a significação patrimonial ou econômica dela. Ambas as coisas podem estar, como geralmente estão, bastante interligadas. Nem por isso se confundem.’

Apesar de essas observações terem sido feitas em matéria atinente ao zoneamento, entendemos serem perfeitamente aplicáveis ao nosso estudo. Assim, ensina o citado jurista:

‘O que às normas de zoneamento é interdito ferir, dado seu caráter de limitações administrativas, é o conteúdo nuclear do Direito. Não se disse nem se dirá que lhes seja vedado acarretar conseqüências economicamente gravosas aos proprietários. Nem se disse que tal sucesso obrigue a indenizar prejuízos dessarte provocados. O dever de indenizar só surgirá se, concomitantemente, for atingida a essência do Direito. E existirá *por causa* de havê-lo atingido’ (grifo nosso).

Sintetizando, não concordamos com **Diogenes Gasparini** quando afirma: ‘Apesar de o ato de tombamento impor sérias limitações ao uso, gozo e fruição da propriedade, não obriga o Estado a satisfazer qualquer indenização, pelo menos em tese.’ De fato **data venia**, não é assim que devemos analisar. Se com o tombamento há prejuízo, de outra parte há, em tese, o direito à indenização.”

Igual ênfase projeta-se em outra lição selecionada pelo Sr. Ministro-Relator:

“Tombamento e indenização

1. Efeitos do tombamento sobre a propriedade

O tombamento pode provocar, sobre a propriedade, vale dizer, sobre o feixe de faculdades componentes do direito de propriedade, três tipos diferentes de conseqüências:

a) no primeiro e mais raro, o tombamento não promove qualquer inibição como ocorre, por exemplo, no tombamento de um quadro em que seu proprietário não perde o seu deleite, ou, com o tombamento de bens públicos;

b) na segunda, o tombamento atinge com tal violência o uso da coisa, que a mesma perde, por completo, o seu conteúdo econômico;

c) na situação mais comum, o tombamento restringe o direito de propriedade, com diminuição de seu potencial econômico, sem, contudo, ocorrer seu completo esvaziamento.

A solução à questão principal de cabimento de indenização dependerá do efeito que o tombamento provoca sobre o direito de propriedade, sendo evidente que, na primeira das situações, isto é, naquela em que não houve dano, não há o que se falar em indenização.

## 2. Perda do valor econômico e indenização

O tombamento pode levar à inviabilidade econômica da coisa, ocorrendo o seu completo esvaziamento econômico pela impossibilidade de sua utilização na sua natural destinação. Entre nós há o caso clássico do tombamento do Pico de Itabirito, em Município do mesmo nome, em Minas Gerais e, afinal cancelado por despacho do Presidente da República acatando recurso. Tratava-se de serra na qual existia jazida de minério, cuja exploração restaria inviabilizada pelo tombamento. A matéria foi objeto de pareceres de **Adroaldo Mesquita da Costa** (20), **Reginaldo Nunes** (21) e **Carlos Medeiros Silva** (22).

Constatada a inviabilização da exploração com o conseqüente esvaziamento econômico do bem, opinaram os Autores, unanimemente, pela necessidade de indenização pelo Poder Público. O então Consultor-Geral da República, ao final de seu bem elaborado parecer, conclui:

‘Quando, porém, como no caso em exame, essa restrição ou limitação importa, pelo tombamento, no esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, já não há, apenas, restrição, senão verdadeira supressão, apreensão, ou que outro nome lhe dê, dessa propriedade, decorrente de sua intocabilidade.’

E, nesse caso, não pode o Estado determinar o tombamento, senão mediante o prévio pagamento em dinheiro, ao proprietário da mina, da indenização correspondente ao valor da porção dele de que ficar impedido de usufruir, porque o tombamento, na espécie, se equipara a uma desapropriação por utilidade pública, nos precisos termos do art. 5<sup>a</sup>, letra **k**, do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, **in verbis** (23).

De fato, a total inviabilização econômica deve ser tratada como desapropriação, posto que todo o feixe de faculdades, inerentes ao direito de propriedade, é retirado de seu titular. Sem isso, nada mais seria do que evidente confisco, em prol da coletividade, mas ainda assim confisco, vedado pela nossa Constituição Federal (24).

Pode-se, inclusive, por analogia, invocar o direito de extensão existente nas desapropriações, pelo qual o proprietário de um bem parcialmente desapropriado pode exigir que a parte não atingida seja nela incluída quando inviável a utilização econômica. As mesmas razões que informam a desapropriação de parte, devem determinar a intervenção extrema no todo.

Quando o Poder Público, via tombamento, retira as faculdades inerentes à propriedade, posto que tornou a coisa inutilizável, retirou o conteúdo da propriedade, vale dizer, retirou a propriedade, e nos encontramos, na verdade, frente a uma desapropriação, em outro instituto travestida. Vale lembrar que a desapropriação para preservação e conservação é prevista como caso de utilidade pública (Lei n. 3.365/1941, art. 5<sup>a</sup>, **k** e **m**).

Assim, havendo esvaziamento total das faculdades inerentes à propriedade, o assunto deve ser solucionado, a meu ver, como desapropriação.

### 3. Diminuição do valor econômico

O tombamento, na maior parte das vezes, acarreta uma diminuição no valor econômico da coisa e uma redução das faculdades inerentes à propriedade.

O poder de usar, gozar e dispor, é reduzido pela necessidade de preservação da coisa, impedindo-se, por conseguinte, sua alteração, de acordo com o desejo de seu proprietário, e por via de consequência, reduzindo-lhe o valor econômico.

Em prol da coletividade, o titular sofre restrições no seu direito de propriedade e uma diminuição no seu patrimônio.

Baseada a regra de indenização pelo Poder Público no fracionamento dos ônus e cômodos, não vejo como escapar à conclusão de que necessário se faz o repartimento dos prejuízos sofridos. Sem isso, é de se aceitar que apenas sobre o titular do bem tombado recaia o ônus de arcar com o cômodo coletivo de preservar o bem, o que se choca, frontalmente, com o princípio de solidariedade social norteador da responsabilidade civil do Estado.

Não há norma jurídica positiva ou princípio existente de um sacrifício individual em benefício da coletividade sem correspondente compensação. Antes, ao contrário, ‘os princípios tutelares da propriedade não são incompatíveis com a indenização ao dano, se o ato de tombamento lhe trazer um prejuízo, desde que autorize a verificação de uma relação de causalidade entre esta atividade administrativa e o dano sofrido’ (25).

Por estas razões, penso eu, os prejuízos causados pelo tombamento compulsório devem ser indenizados pelo Poder Público, respeitando-se o princípio geral de reparação, isto é, da forma mais completa possível, ressarcindo o dano o mais integralmente possível. É a única solução que se compatibiliza com os princípios norteadores da responsabilidade patrimonial do Estado.” (Flávio de Queiroz B. Cavalcanti – in Tombamento e Dever do Estado de Indenizar – artigo publicado na Rev. TJE, ano 18 – nov/1994 – vol. 130, p.p. 59 a 62).

Como definido nas transcrições, não pode ser omitido que, em contrário pensar, registram-se autorizados pronunciamentos de notáveis juristas, à mão de ilustrar: **José Afonso da Silva, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia di Pietro, Diogo de Figueiredo, Paulo Afonso Leme Machado, Fernando Andrade de Oliveira** – consideram a regra do tombamento “a não-indenização”, conquanto também admitam *exceções*.

Pois bem: embora também compreenda que a regra é da “não-indenização”, uma vez que *tomb* nem sempre signifique “museificação” da propriedade, isto é, não impede o seu uso e gozo, apenas servindo para vedar modificações arquitetônicas ou distinção cultural, muitas vezes poderá impedir o aproveitamento econômico natural ou potencial do bem tombado. Seria, à parla de ilustração, *mumificar* um corpo para conservação, mas sem vida útil porque faltar-lhe-ia *anima* (a alma). Nessa hipótese, demonstrado o *esvaziamento econômico*, gravada pelo julgado essa situação material de excepcionalidade, a solução viável é a reparação patrimonial na via de ação

indenizatória – aqui, dada a feição de apossamento administrativo, no contexto de expropriação indenizável por danos patrimoniais.

Deveras, já aprendi alhures: “completar a lei é entender a evolução dos fatos”. Pois o juiz tem por dever examinar “o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua prática”. (**Carlos Maximiliano** – **in** *Hermenêutica e Aplicação do Direito* – Ed. Freitas Bastos – 1957, 6ª ed. p. 193).

Ora, no caso, a *prova pericial* sobreconcentrou que o *tombamento* significa “a proibição total de edificação compatível com o local” (fl. 157), impedido o aproveitamento natural do imóvel (em razão da sua localização privilegiada na cidade de São Paulo), denota-se o *esvaziamento econômico*. Convém observar, sem contradita, no assento desse “esvaziamento”, a afirmação nas instâncias ordinárias fincou-se no conjunto probatório e notoriamente no *laudo pericial*, essa conclusão não se sujeita a exame na via especial, certo que a apreciação está reservada à soberania do Juízo **a quo** (Súmula n. 7-STJ). Assim, de qualquer modo, prevalece a inserção do “esvaziamento econômico”.

Andante, admitido o *esvaziamento econômico*, no caso, configurou-se a excepcionalidade que torna mutável a “regra da não-indenização” para o reconhecimento da indenização reparadora dos danos patrimoniais causados pelo ato administrativo do *tombamento* considerando-se que, na verdade, tornou totalmente inútil o uso e gozo para os interesses econômicos do proprietário. É a conseqüência pontuada pela douda administrativista **Lúcia Valle Figueiredo**, ensinando:

“1. Se a propriedade privada ficar totalmente aniquilada, mercê do tombamento, por agredir esta situação o dispositivo constitucional de ampla proteção à propriedade (art. 5º, inciso XXII), somente com ‘restrições’ ali apostas, entendemos configurar-se autêntico caso de desapropriação – na hipótese, ‘desapropriação indireta’, que se resolveria com a indenização correspondente.”

(...)

“De resto, o ato administrativo referente à situação constituída será sempre desapropriação ou servidão”. (**in** *Curso de Direito Administrativo* – Ed. Malheiros – 4ª edição – 2000 – p. 291).

Viandante, cônsono inferindo-se que o Tribunal **a quo**, examinando as provas, convencimento sem reexame nesta Corte (Súmula n. 7-STJ), ficando

assentado o *esvaziamento econômico*, a espécie amolda-se à solução com alcatifa na via da “expropriação indireta”.

Por último, na quadra de sugerida contrariedade aos artigos 1.676, 1.677, 1.733 e 1.734, Código Civil, à vista de considerações que expendi votando no julgamento do REsp n. 153.647-SP, in DJU de 22.11.1999, com elas não se contrapondo, mostra-se hábil a conclusão oferecida pelo digno Relator, ditando:

“... os gravames existentes sobre o imóvel não desapareceram pelo ato de tombamento. Isso não afasta o direito dos proprietários de reivindicarem a indenização e a transferência da propriedade para o Poder Público. Permanecem, contudo vinculados a tais gravames enquanto não conseguirem afastá-los pela via própria.

Por assim entender, o valor da indenização a ser pago pelo Estado deve ficar em conta judicial, até que, por vias ordinárias, sejam definidos os limites, extensão e permanência ou não dos referidos gravames.

Essa conclusão decorre do comando posto no art. 31 da Lei de Desapropriação: ‘Ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado’.”

Como epílogo, distinguidas as soluções, às quais prontamente aderi e feitas as averiguações seqüenciais, derriscadas as dúvidas motivadoras do pedido de vista, igualmente voto *negando provimento ao recurso*, com as recomendações explicitadas pelo eminente Relator.

É o voto-vista.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 228.552 – RJ

(Registro n. 99.0078462-6)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Laboratórios Médicos Doutor Sérgio Franco Ltda  
Advogados: Marcelo Ribeiro de Almeida e outros  
Recorrida: Fazenda Nacional  
Procuradores: Herbert Carneiro Campos e outros

**EMENTA:** Processual – Mandado de segurança – Discussão em torno da incidência e da constitucionalidade de leis – Questões de direito – Desnecessidade de provas – Cabimento do mandado de segurança.

Se o impetrante pede mandado de segurança limitando-se a discutir a incidência e a qualidade jurídica de determinadas leis, não há como negar a ordem, sob o argumento de que não foram produzidas provas. Se a questão é somente de direito, o exame do pedido de segurança independe da coleta de provas.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 17 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

---

Publicado no DJ de 25.9.2000.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A lide está descrita à fl. 122, com estas palavras:

“Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado, com pedido de liminar, pelos Laboratórios Médicos Dr. Sérgio Franco Ltda contra ato ‘em vias de ser praticado pelo Il.<sup>mo</sup> Sr. Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro’, a fim de ‘excluir da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social e do imposto de renda sobre o lucro líquido decorrentes do balanço encerrado em 30.6.1992 a parcela de correção monetária, equivalente à diferença entre o BTNF e o IPC, apurada no balanço encerrado em 31.12.1990’, face à

*inconstitucionalidade* do art. 22 da Lei n. 8.024 e art. 2ª da Lei n. 8.030, ambas de 12.4.1990, bem como da *nulidade* dos Comunicados Codip n. 19, 22 e 29, de 30.3.1990, 30.4.1990 e 31.5.1990, respectivamente.” (fl. 122).

O v. acórdão recorrido confirmou sentença que declarara extinto processo de mandado de segurança, por entender que não havia prova pré-constituída suficiente para o exame da pretensão.

Houve embargos declaratórios, reclamando esclarecimento sobre que prova seria necessária para tornar líquido o direito. Os embargos foram rejeitados sob o argumento de que o tribunal não deve responder à pergunta, porque o Impetrante deve saber como apresentar suas razões.

A Recorrente interpôs recurso especial, montado nos permissivos a e c afirmando que sua pretensão limita-se a saber se ela tem direito de excluir da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro e do antigo imposto sobre o lucro líquido a parcela de correção monetária decorrente da diferença entre o BTNF e o IPC. A questão é, assim, puramente de direito. Em negando-se ao exame do pedido, o Tribunal teria ofendido o art. 1ª da Lei n. 1.533/1951. Para demonstrar dissídio jurisprudencial, oferece para confronto decisões de outros tribunais.

Este, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O pedido formulado na inicial é o seguinte:

“Ante todo o exposto, requer a Impetrante respeitosamente lhe seja deferida *medida liminar*, garantindo-lhe o direito de excluir da base de cálculo do imposto de renda, da contribuição social e do imposto de renda sobre o lucro líquido decorrentes do balanço encerrado em 30.6.1992 a parcela de correção monetária, equivalente à diferença entre o BTNF e o IPC, apurada no balanço encerrado em 31.12.1990.

Assim, diante da cristalina ilegalidade e inconstitucionalidade dessa cobrança e existentes as condições do artigo 7ª da Lei n. 1.533/1951, vem a Impetrante, respeitosamente, requerer a V. Ex.ª o seguinte:



“a) seja-lhe deferida *medida liminar*, a fim de que a autoridade apontada como coatora e indicada no preâmbulo da exordial se abstenha de exigir da Impetrante o recolhimento das diferenças de imposto sobre a renda, de contribuição social sobre o lucro e de imposto de renda sobre o lucro líquido, por força da exclusão da parcela equivalente à diferença de correção monetária entre o IPC e o BTNF, decorrentes do balanço encerrado em 31.12.1990, da base de cálculo dos referidos tributos, todos apurados no balanço encerrado em 30.6.1992;

b) seja oficiada a digna autoridade coatora, de forma a que preste as informações no prazo legal, e que de tudo seja ouvido o órgão do Ministério Público;

c) seja-lhe, afinal, concedida em definitivo a segurança por sentença, para manter o seu direito líquido e certo de não recolher as diferenças de tributo apontadas, com a conseqüente decretação da *inconstitucionalidade* do artigo 22 da Lei n. 8.024 e artigo 2º da Lei n. 8.030, ambas de 12.4.1990, bem como a *nulidade* dos Comunicados Codip n. 19, 22 e 29, de 30.3.1990, 30.4.1990 e 31.5.1990, respectivamente, e, ainda, da condenação do Impetrado ao pagamento das custas judiciais.” (fl. 31).

A Recorrente, para chegar a esse requerimento desenvolve larga argumentação, em que discute, ora a qualidade jurídica de alguns preceitos legais, ora a incidência de outros.

As questões postas na inicial são, portanto, de direito. Não enxergo a necessidade de qualquer prova, para deslindar a lide. O v. acórdão recorrido não aponta quais as provas faltantes. De outro lado, os acórdãos apresentados como paradigmas examinaram o pedido, decidindo a controvérsia.

O apelo merece provimento, para que os autos retornem ao 1º grau, a fim de que se prossiga no exame do processo.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 231.313 – RS

(Registro n. 99.0084597-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: José Alexandre P. Nunes e outros

Recorridos: Clicheria Opção Ltda e outros

Advogados: Carlos Ademir Moraes e outros

**EMENTA:** Processual – Petição inicial – Individualização dos réus – Art. 282 do CPC.

O art. 282 do CPC, ao exigir que a inicial aponte “os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu”, tem como evidente escopo a segura individualização das partes.

Existe apenas uma pessoa jurídica denominada Instituto Nacional de Seguridade Social, conhecida pela sigla INSS e outra com o nome de União Federal. Se assim ocorre, a simples menção de tais nomes satisfaz o preceito do art. 282. Não se deve perder de vista a regra segundo a qual a lei deve ser aplicada de modo a atingir os objetivos para os quais foi concebida (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5<sup>ª</sup>). Muitas vezes a interpretação literal contraria profundamente o espírito da lei. Exigir que o autor indique outros referenciais do INSS e da União é laborar em absurdo desvio teleológico do art. 282.

## ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: No relatório que encaminhou a formação do v. acórdão recorrido, a lide foi descrita com estas palavras:

“Trata-se de ação ordinária na qual se objetiva a declaração da inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei n. 7.787/1989 e mantida pela Lei n. 8.212/1991, no percentual de 20% sobre os pagamentos a autônomos e administradores, bem como o conseqüente reconhecimento do direito à compensação das quantias recolhidas indevidamente àquele título com contribuições sociais a cargo da empresa.

Em sentença, o juiz monocrático indeferiu a inicial, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, em razão de não estar individualizado o sujeito passivo.

As Autoras interpuseram embargos de declaração, que não foram recebidos.

Elas recorreram, sustentando, preliminarmente, a tempestividade do apelo em razão da interposição de embargos declaratórios e da não-intimação de seu procurador da decisão ali proferida. Entendem ter sido respeitados os requisitos do CPC, não sendo cabível a decretação de inépcia. No mérito, reportaram-se aos fundamentos expendidos na inicial.” (fl. 189).

O aresto foi conduzido por singelo e preciso voto, nestas palavras:

“Embora a peça preambular mencione como parte-ré ‘Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS/União Federal’, tal deslize não há de determinar a inépcia da inicial.

Veja-se que não houve vulneração ao art. 282, II, do Código de Processo Civil, pois foram indicados dois réus, perfeitamente identificados e que possuem personalidade jurídica própria, os quais deveriam ser citados, a fim de virem ao processo promover sua defesa, para, então, pronunciar-se o juízo sobre eventual ilegitimidade passiva, excluindo da lide quem não detém tal condição.

Isso posto, dou provimento ao apelo, a fim de anular a sentença

e determinar a baixa dos autos à origem, para regular processamento do feito.” (fl. 190).

O recurso especial, manejado pelo INSS transporta reclamação de que foram ofendidos os artigos 282, II; 283 e 284 do Código de Processo Civil.

Este, o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Como assinou o voto-condutor do acórdão recorrido, a petição inicial indicou como réus Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS/União Federal. Tal indicação, no entendimento do egrégio Tribunal **a quo**, é suficiente para individualizar as partes contra as quais a Recorrida exerceu a ação.

O acórdão não merece reparo. Em verdade, o art. 282 do CPC exige que a inicial aponte “os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu”. Tal exigência tem como evidente escopo a segura individualização das partes.

Ora, existe somente uma pessoa jurídica denominada Instituto Nacional de Seguridade Social e conhecida pela sigla INSS. Por igual só há uma pessoa jurídica com o nome de União Federal. Se assim ocorre, a simples menção de tais nomes satisfaz o preceito do art. 282. Não se deve perder de vista a regra segundo a qual a lei deve ser aplicada de modo a atingir os objetivos para os quais foi concebida (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5<sup>a</sup>). Muitas vezes a interpretação literal contraria profundamente o espírito da lei. Na hipótese, exigir que o autor indique outros referenciais do INSS e da União é laborar em absurdo desvio teleológico do art. 282.

Nego provimento ao recurso.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 263.222 – RJ

(Registro n. 2000.0058958-6)

Relator: Ministro Garcia Vieira

Recorrente: Município do Rio de Janeiro

Advogados: Arlindo Daibert Neto e outros  
Recorrido: Lover Ibaixe  
Advogados: Fernando José Barbosa de Oliveira e outros  
Sustentação oral: Arlindo Daibert Neto (pelo recorrente)

**EMENTA:** Processual Civil – Protocolo de petições – Prazo – Expediente forense.

Lei estadual e ato normativo de tribunal não podem alterar o horário de expediente forense previsto no artigo 172, § 3º, do CPC, e determinar prazo mais curto para o protocolo de petições.

Ocorrendo o fechamento do protocolo antes do término do expediente forense, o prazo para interposição de petição fica prorrogado para o dia seguinte.

Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

---

Publicado no DJ de 11.12.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Município do Rio de Janeiro interpõe recurso especial (fls. 371/375), com fundamento na Constituição Federal, art. 105, inciso III, letra a, insurgindo-se contra o v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que não conheceu dos embargos infringentes por intempestividade, eis que o recurso fora protocolado após o encerramento dos serviços de protocolo.

Alega que o recurso foi protocolado quando o expediente do protocolo do Tribunal estava encerrado, mas não o expediente forense, pois, à época em que o ato processual foi praticado, os dois expedientes não se confundiam, conforme previsto pelo Ato Executivo n. 1.909, de 10.11.1995.

Pede seja anulada a decisão proferida nos embargos infringentes.

Contra-razões (fls. 380/390).

Despacho (fls. 396/397) inadmitiu o recurso que subiu por força do provimento ao agravo de instrumento.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta o Recorrente, como violado, o artigo 172, § 3<sup>a</sup>, do CPC, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra a.

Determina o artigo 172, § 3<sup>a</sup>, do CPC, que a petição deverá ser apresentada no protocolo, dentro do horário de expediente. É claro que o expediente mencionado é o forense e não o do protocolo e o expediente forense só se encerrou às 18 horas, e lei estadual não pode antecipar este prazo. O Ato Executivo n. 1.909 do Tribunal de origem (fl. 364) não tem força para antecipar o horário de expediente forense e determinar prazo mais curto para o protocolo, fixando-o das 11:00 às 17:30 horas, porque o expediente do Tribunal vai até as 18 horas (art. 172 do CPC), se a parte leva seu requerimento ao protocolo antes das 18:00 horas e o encontra fechado, e se o Juiz recebe esse expediente e o despacha às 17:35, como no caso concreto, e dentro do expediente forense, seu recurso é tempestivo. Neste sentido, os Recursos Especiais n. 67.781-PR, Relator Ministro Cesar Rocha, DJ de 11.3.1996, e 81.103-PR, DJ de 10.6.1996, Relator Ministro José de Jesus. Colhe-se da ementa do primeiro que:

“A prática de ato processual pela parte (ajuizamento de recurso) encerrava-se ao tempo, às 18 horas. Lei estadual autorizando o fechamento do protocolo e cartório da Comarca às 17 horas, além de cercar o direito da parte contrária a lei federal e faz incidir a regra do artigo 184, § 1<sup>a</sup>, II, do Código de Processo Civil.”

No Recurso Especial n. 81.103-PR, entendeu esta egrégia Turma que:

“I – Conforme estabelece o art. 172 do CPC, os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, de seis às dezoito horas.

II – Na hipótese, o prazo recursal deveria ser prorrogado para o dia seguinte, uma vez que o expediente forense se encerrou antes do horário, ou seja, às 17 horas, **ex vi** do art. 184, § 1<sup>o</sup>, inciso II, do CPC.”

O STJ, em casos similares, tem entendido que, se o expediente bancário se encerrar antes das 18 horas, o prazo para a interposição do recurso e de seu preparo fica prorrogado para o dia seguinte. Na espécie, não é diferente, porque o fechamento do protocolo antes das 18 horas conduz ao mesmo resultado.

Dou provimento ao recurso.

### VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, esta Turma, no Recurso Especial n. 110.245-RS, foi preemptória em dizer que, se o órgão arrecadador do preparo encerra seu expediente às dezessete horas, o prazo de recurso prorroga-se até o primeiro dia útil (art. 184, § 1<sup>o</sup>, II, do Código de Processo Civil).

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 280.392 – SP

(Registro n. 2000.0099706-4)

Relator: Ministro Garcia Vieira  
Recorrentes: Fernando Vergueiro e outros  
Advogado: Sílvio Giannubilo Schutzer  
Recorrido: Município de São Paulo  
Advogado: José Gabriel Nascimento

**EMENTA:** Processual Civil e Administrativo – Recurso especial – Reexame de questão fática – Vedação – Desapropriação e desistência.

Em sede de recurso especial, é vedado o reexame de questões de fato. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

Antes de efetuado o pagamento do preço, pode o expropriante desistir da ação de desapropriação, ressalvada ao expropriado a ação de perdas e danos. A posterior desistência acarreta para o Poder Público a responsabilidade de indenizar o proprietário pelo período de ocupação do imóvel e pelos prejuízos que lhe decorreram deste ano. Precedentes do STJ.

Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

---

Publicado no DJ de 11.12.2000.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Fernando Vergueiro e Sérgio Vergueiro, com lastro na Constituição Federal, art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, interpõem recurso especial (fl. 531), relatando que, em ação de desapropriação de gleba de terras promovida pela Prefeitura de São Paulo, para implantação de conjunto residencial, a expropriante formulou pedido de desistência parcial do pedido, após o trânsito em julgado da decisão que fixou a indenização.

A pretensão da Municipalidade foi indeferida pelo MM. Juiz singular, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento, acolhido pelo egrégio Tribunal **a quo**, que externou entendimento segundo o qual a desistência nas ações expropriatórias, enquanto não pago o preço, é possível.



Apontam ofensa à Lei n. 9.785/1999, além da divergência.

Contra-razões (fl. 563).

Despacho de admissibilidade (fl. 603).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, apontam os Recorrentes, como violado, o artigo 5º, § 3º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, versando sobre questão devidamente prequestionada.

Conheço do recurso pela letra a.

A Lei n. 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que introduziu o § 3º no artigo 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, não se aplica ao caso concreto, porque ocorrido antes de sua vigência (CF, artigo 5º, XXXVI).

No mais, pretendem os Recorrentes o reexame de questão fática. Não se pode, em sede de recurso especial, examinar se houve ou não descaracterização do imóvel após a imissão de posse, se a área a ser devolvida é ou não considerada de espaço livre de uso público, se ela está ou não de posse de terceiros, se houve nela alterações físicas substanciais, se ela está ou não prometida à venda a terceiros, se ela está ou não bloqueada por favelados. O exame destas questões é vedado por nossa Súmula n. 7. Nesta parte não conheço do recurso.

Antes de efetuado o pagamento do preço, pode a expropriante desistir da ação de desapropriação, ressaltando ao expropriado a ação de perdas e danos. A posterior desistência acarreta para o Poder Público a responsabilidade de indenizar o proprietário pelo período de ocupação do imóvel e pelos prejuízos que lhe decorreram deste ato (REsp n. 35.447-1-RS, do qual fui relator).

No mesmo sentido, os Recursos Especiais n. 141.795-SP, DJ de 14.6.1999, Relator Ministro Demócrito Reinaldo; 158.355-SP, DJ de 6.4.1998, Relator Ministro Peçanha Martins; e 120.912-SP, julgado no dia 9.10.1997, do qual fui relator. Neste recurso, entendemos que:

“Ausente a finalidade, pode a expropriante desistir da ação de desapropriação. O reexame de prova não é possível em recurso especial.”

No Recurso Especial n. 141.795-SP, esta egrégia Turma decidiu que:

“A jurisprudência predomina no sentido de que pode, o expropriante, desistir da expropriatória antes de efetivar o pagamento integral do preço, salvo se houver impossibilidade de devolução do imóvel expropriado, no **statu quo ante** (no estado em que foi recebido).”

A egrégia Segunda Turma, no Recurso Especial n. 158.355-SP, também entendeu que:

“A desistência da desapropriação pode ser manifestada enquanto não efetivado o pagamento do preço e desde que a restituição do bem seja possível, ressalvando-se ao expropriado o direito de haver perdas e danos em ação própria.

Impossibilidade da restituição do imóvel, por sua descaracterização e destinação desde a imissão na posse pelo expropriante, declarada pelo acórdão recorrido com base na prova, é matéria que não pode ser reexaminada neste grau de jurisdição.”

Nego provimento ao recurso.