

**AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA
CAUTELAR N. 3.058 – SC**

(Registro n. 2000.0082648-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Agravante: TCA Construtora de Obras Ltda
Advogado: Rycharde Farah e outros
Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina –
DER-SC

EMENTA: Agravo regimental – Medida cautelar – Liminar – Ausência do **fumus boni iuris** – Assistência judiciária gratuita – Pessoa jurídica – Fins lucrativos – Ausência de comprovação de miserabilidade – Súmula n. 7 do STJ.

O benefício da assistência judiciária gratuita não abrange as pessoas jurídicas, exceto entidades pias e beneficentes sem fins lucrativos.

Poder-se-ia, eventualmente, contemplar determinada pessoa jurídica empresarial com o benefício, desde que se cuidasse de microempresa (as de fundo de quintal, as de conotação artesanal, as prestadoras de pequenos serviços, etc.) ou minúsculas empresas familiares (por exemplo, as formadas por marido e mulher, pai e filhos, irmãos, etc.), ainda assim sempre em casos excepcionais.

Mesmo que se admita o benefício da assistência judiciária gratuita para qualquer espécie de pessoa jurídica, faz-se necessário considerar sua real situação financeira.

A questão do preenchimento das condições pela requerente para a concessão da assistência judiciária gratuita restou amplamente debatida pela Corte a **quo**, que houve por bem indeferir o pedido. Aplica-se, conseqüentemente, a Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Acompanharam o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 27 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 23.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de agravo regimental interposto por TCA – Construtora de Obras Ltda, insurgindo-se contra decisão que negou efeito suspensivo a recurso especial interposto contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos de agravo de instrumento.

A decisão ora impugnada está vazada nos seguintes termos:

“Vistos.

Trata-se de medida cautelar inominada, com pedido de liminar, ajuizada por TCA – Construtora de Obras Ltda, com o fito de atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra v. aresto do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Argumenta, em apertada síntese, que ajuizou ação de cobrança de correção monetária, sobre faturas pagas em atraso decorrentes de contratos de obras públicas firmados com o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER-SC, ‘cujo valor estimado, quando do aforamento da demanda (21.8.1998) perfazia um total de R\$ 65.764,00 (sessenta e cinco mil, setecentos e sessenta e quatro reais), pagando com custas iniciais o valor de R\$ 287,38 (duzentos e oitenta e sete reais e trinta e oito centavos)’ (fl. 4).

Protestada a produção de prova pericial pelas partes, o Juízo nomeou perito judicial que estimou o valor de R\$ 2.737,80 (dois mil, setecentos e trinta e sete reais e oitenta centavos) a título de honorários. Em face desta circunstância, a ora autora objetivou os benefícios

da assistência judiciária, sob a assertiva de que se encontra em estado pré-falimentar, razão porque inviável arcar com o valor proposto pelo perito, pois acabaria por comprometer a atividade social da empresa.

A pretensão foi indeferida pelo digno juízo de 1ª grau (fl. 457), no que redundou na interposição de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo da r. decisão monocrática.

O colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por meio de r. decisão da lavra do ilustre Desembargador-Relator Cesar Abreu, negou a liminar pleiteada no agravo, asseverando que a assistência judiciária gratuita não é aplicável às pessoas jurídicas com fins lucrativos (fls. 461/462). Contra essa r. decisão monocrática do egrégio Tribunal **a quo** a ora autora opôs embargos de declaração que foram rejeitados, por meio de decisão colegiada (fls. 480/489).

Ainda irredigida, a ora requerente interpôs recurso especial (fls. 506/528) em 12 de março contra o v. julgado proferido nos embargos declaratórios, augurando a reforma do **decisum**.

Sobreveio, em seguida, a decisão colegiada da egrégia Corte catarinense, negando provimento ao agravo de instrumento, no sentido de não admitir a concessão de assistência judiciária à pessoa jurídica de direito privado, com supedâneo na Lei n. 1.060/1950 e art. 5º, LXXIV, da Magna Carta (fls. 537/540).

Diante desse desate, interpôs, uma vez mais, recurso especial, tendo por objeto desconstituir o v. acórdão que desacolheu a pretensão deduzida no agravo de instrumento (fls. 542/565).

Em despacho da lavra do Ex.º Sr. Ministro-Presidente deste egrégio Sodalício, foi acolhido o pedido de assistência judiciária na presente cautelar (fl. 673).

É o relatório (*da medida cautelar*).

A pretensão ora deduzida, em outra oportunidade, já foi trazida para exame e, em verdade, sequer apreciada, tendo em vista a circunstância de não ter sido aberta a via do especial, tornando incabível a Medida Cautelar n. 2.652-SC, ajuizada pela ora requerente.

No particular, almeja a Requerente a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita até o julgamento do recurso especial e, por conseguinte, seja realizada a perícia contábil designada sem que seja compelida a efetuar o recolhimento dos honorários periciais. Alternativamente, postula a suspensão dos efeitos do despacho recorrido

de 2ª grau. Requer, por fim, a procedência do pleito ou, alternativamente, se ‘julgado improcedente o recurso, seja reaberto prazo de 10 (dez) dias para que a Requerente ou qualquer pessoa interessada, até mesmo o Requerido, proceda o recolhimento dos honorários periciais’ (fl. 27).

Data maxima venia dos rr. entendimentos em sentido contrário, há de prevalecer, em princípio, a interpretação no sentido de que assistência judiciária gratuita não abrange as pessoas jurídicas, exceto entidades pias e beneficentes sem fins lucrativos.

Necessitado é ‘todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família’, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.060/1950, a demonstrar que a lei volta precipuamente seus olhos para as pessoas físicas.

Ainda que se entenda tal conceito superado depois do advento da Carta Política de 1988, **ad argumentandum tantum**, não se pode perder de vista que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal em vigor assegura ‘a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’, o que se não deu de plano para fins de concessão de liminar.

Desse modo, faz-se ausente o requisito do **fumus boni iuris**.

Essa particularidade, por si só, já é suficiente para o desacolhimento da pretensão deduzida, pois que, na verdade, faz-se mister a presença conjunta dos dois requisitos (**fumus boni iuris** e **periculum in mora**). Falecendo um, já não é possível a prestação jurisdicional acatelaratória.

Nessa linha de raciocínio é o magistério do ilustre Ministro **Sydney Sanches**, ao dilucidar que: ‘Sejam o **periculum in mora** e o **fumus boni iuris** condições de admissibilidade da ação cautelar, como sustentam muitos autores, ou de sua procedência, como querem outros, fato é que se consideram requisitos indispensáveis para a obtenção de tutela jurisdicional cautelar’ (cf. Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 43).

No sentido desse entendimento, vem a calhar o escólio do mestre **José Frederico Marques**:

‘Na conjugação do **fumus boni iuris** com o **periculum in mora** é que reside o pressuposto jurídico do processo cautelar.’ (cf. Manual de Direito Processual Civil, vol. 5, 5ª ed., Ed. Saraiva, 1976, p. 334).

Isto posto, nego a pretensão liminar, de conceder efeito suspensivo ao recurso especial.” (fls. 675/677).

Argumenta, em apertada síntese, que, ao contrário do que entendeu a decisão atacada, estão presentes os requisitos necessários ao deferimento liminar, isto é, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**. Aduz que a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica é matéria já pacificada no âmbito deste Sodalício. Não bastasse essa circunstância, afirma também que está comprovado nos autos que não está em condições de arcar com os ônus da demanda, sem prejuízo do sustento próprio, bem como de seus dependentes. Assevera, ainda, que a declaração de pobreza encontra-se encartada nos autos desde o arbitramento da perícia, ressalvando estar em estado pré-falimentar, consoante cópia de certidões positivas de débitos e pedido de falência datado de junho de 1999.

É o relatório deste agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): A decisão agravada concluiu não estar presente o requisito do **fumus boni iuris** para a concessão de liminar na presente medida cautelar porque o benefício da assistência judiciária gratuita “não abrange as pessoas jurídicas, exceto entidades pias e beneficentes sem fins lucrativos” (cf. **Theotonio Negrão**, in Código de Processo Civil e Legislação..., Ed. Saraiva, 28ª ed., nota n. 2 ao art. 1º da Lei n. 1.060/1950, p. 774; e **Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery**, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação..., 2ª ed., Ed. RT, nota ao art. 2º da Lei n. 1.060/1950, p. 1.604). Ressalta, ainda, que “não se pode perder de vista que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal em vigor assegura ‘a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’, o que não se deu de plano para fins de concessão de liminar”.

Necessitado é “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da

Lei n. 1.060/1950, a demonstrar que a lei volta precipuamente seus olhos para a pessoa física.

Poder-se-ia, eventualmente, contemplar determinada pessoa jurídica empresarial com o benefício, desde que se cuidasse de microempresa (as de fundo de quintal, as de conotação artesanal, as prestadoras de pequenos serviços, etc.) ou minúsculas empresas familiares (por exemplo, as formadas por marido e mulher, pai e filhos, irmãos, etc.), ainda assim sempre em casos excepcionais.

Por outro lado, mesmo que se admita o benefício da assistência judiciária gratuita para qualquer espécie de pessoa jurídica, faz-se necessário considerar sua real situação financeira, nos termos do seguinte julgado proferido por esta Corte, **verbis**:

“Processual Civil. Assistência judiciária gratuita. Benefício não extensivo às pessoas jurídicas que visam à atividade lucrativa. Art. 2º da Lei n. 1.060/1950. Inteligência. Precedentes jurisprudenciais.

1. O ordenamento jurídico pátrio permite que a gratuidade da Justiça alcance não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas de fins tipicamente filantrópicos ou de caráter beneficente; desde que comprovada, nos termos da lei, a sua impossibilidade financeira para arcar com as custas do processo.

2. O pressuposto da pobreza jurídica, definido na Lei n. 1.060/1950, não se coaduna com a atividade lucrativa perseguida pelas sociedades comerciais limitadas; e também por outras espécies de pessoas jurídicas voltadas para o auferimento de lucro.

3. Recurso especial conhecido e improvido. Decisão unânime.” (REsp n. 111.423-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 26.4.1999).

Não muda de figura o fato de ter sido protocolado contra a Agravante um pedido de falência, visto que tal instituto tem por fundamento, no Direito brasileiro, não a insolvência, mas apenas a impontualidade. Bem é de ver, pois, que a presunção é a de ter a Agravante meios para o pagamento das custas e honorários, os quais serão devidos mesmo na eventualidade de ser decretada a quebra (art. 124, § 1º, I, da Lei de Falências).

In casu, consoante bem demonstrou o Ex.^{mo} Desembargador-Relator, no julgamento dos embargos de declaração no agravo de instrumento contra o qual se insurge a Requerente:

“Deve-se observar que a Embargante, sociedade comercial, construtora de obras civis, com capital de R\$ 375.000,00 (fls. 78 e 80), contratante do Departamento de Estradas de Rodagem em licitação cujo custo foi de R\$ 39.167,93 (fl. 85), e que pretende cobrar a importância de R\$ 65.764,00 (fl. 74), só venha pedir o benefício da assistência judiciária quando da perícia, cujos honorários orçam em R\$ 2.737,80 (fl. 378).” (fl. 483).

Além disso, esclarece o nobre representante ministerial com atribuições perante a Corte **a quo**, que:

“Há de se considerar, que somente por ocasião do depósito dos honorários do perito é que a Agravante apresentou o pedido de assistência judiciária gratuita (fls. 381/384) justificando tal necessidade na existência de inúmeros títulos protestados. Todavia, os títulos preexistiam à própria ação de cobrança e só foram trazidos a lume naquela oportunidade.” (fl. 495).

De qualquer sorte, a questão do preenchimento das condições pela Requerente para a concessão da assistência judiciária gratuita restou amplamente debatida pela Corte **a quo**, que houve por bem indeferir o pedido. Aplica-se, conseqüentemente, a Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, visto que “inadmissível a apreciação do estado de pobreza por esta Corte” (REsp n. 202.722-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 19.6.2000).

É de bom conselho transcrever caso análogo julgado por esta Corte Superior:

“Civil e Processo Civil. Recurso especial. Locação. Despejo por denúncia vazia. Justiça gratuita. Lei n. 1.060/1950. Pessoa jurídica. Empresa comercial limitada. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Dissídio pretoriano prejudicado.

(...)

3. Para conhecimento deste recurso, necessário seria o reexame de prova, porquanto a declaração de pobreza juntada aos autos, meio hábil para o deferimento da gratuidade da justiça, não faz prova inequívoca do alegado. Referida declaração apenas esclarece que a pessoa jurídica deixou de auferir valores suficientes para arcar com o ônus processual e de honorários advocatícios, deixando claro que, apesar da

proclamada recessão econômica, obtém lucros. Aplicação da Súmula n. 7-STJ.” (REsp n. 223.129-MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 5.10.1999).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental para manter a decisão monocrática que indeferiu o pedido liminar, uma vez ausente o **fumus boni iuris**.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 816 – SP

(Registro n. 91.0001257-2)

Relator: Ministro Castro Filho
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogado: Daniel Carajelescov
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo
Agravado: Dedini Comercial Ltda
Advogado: Antônio Pardo Gimenes

EMENTA: Agravo regimental – Recurso em mandado de segurança – Incompetência do Tribunal de Justiça para extinguir mandado de segurança originário, se o ato impugnado não é de iniciativa de autoridade com prerrogativa de foro – Remessa dos autos ao juízo de 1ª grau.

Destituído o Tribunal de Justiça de competência para julgamento do feito, impõe-se a remessa dos autos ao juízo de 1ª grau, vez que a extinção do mandado de segurança somente pode ser feita pela autoridade judiciária competente para sua apreciação.

Conhecido o agravo e provido o recurso ordinário.

ACÓRDÃO

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

indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, retificando-se o resultado de julgamento proclamado em sessão de 1.3.2001, por unanimidade, conhecer do agravo regimental e dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 15 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Castro Filho, Relator.

Publicado no DJ de 24.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cuida-se de agravo interposto pelo Estado de São Paulo contra decisão proferida pela digníssima Ministra Nancy Andrighi, que, com base no artigo 557, § 1^a-A, do Código de Processo Civil, deu provimento ao recurso ordinário interposto por Dedini Comercial Ltda, determinando a remessa do feito ao juízo fazendário do 1^a grau de jurisdição da Justiça Estadual.

Transcrevo a decisão atacada:

“Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança em face de v. acórdão do TJSP que extinguiu o processo sem julgamento de mérito, porque a aludida Corte não detém mais competência, com o advento da Constituição Estadual de 1989, para processar mandado de segurança contra ato acoimado coator de Secretário de Estado, consistente na fixação do valor da Ufesp.

Uma vez que o Tribunal de Justiça local foi destituído de sua competência constitucional para processamento do mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado, não poderia, por faltar competência jurisdicional para tal mister, extinguir o processo, se para tal não detinha competência.

No MS n. 6.406, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 5.6.2000, restou consignado que é impositiva a remessa dos autos à Justiça competente para julgamento de ato da autoridade coatora remanescente, se a impetração ocorreu perante Corte de Justiça originariamente incompetente para seu processamento:

‘... 3. Excluído o Ministro de Estado da Defesa da relação processual, e remanescendo autoridade federal jurisdicionada ao juízo de 1ª grau, a remessa dos autos à Justiça Federal de 1ª instância é de rigor.’

Forte nestas razões, *dou provimento* ao recurso, com espeque no art. 557, § 1º-A, do CPC, para que o mandado de segurança seja processado perante o juízo fazendário de 1ª grau de jurisdição da Justiça Estadual.”

Alega o Agravante que a questão deveria ser objeto de decisão pelo Colegiado, vez que, na espécie, esta Corte funcionaria “como Tribunal de Apelação”, acrescentando que as partes deveriam ter tratamento igualitário. Sustentando que o precedente colacionado pela ilustre Relatora versa matéria diversa, requer, alternativamente, a reconsideração do **decisum** ou a sua apresentação à egrégia Turma.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, seria este o relatório no que concerne ao agravo. Mas, para melhor compreensão dos fatos, parece-me de conveniência fazer um ligeiro histórico dos acontecimentos anteriores ao presente recurso.

A impetração se dera perante o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1989, contra ato do Secretário da Fazenda daquele Estado.

Indeferida a liminar e levada a questão a julgamento, o Tribunal, com base na Constituição local (que não mais atribui àquela Corte competência para julgar mandado de segurança contra ato de Secretário de Estado), “não conheceu do **mandamus**”. Mas, não determinando qualquer providência, acabou, implicitamente, por extinguir o processo.

Em conseqüência, no prazo legal, o Impetrante interpôs o presente recurso, com base no art. 105, II, **b**, da Constituição da República.

Nesta Corte Superior, em acórdão relatado pelo ilustre e culto Ministro José de Jesus, na esteira do entendimento expendido pela douta Subprocuradoria Geral da República, concluiu-se por não conhecer do recurso, por sua inadequação ao fundamento de não se inserir a decisão que não conhece de mandado de segurança no conceito de “decisão denegatória”, do art. 105, II, **b**, da Carta Magna.

Inconformado com o resultado, o Ministério Público recorreu extraordinariamente, por meio da sua Subprocuradora-Geral da República,

Helenita Amélia G. Caiado de Acioli, alegando ofensa ao artigo 105, II, c, da Constituição Federal.

Na Suprema Corte, monocraticamente, seguindo a orientação reiterada da Casa, o Ministro Octávio Gallotti deu provimento ao recurso, para que o Superior Tribunal de Justiça prossiga na apreciação do recurso ordinário, julgando-o como entender de direito.

É o relato.

VOTO

Com a devida vênia, parece-me correta a assertiva do ora agravante, quando afirma ser atribuição da Turma e não do Relator, monocraticamente, a apreciação da matéria. Com efeito, cassada a decisão da Turma quanto ao não-conhecimento do recurso, a ela se devolve a competência para a decisão, no que resta.

Feitas estas considerações, com a devida vênia, reconsidero a decisão da ilustre Relatora anterior, para submeter a questão ao julgamento colegiado.

No que resta, tenho por irreparável o pronunciamento da culta Ministra, que, com o acerto costumeiro, afirmou que a Corte Estadual não poderia extinguir o processo, vez que, decidindo pela sua incompetência, ao Tribunal local restava remeter o feito ao 1^a grau de jurisdição.

No que diz com a menção ao julgamento do MS n. 6.406, apesar de cuidar de impetração originária, a discussão gira em torno do tema ora em apreciação, ou seja, a obrigatoriedade da remessa dos autos à Justiça competente para julgamento do ato da autoridade coatora. Tal procedimento justifica-se, ainda, em razão do princípio do juiz natural, que, de outro modo, restaria subtraído. No mesmo sentido, os Mandados de Segurança n. 5.725 (Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 27.3.2000), 5.800 (Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 27.3.2000), 6.203 (Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 15.5.2000) e 6.707 (Min. Garcia Vieira, DJ de 15.5.2000), entre tantos outros.

Por todo o exposto, conheço do agravo interposto e, apreciando o recurso ordinário, dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer a incompetência do Tribunal **a quo**, para, ao invés de simplesmente não conhecer do **mandamus**, determinar sejam os autos encaminhados ao foro da cidade de São Paulo, a fim de que se faça a distribuição do processo ao juízo competente.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 264.800 – RN

(Registro n. 2000.0063304-6)

Relator: Ministro Castro Filho
Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Maria dos Prazeres de Oliveira e outros
Agravados: Ivaldo Rodrigues da Silva e outros
Advogados: Hélder Manoel Lopes de Souza e outros
Agravada: União

EMENTA: Agravo regimental – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – Atualização – Planos econômicos.

A respeito da controvérsia relativa aos índices a serem aplicados aos saldos do FGTS, já se posicionaram o Supremo Tribunal Federal (RE n. 226.855-RS, julgado em 31.8.2000) e a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 265.556-AL, julgado em 25.10.2000), assim consignado: STF: junho/1987 – LBC (18,02%), maio/1990 – BTN (5,38%), fevereiro/1991 – TR (7,00%); STJ: janeiro/1989 – IPC (42,72%), abril/1990 – IPC (44,80%).

Embora a decisão agravada tenha adotado o IPC como índice de atualização monetária aplicável aos períodos em questão, no Tribunal de origem, o acórdão recorrido posicionou-se tão-somente quanto aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, fixando, respectivamente, os percentuais de 42,72% e 44,80%, ou seja, solucionou a controvérsia em perfeita sintonia com o entendimento firmado no egrégio Supremo Tribunal Federal e nesta Corte, devendo, por isso, ser prestigiado.

Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido, na preliminar, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, que fará junta de voto. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília-DF, 1^a de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Castro Filho, Relator.

Publicado no DJ de 27.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Irresignada com a inadmissão de seu recurso especial, manifestado contra acórdão proferido em ação objetivando correção monetária de depósitos do FGTS, a Caixa Econômica Federal interpôs agravo de instrumento, que foi desprovido pela decisão proferida pela ilustre Ministra Nancy Andrighi.

Inconformada, agrava com fundamento no art. 545 do Código de Processo Civil, expondo que a questão objeto do recurso sofreu substancial reforma a partir da sessão do dia 31.8.2000, do egrégio Supremo Tribunal Federal, e, pretendendo o prequestionamento, aduz que a matéria deve, também nesta Corte, receber novo enfoque.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os requisitos que lhe são próprios, conheço do agravo.

Ao contrapor-se à decisão ora recorrida, a Agravante tece considerações quanto ao mérito, objetivando o provimento do recurso especial, com a conseqüente modificação do acórdão regional e reconhecimento da sucumbência do Agravado.

A matéria relativa aos índices a serem aplicados aos saldos do FGTS, para efeito de atualização monetária, já se encontra pacificamente decidida pelos Tribunais Superiores. O colendo Supremo Tribunal Federal, em 31.8.2000, no julgamento do RE n. 226.855-RS, tendo como Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (DJU de 13.10.2000), já se posicionou no sentido de que:

“... O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da lei e por ela ser disciplinado.

Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este, no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.”

Em face a esse julgado, a Primeira Seção deste Superior Tribunal, em 25.10.2000, no REsp n. 265.556-AL (DJU de 18.12.2000), tendo como Relator o eminente Ministro Franciulli Netto, adotando a mesma linha de entendimento do julgado transcrito, concluiu pela não-incidência do IPC referente aos meses de junho de 1987, maio de 1990 e fevereiro de 1991, dispondo em acórdão assim ementado:

“Assentou o Pretório Excelso (RE n. 226.855-RS), a atualização dos saldos do FGTS, nos seguintes termos: ‘Plano Bresser’ (junho/1987 – LBC – 18,02%), ‘Plano Collor I’ (maio/1990 – BTN – 5,38%) e ‘Plano Collor II’ (fevereiro/1991 – TR – 7,00%). Entendimento também adotado nesta decisão.

Quanto ao índice relativo ao ‘Plano Verão’ (janeiro/1989), matéria reconhecidamente de índole infraconstitucional, mantém-se a posição do STJ (IPC – 42,72%).

‘Plano Collor I’ (abril/1990) – A natureza dos depósitos de poupança e do FGTS não se confunde. Aquele é investimento; este é sucedâneo da garantia da estabilidade no emprego. Não se pode atualizar os saldos dos trabalhadores com depósitos inferiores a NCz\$ 50.000,00, pelo IPC, e aqueles com importância superior a esse valor, pelo BTN fiscal. A Lei do FGTS não destrinçou os fundistas em duas categorias diferenciadas segundo o valor supra. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Não faria sentido forrar as indenizações decorrentes da estabilidade no emprego dos efeitos da inflação real (IPC – 44,80%) e dar tratamento apoucado aos fundistas (BTN fiscal).

Em resumo, a correção de saldos do FGTS encontra-se de há muito uníssona, harmônica, firme e estratificada na jurisprudência desta Seção quanto à aplicação do IPC de 42,72% para janeiro de 1989 e do IPC de 44,80% para abril de 1990.”

Por conseguinte, em consonância com a posição dos Tribunais Superiores, dirimindo a controvérsia, os índices a serem aplicados aos reajustes dos depósitos assim se resumem:

- Junho/1987 (Plano Bresser) – LBC (18,02%) – Decisão do STF;
- Janeiro/1989 (Plano Verão) – IPC (42,72%) – Decisão do STJ;
- Abril/1990 (Plano Collor I) – IPC (44,80%) – Decisão do STJ;
- Maio/1990 (Plano Collor I) – BTN (5,38%) – Decisão do STF;
- Fevereiro/1991 (Plano Collor II) – TR (7,00%) – Decisão do STF.

Embora a decisão agravada tenha adotado o IPC como índice de atualização monetária aplicável aos períodos em questão, releva considerar que, no Tribunal de origem, o acórdão recorrido posicionou-se tão-somente quanto aos meses de janeiro de 1989 e abril de 1990, fixando, respectivamente, os percentuais de 42,72% e 44,80%, ou seja, dirimiu a controvérsia em perfeita sintonia com o entendimento firmado no egrégio Supremo Tribunal Federal e nesta Corte, devendo, por isso, ser prestigiado.

No que concerne ao pronunciamento sobre direito adquirido, ainda que para fins de prequestionamento, parece despicienda qualquer manifestação, à luz de todos esses julgados, a partir daquele da Suprema Corte, quando se enfatizou inexistir “... questão de direito adquirido a ser examinada, situando a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional”.

Feitas essas considerações, nego provimento ao agravo.

É como voto.

VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Srs. Ministros, fico vencido na preliminar de ilegalidade e inconstitucionalidade do procedimento.

Quanto ao mérito, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, negando provimento ao recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 265.286 – MG

(Registro n. 2000.0064551-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: José Nazareno Santana Dias e outros

Agravados: Construtora Geraldo Dirceu de Oliveira e outro

Advogado: Tarcísio Wilson de Paula Fraga

EMENTA: Tributário – Empréstimo compulsório sobre combustíveis – Agravo regimental – Prescrição – Repetição – Interpretação – CTN.

Nos casos de lançamento por homologação, inexistente esta, a perda do direito de repetir o indébito tributário só acontece quando decorridos cinco anos da data do fato gerador, período a que se deve acrescer outros cinco anos a partir do termo final conferido ao Fisco para a apuração do valor devido.

Compreensão desta Corte sobre o tema resultante da interpretação de dispositivos do Código Tributário Nacional.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Acompanharam o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

Brasília-DF, 24 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A Fazenda Nacional interpõe agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial, cuja síntese se extrai do seguinte trecho do julgado:

“Na verdade, o tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é espécie sujeita a lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 1º, do CTN.

Nessas hipóteses, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a extinção do direito de repetir o indébito somente ocorrerá após decorridos cinco anos, contados da existência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos a partir do termo final do prazo deferido ao Fisco para a apuração do tributo devido, na falta de homologação expressa.” (fl. 76).

Alega, em resumo, que:

a) é inconstitucional a interpretação que se vem dando ao prazo decadencial e prescricional dos pedidos de repetição de indébito;

b) o Poder Judiciário definiu um novo período decadencial e prescricional, diferente daquele lapso temporal disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional, legislando indevidamente a respeito;

c) pela dicção do artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial para os contribuintes pleitearem a restituição de indébitos tributários é de cinco anos, contados da data da extinção do crédito respectivo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A matéria discutida nos autos já se encontra pacificada na jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Público desta Corte.

Com efeito, de há muito se tem entendido que, nos casos de lançamento por homologação, inexistente esta, a perda do direito de repetir o indébito tributário só acontece quando decorridos cinco anos da data do fato gerador, período a que se deve acrescer outros cinco anos a partir do termo final do prazo conferido ao Fisco para a apuração do valor devido.

Neste sentido o seguinte precedente da Primeira Seção:

“Processual Civil. Empréstimo compulsório. (Decreto-Lei n. 2.288/1986). Restituição. Prescrição.

A jurisprudência sedimentada no âmbito de ambas as Turmas de Direito Público deste Tribunal é no sentido da não-ocorrência da prescrição da restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis, visto estar sujeito a lançamento por homologação e, ante a ausência de homologação, o direito de pleitear a restituição só ocorre após decorridos

5 (cinco) anos, desde o fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para apuração do tributo devido.

Recurso provido. Decisão unânime.” (REsp n. 204.418-DF, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 14.6.1999).

Confira-se, ainda, aresto da Segunda Turma, naquilo que interessa:

“Tributário. Repetição de indébito. Compulsório sobre combustíveis. Prescrição. Termo inicial. Correção monetária de janeiro/1989. Inclusão do IPC (42,72%). Decreto-Lei n. 2.288/1986. Precedentes.

Sendo o empréstimo compulsório espécie de tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição só ocorrerá após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados de mais 5 (cinco) anos, contados da homologação tácita, já que não houve homologação expressa.

(...)

Recurso provido parcialmente.” (REsp n. 120.023-SP, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 1.7.1999).

Constata-se, assim, que a compreensão deste Tribunal sobre o tema resulta da interpretação de dispositivos do Código Tributário Nacional, com o que não concorda a Fazenda Nacional, não sendo sua irresignação, contudo, motivo para modificar a decisão atacada.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 264.158 – RS

(Registro n. 99.0089296-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogados: Siegfried Antônio Ghilardi Ritta e outros

Embargados: Irmãos Chalela e Companhia Ltda e outro

Advogados: Luís Augusto Bertuol de Moura e outro

EMENTA: Embargos de declaração – Tributário – Contribuição previdenciária – Administradores, avulsos e autônomos – Limitações – Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995 – Impossibilidade.

O limite previsto nas Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995 não se aplica às contribuições previdenciárias recolhidas antes de sua vigência.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 4.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Instituto Nacional do Seguro Social opõe embargos declaratórios à decisão que negou provimento a agravo de instrumento tirado de despacho que recusou seguimento a recurso especial interposto contra acórdão que admitiu a compensação das contribuições previdenciárias relativas aos valores pagos como remuneração a administradores, autônomos e avulsos com outras contribuições da espécie, afirmando que o julgado foi omissis ao não apreciar a questão relativa à incidência das limitações previstas nas Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): São pertinentes os presentes embargos de declaração.

Realmente, a ora embargante alegou violação ao art. 89 da Lei n. 8.212/1991, com a redação que lhe deram as Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995, sustentando que o diploma legal aplicável, em matéria de compensação, é aquele vigente na data do encontro de créditos e débitos, e, por isso, a partir da respectiva publicação, a restrição nelas imposta incide e é eficaz.

A decisão ora embargada, no entanto, não enfrentou o tema.

Reconhecida a omissão, examino a questão.

A orientação predominante neste Tribunal é no sentido de que os recolhimentos efetuados antes da vigência das Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995 não podem sofrer nenhuma restrição.

Com o objetivo de não deixar dúvida quanto a ser, atualmente, majoritário esse entendimento, confira-se os precedentes:

A – “Tributário. Contribuição previdenciária. Administradores e autônomos. Leis n. 7.787/1989 (art. 30, I) e 8.212/1991 (art. 22, I). Inconstitucionalidade. Compensação. Possibilidade. Prazo prescricional. Limites percentuais. Precedentes.

1. Declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os pagamentos a administradores, autônomos e empregados avulsos, os valores recolhidos a esse título são compensáveis com contribuição da mesma espécie incidente na folha de salários.

2. Pacífico o entendimento do STJ sobre o prazo prescricional de ação para haver a restituição ou compensação de tributo indevido.

3. Dada a inconstitucionalidade da exação em causa, são inaplicáveis os limites percentuais estabelecidos nas Leis n. 9.032 e 9.129/1995.

4. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 238.973-RS, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 21.8.2000).

B – “Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 3º, I, da Lei n. 7.787/1989, e art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991. Compensação. Impossibilidade de limitação. Leis n. 8.212/1991, 9.032/1995 e 9.129/1995.

1. Acórdão que reconheceu o direito do contribuinte de compensar os tributos pretendidos com as limitações contidas nas Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995.

2. No particular, tem-se leis ordinárias hierarquicamente inferiores ao comando de uma lei complementar. E, sendo a contribuição para a seguridade social uma espécie do gênero tributo, deve a mesma seguir o preceituado no CTN, recepcionado como lei complementar, salvo norma posterior de mesma hierarquia, que não é o caso das leis ordinárias supracitadas, a fim de que não se fira o princípio da hierarquia das leis.

3. Tais limites, portanto, não podem atingir uma situação consolidada do contribuinte à compensação, visto que os recolhimentos indevidos foram realizados antes da vigência das leis limitadoras. Aplica-se, conseqüentemente, o art. 66 da Lei n. 8.383/1991, por ser a legislação vigente à época dos recolhimentos indevidos.

4. Entendimento jurisprudencial atual no sentido de que a compensação há que ser efetivada sem as limitações impostas pelas Leis n. 9.032/1995 e 9.129/1995.

5. Embargos de divergência providos (art. 557, § 1^a, do CPC), para determinar que prevaleça o v. acórdão paradigma.” (REsp n. 162.871-SP, Relator o Ministro José Delgado, DJU de 28.9.2000).

C – “Agravamento regimental. Contribuição previdenciária. Administradores e autônomos. Compensação. Impossibilidade de limitação.

Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que o limite mensal previsto nas Leis n. 8.212/1991, 9.032/1995 e 9.129/1995, não se aplica à hipótese em comento, uma vez que os recolhimentos indevidos foram realizados antes da vigência das leis limitadoras.” (AgRg no REsp n. 186.793-PR, Relator o Ministro Francisco Falcão, DJU de 14.8.2000).

D – “Tributário. Contribuição previdenciária sobre a remuneração dos autônomos e administradores. Compensação de tributos indevidamente pagos. Prescrição. Inocorrência. Repercussão. Limites legais. Não-incidência. Correção monetária. Aplicação do índice que melhor reflète a realidade econômica brasileira. Precedentes.

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

2. Repercussão. Desnecessidade da prova.
3. Limites legais. Não-incidência. Leis ordinárias que os instituíram hierarquicamente inferiores à lei complementar.
4. Correção monetária. Aplicação objetiva repor a perda do real valor da moeda, subtraído pela inflação.
5. Recurso improvido. Decisão unânime.” (REsp n. 224.898-RS, Relator o Ministro Franciulli Netto, DJU de 3.4.2000).

Finalmente, é importante observar que a decisão mencionada nos presentes embargos, no julgamento do EREsp n. 164.522-SP, publicada no DJU de 14.2.2000, Relator o Ministro Ari Pargendler, foi tomada no dia 10 de março de 1999, com outra composição da Primeira Seção desta Corte, não mais prevalecendo, como se viu, a aludida compreensão.

Pelo exposto, acolho os presentes embargos de declaração, sem modificar o julgado.

É meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 119.986 – SP

(Registro n. 97.0011016-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros
Recorrido: Rohm And Haas Brasil Ltda
Advogado: Paulo Augusto Rosa Gomes

EMENTA: Tributário – Constituição do crédito tributário – Lançamento – Decadência.

1. O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (arts. 113 e 142, ambos do CTN).

2. Dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito.

3. O prazo para lançar não se sujeita à suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial.

4. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Castro Filho e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 9.4.2001.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual recebeu a ementa seguinte:

“Execução fiscal. Lançamento efetuado a destempo. Liminar em mandado de segurança que não impedia a constituição do crédito tributário. Decadência reconhecida. Embargos julgados procedentes. Recursos voluntário e oficial. Recursos não providos.”

Com base no art. 105, III, a, do permissivo, alega a Fazenda que houve negativa de vigência ao art. 173, I, do CTN.

Sustenta que o prazo de constituição do crédito tributário começa a ser contado quando inexistente impedimento ou proibição para que seja efetuado o devido lançamento, diferentemente da hipótese em exame, onde se trata

de liminar em mandado de segurança, não sendo caso, portanto, de reconhecer-se a decadência.

Após as contra-razões, subiram os autos, tendo o douto Ministério Público Federal opinado pelo improvimento do recurso (fls. 461/466).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionados o dispositivo e a tese indicados no especial, é de ser conhecido o recurso.

A questão não oferece maiores considerações, porquanto sedimentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o instituto da decadência não admite suspensão ou interrupção, como ocorre com a prescrição.

A decadência envolve o próprio direito, o qual nasce com um período certo de tempo para ser exercido. É uma espécie de direito, sujeito a uma condição resolutiva. Se não exercido no tempo determinado, cai por terra e desaparece do mundo jurídico.

O Poder Judiciário tem a força suficiente para suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não o tem de fazer parar o prazo decadencial porque este não é prazo judicial, e sim da lei, nascida com o próprio direito, ou seja, o fato gerador da obrigação (art. 113 do CTN).

Na hipótese dos autos, temos embargos à execução de débito decaído, decadência esta provocada por um descuido da Fazenda.

A Empresa-devedora, ao impetrar mandado de segurança em 19.3.1986, pediu que fosse reconhecida a isenção do ICM sobre os produtos importados, com a concessão de liminar para que se fizesse a liberação.

Não pediu, nem poderia, que se deixasse de autuar, ou seja, lançar, ato este próprio e exclusivo do Fisco, o qual não se sujeita à ordem judicial.

O Judiciário, não concordando com o lançamento, decreta a sua nulidade, mas não o impede.

A Primeira Turma tem precedente que bem esclarece a posição da Corte, retratada na ementa seguinte:

“Tributário. Constituição. Crédito tributário. Prazo decadencial. Suspensão. Exigibilidade. Crédito tributário por meio de concessão de medida liminar. Arts. 151, III, e 173, I, CTN. Art. 63, Lei n. 9.430/1996.

1. Ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, a Administração tem o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário.

2. O prazo de decadência não se interrompe e não se suspende, porquanto o lançamento deverá ser efetuado no interregno estabelecido no art. 173, I, do CTN.

3. Ocorrência do prazo decadencial. Lei n. 9.430/1996.

4. Doutrina e jurisprudência.

5. Recurso improvido.” (REsp n. 106.593-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 31.8.1998, unânime).

Assim sendo, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 136.817 – SP

(Registro n. 97.0042078-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Artur Eberhardt S/A Indústrias Reunidas
Advogados: Ricardo Gomes Lourenço e outros
Recorrida: Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo
Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

EMENTA: Processo Civil – Recurso especial – Afronta ao art. 535 do CPC: inexistência.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando não foram prequestionados, no julgamento do recurso, os aspectos abordados como omissos nos embargos de declaração.

2. Não basta alegar, prequestionar é discutir o tema durante o julgamento da causa, dando a conhecer o entendimento do Tribunal sobre a tese jurídica.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Castro Filho e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 9.4.2001.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional de acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado:

“Repetição de indébito. Repasse da elevação do preço ao consumidor final. Ausência de prejuízo. Apenas a ele caberia, em tese, reclamar a restituição do que pagara em excesso. Recurso provido.

Repetição de indébito. Não-oferecimento da prova relativa ao período inicial de pagamento. Incumbência do autor. Não há como transferir ao pretense devedor a obrigação de manter arquivados documentos relativos a dispêndios com consumo por muitos anos. Recurso prejudicado.” (fl. 691).

O julgado foi submetido a embargos declaratórios, os quais foram rejeitados, vindo a receber a seguinte ementa:

“Embargos de declaração. Prova. Interpretação errônea. Aplicação de princípios de ordem tributária. Inocorrência. Recurso a não apontar ambigüidade, contradição ou omissão. Impossibilidade da incidência da norma do art. 535 do Código de Processo Civil. Embargos não conhecidos.” (fl. 720).

Aponta o Recorrente como violado o art. 535 do CPC, por existirem contradições a serem sanadas, falecendo ao acórdão o indispensável prequestionamento explícito.

Afirma que o acórdão, inovando na lide, entendeu prejudicado o recurso da Autora, sob o argumento de faltar interesse processual, posto haver transferido o encargo econômico aos consumidores finais, cabendo então somente a estes o direito de pleitear a devolução dos indébitos pagamentos e que o julgado, ao assim decidir, fez referência a instituto legal de índole estritamente tributária.

Pede que o Tribunal **a quo** expressamente se manifeste acerca das seguintes questões:

1) inexistência de subsunção da matéria objeto da lide aos comandos do art. 166 do CTN e, em contrapartida, inaplicação da Súmula n. 546-STF;

2) aplicação do disposto no art. 964 do CC, haja vista referir-se o indébito não a tributo, mas a preço público, tratando-se de matéria cível – ponto omissis; e

3) equivocada apreciação da prova, porque não se demonstrou que a Autora transferiu aos consumidores finais os encargos econômicos alegados, constando expressamente do acórdão haver sido confirmado pela perícia (o que não ocorreu) – aqui reside a contradição entre os termos constantes do julgado e a realidade processual existente nos autos.

Sustenta a possibilidade de efeito infringente dos embargos de declaração para correção de erro de fato, erro de julgamento e erro material, conforme decisões que traz à colação.

Ao final, indica como violado o referido art. 964 do CC, trazendo aos autos julgados que reforçam as teses defendidas.

Após as contra-razões, subiram os autos, após o juízo de admissibilidade pelo Tribunal **a quo**, que concluiu pela parcial admissão do recurso.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): 1. A empresa Artur Eberhardt S/A Indústrias Reunidas propôs ação de repetição de indébito contra a Eletricidade de São Paulo S/A – Eletropaulo, por entender que houve majoração das tarifas de energia elétrica em dois períodos:

- a) de 28.5.1969 a 2.1.1979;
- b) de 23.8.1979 a 29.9.1982.

A sentença de 1ª grau julgou procedente em parte a ação, para restituir parte do que fora pedido em repetição, sustentando que:

- a) A Autora repassou para os preços da energia elétrica as majorações;
- b) tal repasse não impede a repetição pelo contribuinte de direito;
- c) o prazo prescricional das concessionárias de energia elétrica é de 5 (cinco) anos (art. 168 do CTN) para os débitos fiscais e de 20 (vinte) anos para os débitos não-tributários;
- d) a majoração determinada pelo DNAEE só tem valia para as contas de período de consumo antecedente ao decreto de majoração;
- e) a repetição só foi provada documentalmente, e por levantamento pericial, no período compreendido entre janeiro/1977 a outubro/1982.

2. Ambas as partes apelaram.

A Eletropaulo alegou:

- a) legalidade da majoração por se tratar de preço público;
- b) retroação das portarias majoradoras dos preços;
- c) ausência de prova do pagamento “a maior”, como exigido pelo art. 965 do CC;
- d) repasse do custo da energia aos preços finais pagos pelos consumidores; e
- e) prescrição quinquenal.

Por seu turno, a Autora alegou que, em relação ao período não acolhido na sentença, caberia à Eletrobrás apresentar as contas.

3. O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou em princípio prescrita a ação, mas esta Corte anulou o julgado, afastando a preliminar (fl. 676).

Em um segundo julgamento, restou prejudicado o recurso da Empresa-autora, por não ser possível transferir para a parte-ré o ônus da prova.

Quanto ao apelo da Eletropaulo, foi o mesmo acolhido pelo fato de ter havido transferência de custos para o consumidor final, o que não legitima a repetição.

4. A Empresa-vencida embargou de declaração, afirmando que:

- a) não poderia ser aplicado pelo TJSP o art. 166, porque este diz respeito a tributo e não a preço público; e
- b) houve apreciação equivocada da prova, levando a erro de julgamento, que pode ser corrigido via embargos com efeito modificativo.

5. Esta retrospectiva que se faz do que se passou nos autos é importante para demonstrar aos senhores julgadores desta Turma que a ora recorrente não tem razão alguma em impugnar o acórdão do TJSP.

Primeiro, porque em nenhum passo houve prequestionamento quanto ao artigo 166 do CTN. Apenas exigiu o Tribunal que fosse feita pelo Autor a prova do pagamento e de ter assumido o ônus do mesmo.

Segundo, porque os embargos de declaração não se prestam para corrigir erro no exame de prova.

Os embargos com efeitos modificativos têm ensejo quando, após suprir uma omissão, ou superar uma contradição, surge aspecto ainda não examinado e que, ao sê-lo, pode levar a um julgamento com resultado diverso do primeiro.

A correção de erro de julgamento se faz via recurso e não por embargos.

Assim compreendendo a controvérsia, não conheço do recurso especial, interposto com respaldo na alínea **a**.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 157.521 – SC

(Registro n. 97.0087004-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Oxford Móveis Ltda
Advogados: Romeo Piazero Júnior e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros

EMENTA: Tributário – Depósito judicial – Natureza jurídica – Lei n. 8.541/1992.

1. Aquele que efetua depósito judicial para suspender a exigibilidade do crédito tributário dá aos valores entregues para disposição judicial destinação jurídica (art. 43 do CTN).

2. Legalidade da Lei n. 8.541/1992, que proibiu expressamente a dedução dos depósitos do lucro real, sem violação ao art. 43 do CTN.
3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 21 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que reconheceu a legalidade dos arts. 7^a e 8^a da Lei n. 8.541/1992, em face do art. 43 do CTN, relativamente ao Imposto de Renda.

Dispôs o art. 7^a da referida lei que somente eram dedutíveis, para fins de apuração do lucro real, as obrigações referentes a tributos ou contribuições pagas, e o art. 8^a afastou a possibilidade de dedução dos valores referentes às exações, cuja exigibilidade estivesse suspensa nos termos do art. 151 do CTN, ainda que houvesse depósito judicial em garantia.

Inconformada, com base na alínea a do permissivo constitucional, alega a Empresa-recorrente que houve violação aos arts. 43, 44 e 110 do CTN; 187 da Lei n. 6.404/1976; e ainda aos arts. 5^a, I e XXXV; 145, § 1^a, e 150, II, da CF/1988.

Sustenta a Recorrente que a utilização do regime de caixa para a determinação do lucro (dedução dos tributos efetivamente pagos), consoante os arts. 7^a e 8^a da Lei n. 8.541/1992, juntamente com o regime de competência para o cômputo da receita (período em que ocorre a constituição da

receita, considerando-se os fatos constitutivos e não a sua realização em moeda ou recebimento), não permite seja calculado corretamente o montante real da renda, lucro tributável.

Apresentadas as contra-razões, opinou o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Em preliminar, advirto que os dispositivos constitucionais tidos como violados não podem ser examinados em sede de recurso especial.

Por sua vez, não houve prequestionamento aos arts. 44 e 110 do CTN, e 187 da Lei n. 6.404/1976, incidindo o óbice das Súmulas n. 282 e 356-STF.

Prequestionado o art. 43 do CTN, é de ser examinado o especial, mesmo questionado em razão do confronto de uma lei ordinária com uma lei complementar.

Assim entendo de acordo com a posição desta Turma, quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 226.062-SC, cuja ementa transcrevo:

“Processo Civil e Tributário. Embargos de declaração. Confronto entre lei ordinária e lei complementar. Matéria infraconstitucional.

A questão constitucional só admite recurso extraordinário quando enfrentada claramente pela decisão recorrida.

Princípios constitucionais que chegam aos julgados por via reflexa, princípios estes contidos na Lei de Introdução ao Código Civil, podem ser examinados pelo STJ, em exame infraconstitucional.

O confronto da lei ordinária com o CTN é constitucional apenas por via reflexa, o que enseja recurso especial.

Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.”

Preliminarmente, temos que o § 1º do art. 41 da Lei n. 8.981/1995 assim previu:

“O disposto neste artigo não se aplica aos tributos e contribuições

cuja exigibilidade esteja suspensa, nos termos dos incisos II a IV do art. 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, haja ou não depósito judicial.”

O parágrafo veio a propósito do **caput** do art. 41, que dispôs:

“Os tributos e contribuições são dedutíveis, na determinação do lucro real, segundo o regime de competência.”

Ora, o art. 7^a da Lei n. 8.541/1992 está assim regido:

“As obrigações referentes a tributos ou contribuições somente serão dedutíveis, para fins de apuração do lucro real, quando pagas.

§ 1^a. Os valores das provisões, constituídas com base nas obrigações de que trata o **caput** deste artigo, registrados como despesas dedutíveis, serão adicionados ao lucro líquido para efeito de apuração do lucro real e excluídos do período-base em que a obrigação provisionada for efetivamente paga.”

O artigo transcrito, ao estabelecer provisões para as obrigações tributárias e declará-las dedutíveis quando pagas, acabou por adotar o chamado “regime de caixa”, em contraposição ao regime de competência.

O certo é que o citado dispositivo previu dois critérios distintos: um para a apuração do lucro real e outro para a tributação, o que veio a ser definitivamente solucionado quanto ao art. 41 da Lei n. 8.981/1995, que adotou expressamente o regime de competência.

Entretanto, entendo que não há prejuízo algum, porque impugnada especificamente a incidência dos arts. 7^a e 8^a da Lei n. 8.541/1992, da data de sua vigência até o advento da lei que a revogou implicitamente.

No mérito, temos questão que pode ser assim resumida, quanto aos fatos que lhe dão suporte:

1) a Empresa, por não aceitar a cobrança de exações diversas, ajuizou ação ordinária para discutir a ilegalidade das cobranças, depositando em juízo o equivalente aos valores exigidos pela Fazenda;

2) pretendeu deduzir os valores desses depósitos na apuração do lucro real, para efeito de cálculo do imposto de renda e contribuição social, mas viu-se impedida diante do óbice da Lei n. 8.541/1992, que não permite tal expurgo; e

3) defende a tese de que a proibição da Lei n. 8.541/1992 fere dispositivos da CF/1988 e do CTN.

Entendo que não tem razão a Recorrente, porque os depósitos judiciais são valores pertencentes aos depositantes, com um fim determinado, não sendo, portanto, tributo pago.

O fato de não mais dispor das quantias oferecidas e depositadas não significa perda da qualidade do bem, que continua tal e qual, com a só transferência da disponibilidade para o Poder Judiciário. Daí a restrição contida no art. 8º da Lei n. 8.541/1992.

A característica de ganho efetivo, ligada à disponibilidade econômica ou jurídica, dá a exata medida do que se pode afirmar como certo, ou seja, de que o depositante tem sobre os valores depositados a disponibilidade jurídica, quando dá ao mesmo a função de suspender a exigibilidade de um tributo, exatamente como prevê o art. 43, **caput**, do CTN.

E isto sem que se possa dizer que infringe o art. 110 do CTN a afirmação de que aos depósitos judiciais é dado destino jurídico, haja vista que não geram lucro algum, porque não rendem juros, sofrendo apenas correção monetária. E como correção monetária é apenas expressão atualizada da moeda, não há acréscimo.

O conceito de renda, bem mais flexível, é sujeito a alterações legais, razão pela qual está inserido em lei ordinária e não na Constituição.

A prática dedutiva para o Fisco foi desastrosa, porque servia de estímulo ao não-pagamento, recorrendo os contribuintes cada vez mais à Justiça, muitas vezes mais por tentativa. Daí a mudança de orientação determinada pela lei em exame.

Este entendimento encontra apoio na jurisprudência desta Corte, representada por diversos acórdãos da Primeira Turma. Vejamos:

“Tributário. Imposto de renda de pessoa jurídica. Base imponible. Recurso especial. Ausência de prequestionamento do tema recursal. Improvimento.

No âmbito do especial, não se decide questões essencialmente constitucionais, nem se aprecia tema jurídico não prequestionado.

O conhecimento do especial exige que os preceitos legais configuradores de sua causa de pedir tenham sido discutidos e julgados na instância **a quo**, exigindo-se que, no silêncio, a parte se utilize dos embargos declaratórios para forçar a discussão da matéria.

Em face do disposto no art. 43 do CTN, em combinação com o art. 7º e § 1º, da Lei n. 8.541/1992, a provisão referente a impostos e contribuições não pode ser deduzida como despesas para o fim de apuração do lucro real, senão quando cumpridas as obrigações. A indedutibilidade não traduz ofensa ao regime jurídico da determinação do lucro, nem apresenta o pagamento de tributo sobre despesas.

Recurso improvido. Decisão unânime.” (REsp n. 166.868-SC, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, unânime, DJ de 31.8.1998).

“Tributário. Art. 8º da Lei n. 8.541, de 23.12.1992. Depósito judicial não é despesa dedutível para fins de imposto de renda. Ausência de qualquer obstáculo para ingresso em juízo.

1. O art. 8º da Lei n. 8.541, de 23.12.1992, ao determinar que os depósitos judiciais para suspender a exigibilidade de créditos tributários em juízo não podem ser levados à contabilidade como despesas dedutíveis para fins de imposto de renda não ofende a qualquer dispositivo constitucional.

2. Não há nas disposições do referido artigo qualquer mensagem que acarreta obstáculo ao contribuinte para ingressar em juízo.

3. Não ofende o nosso ordenamento jurídico a vedação ao artigo 8º da Lei n. 8.541/1992, no sentido de que os depósitos judiciais, enquanto depósitos, não podem ser considerados como despesas dedutíveis do lucro real apurado para fins de imposto de renda.

4. Os depósitos judiciais, não obstante a sua vinculação ao litígio e a disposição do juiz, continuam a integrar o patrimônio do contribuinte, bem como os acréscimos de correção monetária e outros acessórios que tenham direito, até a solução do litígio.

Com essa ocorrência, o depósito voltará a ser livre no patrimônio do contribuinte ou será transformado em renda para o poder tributante.

Nesta hipótese, a partir daí, ele deverá ser considerado como despesa dedutível da apuração do lucro real.

5. Recurso improvido.” (REsp n. 129.249-RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 22.9.1997).

“Lucro real. Custos de despesas com contribuições. Depósito.

A importância depositada fica indisponível até julgamento final, enquanto durar a ação e permanecer a suspensão da exigibilidade do

crédito, o depósito é considerado redução indevida do lucro real, não podendo ser considerado despesa.

Recurso provido.” (REsp n. 140.707-RN, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 23.3.1998).

“Tributário. Imposto de renda. Depósito judicial para suspender exigibilidade de crédito tributário. Lei n. 8.541/1992.

– Os valores depositados, para os fins do art. 151, II, do CTN, permanecem no patrimônio do contribuinte, até o encerramento do processo. Por isto, seus rendimentos constituem fato gerador de imposto de renda.” (REsp n. 194.989-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ de 29.11.1999).

“Tributário. Suspensão da exigibilidade do crédito. Depósito. Redução indevida.

Em curso a ação, e enquanto permanecer suspensa a exigibilidade do crédito tributário, são consideradas redução indevida do lucro real as importâncias depositadas para a suspensão de exigibilidade do crédito.

Recurso improvido.” (REsp n. 202.040-PR, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 21.6.1999).

Nesta Turma há um único precedente do Ministro Peçanha Martins, não conhecendo do especial na matéria aqui deduzida, ficando assim resumida a espécie:

“Tributário e Processual Civil. IRPJ. Lucro real. Apuração. Lei n. 8.541/1992 (arts. 7º e 8º). Constitucionalidade. Incompetência do STJ. Ausência de prequestionamento. Violação à lei federal descaracterizada.

1. Não se insere na competência do STJ apreciar eventual negativa de vigência a dispositivos constitucionais por lei federal.

2. O recurso especial pelo permissivo da letra **a** exige o prequestionamento dos artigos de leis federais invocados.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 179.760-SC, julgado em 6.4.2000, DJU de 22.5.2000).

Quando do julgamento, acompanhei o Relator, assim como os Ministros

Paulo Gallotti e Franciulli Netto, oportunidade em que argumentou o Ministro Peçanha Martins:

“O que sobressai, de modo indelével, deste apelo é a tentativa de demonstrar negativa de vigência a dispositivos constitucionais, ao que a recorrente dedica capítulo específico citando opiniões doutrinárias, matéria que refoge à competência de julgamento do STJ.

O art. 105, III, da CF, preceitua incumbir ao STJ julgar, em recurso especial, decisão que: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal e c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Dentro desse rol, não se encontra a hipótese de examinar possível confronto entre leis federais e preceitos constitucionais resultado em negativa de vigência destes últimos, e também conflito com disposições de lei complementar, como o é o CTN, cujo art. 151, indubitavelmente, não foi violado pela decisão atacada.

Vale repetir as palavras do ilustre Procurador Regional da República, no parecer de fls. 103/104:

‘Com efeito, é certo que o depósito integral do crédito tributário suspende a exigibilidade, nos termos do CTN. Entretanto, o mesmo é faculdade do sujeito passivo, com finalidade de evitar a execução, porém não se confundindo com o pagamento, este sim, forma de extinção do crédito tributário.

Assim, ao Fisco descabe efetuar o lançamento de tal crédito tributário – posto que sua exigibilidade está suspensa, quer pelo depósito, quer por medida liminar concedida em mandado de segurança –, também falece ao contribuinte a possibilidade de contabilizar tal valor como se tivesse ocorrido o efetivo pagamento, com o subsequente aumento indevido de suas despesas e a diminuição real de seu lucro, o qual se constitui na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social.’

Por tais motivos, não conheço do recurso.”

Tenho proclamado, em diversas oportunidades, que a questão do conhecimento está umbilicalmente ligada à fundamentação do acórdão impugnado e não à tese jurídica constante do processo, porque pode uma tese

jurídica arrimar-se em dispositivo constitucional apenas, em dispositivo infraconstitucional somente, ou em ambos.

O certo é que o especial só alcança as duas últimas hipóteses.

Na questão em julgamento, está clara a fundamentação infraconstitucional, ou seja, a alegação de que o art. 7^a da Lei n. 8.541/1992 viola o art. 43 do CTN, dispositivo que dá o conceito de renda.

Daí a possibilidade de conhecimento do especial, como examinado no início deste voto.

A digressão se faz em respeito ao precedente e para deixar claro que não houve mudança de entendimento da minha parte, já que acompanhei o Ministro Peçanha Martins, quando do julgamento do único precedente da Segunda Turma que encontrei ao pesquisar.

Com estas considerações, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 161.656 – SP

(Registro n. 97.0094169-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrentes: Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A e outros
Advogados: Rui Geraldo Camargo Viana e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Ação civil pública – Liminar – Requisitos essenciais – **Fumus boni juris e periculum in mora** – Lei n. 7.347/1985, art. 12 – Violação ao art. 535 do CPC não configurada – Inadmissibilidade.

– A natureza jurídica da liminar proferida em ação civil pública é diversa da tutela antecipada regulada pelo art. 273 do CPC, razão pela qual não podem ser invocados, **in casu**, os requisitos estabelecidos no referido preceito legal.

– Na hipótese dos autos, estão presentes os requisitos exigidos para a concessão da liminar, quais sejam, o **fumus boni juris** e o **periculum in mora**.

- A liminar proferida em ação civil pública possui regulamentação e requisitos próprios, como estabelecido na Lei n. 7.347/1985.
- Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A e outros, com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelas ora recorrentes contra concessão de liminar, nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado, objetivando a proibição da queimada de cana-de-açúcar antes da colheita.

O v. acórdão declarou que, além de acautelar, a medida liminar deferida, adianta provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, havendo assim coincidência com a medida provisória e o que se pretende obter ao final, daí ser ela de natureza cautelar-satisfativa.

A ora recorrente interpôs embargos de declaração, ao final rejeitados, alegando omissão no v. aresto no tocante às questões infraconstitucionais e constitucionais.

Daí o recurso especial em que a ora recorrente alega ter o v. aresto violado o artigo 535 do CPC, quando rejeitou os embargos; malferido o artigo 273, **caput** e § 2º, do CPC, quando através de medida liminar deferiu a tutela antecipada.

O recurso especial foi inadmitido no Tribunal **a quo**. Contra o despacho denegatório foi interposto o cabível agravo de instrumento, ao qual dei provimento, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovemento do recurso, vez que a medida liminar em questão não se confunde com aquela genérica disciplinada no CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Usina Cerradinho Açúcar e Álcool S/A e outros interpuseram agravo de instrumento em face da decisão concessiva de liminar, em ação civil pública proposta pela Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de Catanduva-SP, visando à não-utilização de fogo para a limpeza do solo, preparo do plantio e colheita da cana-de-açúcar, com fulcro nas Leis n. 6.938/1981 e 7.347/1985.

Apreciando o agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou-lhe provimento, por maioria de votos, fundamentando a decisão nos termos do voto do Relator, do qual extraio os seguintes trechos (fls. 457/458):

“Os pressupostos para outorga da liminar em ação civil pública são o **fumus boni iuris** e **periculum in mora**. Como além de acautelar, tal medida, em sendo deferida, adianta provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, havendo, assim, coincidência com a medida provisória e o que se pretende obter ao final, daí ser ela de natureza cautelar-satisfativa. Logo, a indispensabilidade do fundamento relevante, em se tratando de liminar em ação civil pública o fundamento relevante equivale ao **fumus boni iuris**, ou seja, os fatos descritos levam à viabilidade, pelo menos aparente, da conclusão pedida. E, por ser concretizado o pedido liminar em ação pública, o juiz contenta-se com a aparência do direito, o que não implica dizer que, em casos que tais, ao decidir sobre a concessão da liminar, acabe o julgador a realizar análise de mérito, prejudgando, em consequência, a ação, até porque tal outorga, em ação civil pública, tem como suporte, no que concerne à produção de provas, cognição diferente daquela do mandado de segurança, em que dispõe o prolator do **decisum**, por todo o

iter processual, com vistas na formação de sua convicção, de conjunto inalterável de provas, desde a distribuição do feito, enquanto na ação civil pública, outras provas poderão ser produzidas no decorrer da lide.

Na espécie, malgrado a existência de lei municipal estabelecendo a possibilidade de queimada para limpeza do solo, diante do perímetro urbano ali estabelecido, tem-se que tal norma não pode prevalecer diante do potencial efeito lesivo ao meio ambiente provocado por aquela atividade.”

Foram opostos embargos de declaração suscitando a apreciação de questões de natureza infraconstitucional e constitucional, com o propósito de prequestionamento dos temas invocados.

Rejeitados os aclaratórios, permaneceu inalterado o julgado, ensejando a interposição deste recurso especial que sustenta violação ao art. 535 do CPC e ao art. 273, **caput** e § 2º, do mesmo diploma processual, alegando a impossibilidade de deferimento da tutela antecipada através de medida liminar, em ação civil pública, já que os pressupostos de sua concessão não são aqueles que justificariam a tutela cautelar.

Solicitado o pronunciamento do Ministério Público Federal, este opinou pelo improvimento do recurso em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza (fls. 589/593), do qual vale transcrever, por elucidativo, o seguinte excerto:

“

Inicialmente é oportuno ressaltar que o recurso deveria ter sido interposto, neste particular, alegando violação ao art. 12 da Lei n. 7.347/1985, uma vez que foi com fulcro nesta norma legal que a liminar foi deferida. Isso significa que, a rigor, o recurso especial não deveria ser sequer conhecido nesta parte.

A natureza jurídica desta liminar proferida em ação civil pública é diversa da tutela antecipada regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil, razão pela qual não podem ser invocados para a espécie os requisitos estabelecidos nesta norma processual.

O referido art. 12 da Lei de Ação Civil Pública ‘faculta ao juiz a concessão da medida, a maioria das vezes indispensável à preservação do próprio bem da vida’. Essa liminar tem, é verdade, como objetivo principal assegurar ao requerente o bem da vida pretendido. Mas

isso não a faz sujeita aos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil porque, tal qual acontece com a medida liminar proferida em ação popular e aquela proferida em mandado de segurança, a liminar do art. 12 da Lei de Ação Civil Pública possui regulamentação e requisitos próprios.

‘O exame do arcabouço jurídico como um sistema permite sustentar que devam ser aqui tidos, como os marcos ensejadores da liminar, aqueles mesmos levados em conta para o mandado de segurança (conclusão a que se chega com a visão do § 1º do ora analisado artigo 12, calcado visivelmente em lei disciplinadora daquele *writ*, a saber, a Lei n. 4.348/1964) e para a ação popular (afirmação esteiada na referência contida no artigo 1º da Lei n. 7.347/1985).’

‘A nosso ver, o mandado liminar que pode ser concedido ‘de ofício’ pelo juiz, poderá ser na própria ação civil pública, sem a necessidade de interposição da cautelar.

E, consoante se nos afigura, a liminar concedida terá a mesma natureza da liminar em mandado de segurança, é dizer: será a preservação **in natura** do próprio bem da vida pretendido e não seu sucedâneo.’

Não se está proclamando, por óbvio, o descabimento da tutela antecipada, tal qual regulada no art. 273 do Código de Processo Civil, em ação civil pública. Absolutamente, não é isso. O que procuro demonstrar é que a medida liminar em questão, deferida pelo juiz monocrático e ratificada pelo Tribunal **a quo**, não se confunde, como pretendem os Recorrentes, com aquela medida genérica disciplinada no Código de Processo Civil.

No caso dos autos, revelam-se presentes os requisitos exigidos para a concessão da liminar, quais seja, o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**. A cada queimada realizada, novo e irreversível dano ao meio ambiente é perpetrado, sendo louvável a decisão judicial que impediu a sua prática, estabelecendo inclusive uma graduação para possibilitar o fiel cumprimento da medida (permitindo a prática da queimada no raio de 1 km até a safra de 1996, e vedando-a em qualquer área a partir desta data). Acrescente-se, ainda, que ‘avulta em importância a concessão de liminar na ação civil pública, por seu poder de impedir a concretização do dano temido.

Os autos revelam que o Recorrente já deveria ter providenciado o uso de outros métodos (que não a queimada) na sua lavoura, pelo menos desde 1988, tendo em vista que em 30 de agosto desse ano foi expedido o Decreto Estadual n. 28.848, proibindo qualquer forma de emprego de fogo para a colheita, inclusive de cana-de-açúcar, já tendo essa Corte reconhecido a validade da referida restrição.

Assim sendo, o parecer é pelo desprovimento do recurso.”

Comungo do entendimento esposado no bem lançado parecer do Ministério Público Federal, razão porque não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 177.047 – RS

(Registro n. 98.0041195-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul
Advogados: Hermeto Rocha do Nascimento e outros
Recorrida: Sonairba Administradora de Imóveis Ltda
Advogado: Gustavo Paim Vasques

EMENTA: Recurso especial – Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul – Perícia realizada por arquiteto, em lugar de administrador ou corretor de imóveis – Artigo 145 do Código de Processo Civil. Preclusão.

Se a cada ato com conteúdo decisório surge a possibilidade de impugnação pela parte, o ato de nomeação do perito judicial não foge a essa regra e, ausente impugnação no prazo legal, não poderá ser modificado, nos termos do artigo 245, **caput**, do Código de Processo Civil.

“Na exegese dos parágrafos do art. 145 do CPC, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir **cum grano salis**, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei, dando à norma interpretação teleológica e valorativa.” (RSTJ 31/363).

A perícia realizada cumpriu sua finalidade, ainda que tenha sido elaborada por profissional de nível superior com habilitação diversa daquela pretendida pelo recorrente.

Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Castro Filho, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 17 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: O Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul interpôs agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz de 1ª grau que indeferiu pedido de nulidade de perícia realizada nos autos dos embargos à execução opostos por Sonairba – Administradora de Imóveis Ltda.

O colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, todavia, houve por bem negar provimento ao recurso, proferindo acórdão assim ementado:

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Perito nomeado há mais de 12 (doze) anos. Laudo realizado e juntado aos autos. Nulidade argüida ante a falta de habilitação do *expert*. Matéria preclusa. Agravo improvido. Decisão mantida.

1. A não-aceitação do perito nomeado pelo juízo-processante deve ser manifestada na primeira oportunidade em que for oportunizado à parte interessada falar nos autos. Não o fazendo, preclusa estará a matéria, a menos que se trate de nulidade absoluta, que não é o caso da hipótese descrita no art. 145 do CPC.

2. Decisão que, acertadamente, rejeitou pedido de declaração de nulidade de perícia, por inabilitação técnica do *expert* doze anos após sua nomeação, sem anterior insurgência contra esse fato.

3. Agravo improvido. Decisão mantida.” (fl. 47).

Inconformado com esse resultado, interpôs o Conselho Regional de Administração recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal, sob alegação de contrariedade ao artigo 145, § 1º, do Código de Processo Civil, e à Lei n. 5.689/1973. Assevera que, por se ter nomeado arquiteto como perito, e não administrador de empresas ou corretor de imóveis, nos termos do artigo 145, § 1º, do Código de Processo Civil, “o único meio de obter-se uma prova pericial substancial e válida, seria a decretação da nulidade da perícia em questão, sendo determinada e realizada nova perícia, desta vez com perito plenamente capacitado para tanto” (fl. 53).

Acrescenta, ainda, que “desnecessária fez-se a impugnação do laudo especificamente, uma vez que é óbvio e restou claro em todas as manifestações do Recorrente que, se é incapaz o perito em questão para conhecer da respectiva matéria, conseqüentemente imprestável o laudo resultante, não tendo qualquer valor probatório” (fl. 54).

Diz, mais adiante, que “o fato de o dispositivo ora invocado haver apenas sido acrescentado ao diploma processual em 1984, não o torna inadequado para amparar a presente irresignação, posto que se trata de legislação adjetiva, e não substantiva, que entra em pleno vigor a partir de sua edição. Ademais, conforme cópia anexa, bem percebe-se que o laudo em questão, elaborado por perito incapaz para a sua confecção, é datado de 1984, dez anos após a vigência do dispositivo invocado!” (fl. 54).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul no qual se discute a validade de perícia realizada por arquiteto, em lugar de administrador ou corretor de imóveis.

O egrégio Tribunal de origem, ao examinar a questão, mantendo a decisão de 1º grau, entendeu que “a não-aceitação do perito nomeado pelo juízo-processante deve ser manifestada na primeira oportunidade em que for

oportunizado à parte interessada falar nos autos. Não o fazendo, preclusa estará a matéria, a menos que se trate de nulidade absoluta, que não é o caso da hipótese descrita no art. 145 do CPC” (fl. 47).

Consoante se pode observar pela leitura das alegações das partes, bem como da análise dos demais elementos de informação coligidos, desassistida razão ao Recorrente, motivo pelo qual deverá ser mantida a decisão **a quo**.

Embora dos autos não conste o documento comprobatório da ciência, pelo Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul, da nomeação do perito judicial, considerou o voto-condutor do acórdão atacado que, à época da nomeação do perito, há mais de 12 anos da audiência de instrução de julgamento (ocorrida em 29.9.1994, fl. 33), teve o Recorrente oportunidade de se manifestar sobre a qualificação técnica do *expert*.

Dessarte, como “a instância especial recebe a situação fática da causa tal como a retrata a decisão recorrida” (RSTJ 78/247), e a informação acima não foi contestada pelo Recorrente, pelo contrário, é de tê-la como verdadeira.

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da preclusão temporal, uma vez que, se a cada ato com conteúdo decisório surge a possibilidade de impugnação pela parte, o ato de nomeação do perito judicial não foge a essa regra e, ausente impugnação no prazo legal, não poderá ser modificado, nos termos do artigo 245, **caput**, do Código de Processo Civil.

Cumpra salientar, por oportuno, que eventual nulidade da perícia não constituiria em nulidade absoluta, que poderia ser reconhecida pelo juiz, **ex officio**, em qualquer fase do processo, uma vez que não atinge os pressupostos processuais ou as condições da ação, nem importa em reconhecimento de preempção, litispendência ou de coisa julgada (art. 267, § 3º).

De qualquer sorte, conforme bem lembrado no voto-condutor, a norma inserta no § 1º do artigo 145 do Código de Processo Civil, “à época dos fatos, sequer existia no mundo do Direito Positivo pátrio, tendo sido introduzida no diploma processual pela Lei n. 7.270/1984. Vigia apenas o **caput** daquele artigo, que determina que a habilitação do profissional deve ser considerada em razão da prova a ser produzida. Nesse particular, o laudo, cuja cópia encontra-se acostada às fls. 24/26, bem como os documentos que o acompanham (fls. 27/32) demonstram a natureza do trabalho e a plena capacidade do perito (...)” (fl. 45).

As regras de natureza processual, como é aquela do artigo 145 do Código de Processo Civil, é cediço, aplicam-se imediatamente. Tal entendimento,

porém, não tem a virtude de afastar a solução dada à presente controvérsia, pois, se o perito foi nomeado em 1982 e a nova redação do artigo passou a vigorar apenas em 1984, deveria ser levada em consideração apenas a partir desse momento, sem retroagir à nomeação já consumada. O fato de o laudo ter sido apresentado em momento posterior, **data venia**, é irrelevante, já que é mera consequência do ato decisório anterior, este praticado de acordo com a norma processual vigente.

Além disso, deve-se ter em mente que, “na exegese dos parágrafos do art. 145 do CPC, deve o juiz atentar para a natureza dos fatos a provar e agir **cum grano salis**, aferindo se a perícia reclama conhecimentos específicos de profissionais qualificados e habilitados em lei, dando à norma interpretação teleológica e valorativa” (RSTJ 31/363) e que “em tema de nulidade no processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstrem, de modo objetivo, os prejuízos consequentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa” (REsp n. 63.393-MG, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 22.2.1999).

Assim, e a par do que foi acima explicitado, pela leitura do laudo apresentado (fls. 24/25), verifica-se que a perícia realizada cumpriu sua finalidade, ainda que tenha sido elaborada por profissional de nível superior com habilitação diversa daquela pretendida pelo Recorrente.

Diante do exposto, não conheço do presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 201.439 – SP

(Registro n. 99.0005404-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Dennex Resistências Industriais Ltda
Advogados: Ricardo Gomes Lourenço e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Mauro Grimberg e outros

EMENTA: Processual Civil – Decisão de relator – Agravo interno

(ou agravo regimental) – Cabimento – Embargos de declaração rejeitados – Violação ao art. 535 do CPC configurada – Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, e art. 557 do CPC – Precedentes.

– O recurso cabível para atacar decisão singular proferida por relator, negando seguimento à apelação, é o agravo interno (ou agravo regimental), nos termos do art. 557 do CPC, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.139/1995.

– Impõe-se a apreciação do agravo regimental pela Corte de origem, pelo que determina-se o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**.

– Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Dennex Resistências Industriais Ltda, com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental interposto pela ora recorrente, contra decisão de relator que negou seguimento à remessa oficial e às apelações oferecidas pela União e pela empresa, nos autos da ação ordinária de repetição de indébito promovida contra a União, objetivando eximir-se do recolhimento da contribuição ao PIS, de acordo com os Decretos-Leis n. 2.445/1988 e 2.449/1988.

O v. acórdão declarou que o agravo regimental não é a via processual adequada para atacar decisão denegatória de seguimento de recursos (art. 557 do CPC).

Dennex Resistências Industriais Ltda interpôs embargos de declaração, ao final não conhecidos, alegando obscuridade, contradição e omissão pertinentes à aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Daí o recurso especial em que a ora recorrente alega ter o v. aresto violado o artigo 535 do CPC, quando rejeitou os embargos de declaração.

Contra-razões não apresentadas.

O recurso especial foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Dennex Resistências Industriais Ltda recorre especialmente contra decisão do TRF da 3ª Região, assim ementada (fl. 153):

“Processual Civil. Agravo regimental. Negativa de seguimento a recurso. Inadequação da via.

– Inadequação do agravo regimental para impugnar decisão de negativa de seguimento a recurso.

– Inteligência do parágrafo único do artigo 557 do Código de Processo Civil.

– Agravo regimental não conhecido.”

O acórdão recorrido, ao assim decidir, explicitou que o agravo regimental foi manifestado sob a égide da Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou o art. 557 do CPC, dando-lhe nova redação.

Não obstante opostos os embargos de declaração cabíveis, permaneceu inalterado o julgado recorrido.

Seguiu-se o recurso especial da Empresa-autora alegando negativa de vigência ao art. 535 do CPC, por entender “que ao assim decidir haveria o egrégio Tribunal **a quo** não aplicado à espécie o princípio da fungibilidade recursal, não restando conferida a tutela jurisdicional pleiteada, já que não atendidos os ditames do art. 535 do CPC”.

Merece acolhida a pretensão recursal.

O Tribunal **a quo** decidiu a controvérsia adotando posicionamento contrário àquele firmado por esta egrégia Corte, a partir da publicação da Lei n. 9.139/1995, que introduziu alterações no art. 557 do CPC.

O entendimento deste Tribunal está espelhado em incontáveis julgados, dos quais destaco:

“Processual Civil. Decisão singular proferida por magistrado de tribunal. Recurso cabível: agravo interno, anteriormente denominado agravo regimental: embargos de declaração rejeitados.

I – As decisões singulares proferidas por magistrados de tribunal podem ser atacadas via agravo interno, antigamente denominado agravo ‘regimental’. Exceção à mencionada regra é a decisão proferida por presidente de tribunal, negando seguimento a recurso endereçado à Corte Superior. Inteligência dos arts. 532, 545 e 557, parágrafo único, do CPC, bem como do art. 39 da Lei n. 8.038/1990, também aplicável, por analogia, aos tribunais de 2ª grau. Precedente da lavra deste Relator: RMS n. 7.823-RS.

II – Só cabe agravo de instrumento para o STJ nas hipóteses dos arts. 539, parágrafo único, e 544 do CPC.

III – Tendo sido o acórdão embargado proferido em conformidade com a legislação da jurisprudência e da doutrina que trata da matéria, não há como acolher embargos declaratórios com intuito infringente.

IV – Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no AgRg no Ag n. 125.746-BA, DJ de 7.12.1998, Rel. Min. Adhemar Maciel).

“Mandado de segurança. Processual Civil. Decisão singular extinguindo o processo (art. 269, IV, CPC; art. 18, Lei n. 1.533/1951). Agravo regimental (art. 195, RITJSC). Fungibilidade. CPC, artigo 557, § 1º.

1. Extinto o processo no juízo originário do Tribunal, descogitada a apelação, prevendo o regimento interno o agravo regimental contra decisão do Relator, a invocação do artigo 557, § 1º, CPC, por si, não revela erro grosseiro, favorecendo a aplicação do princípio da fungibilidade. Porém, no caso, não louvaria a instrumentalidade devolver os autos para ser apreciado agravo, quando a instância **a quo**, bem ou mal, mal ou bem, adiantou o juízo de mérito, reformando o prazo decedencial.

2. Recurso sem provimento.” (RMS n. 9.943-SC, DJ de 7.2.2000, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Na hipótese em comento, o Autor manifestou agravo regimental (ou agravo interno) para insurgir-se contra decisão da Relatora, negando seguimento à apelação interposta contra a sentença de 1º grau.

Assim, adequado o recurso interposto, conheço e dou provimento ao especial determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que seja apreciado o agravo regimental.

RECURSO ESPECIAL N. 212.019 – RJ

(Registro n. 99.0038496-2)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Fazenda Nacional
Advogados: Sidiny Garcia F. e outros
Recorrida: Larance Perfumes Ltda
Advogados: Almir Meirelles Rosa e outros

EMENTA: Processo Civil – Execução fiscal ancorada em inscrição contestada em mandado de segurança – Decisão administrativa de que brotou a inscrição anulada – Pedido de arquivamento da execução pela Fazenda Pública – Condenação, em 2º grau, na verba honorária advocatícia – Pretendida reforma por afronta ao art. 26 da Lei n. 6.830/1980 – Não-ocorrência – Recurso especial não conhecido.

– Ajuizada execução fiscal com base em inscrição oriunda de processo administrativo, contestado judicialmente por mandado de segurança, há inequívoca precipitação da Fazenda Pública.

– Se a Fazenda Pública deu causa à contratação de patrono, por ajuizar a demanda de maneira açodada, não se aplica a regra insculpida no art. 26 da Lei de Execução Fiscal. Precedentes jurisprudenciais.

– Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Castro Filho, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 17 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial ajuizado pela Fazenda Nacional, com espeque no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição da República, tendo por objeto desconstituir v. julgado oriundo do colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Alega, em suma, que a Corte de origem negou vigência ao comando insculpido no artigo 26 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, uma vez que aforou execução fiscal contra a Recorrida e, logo após a citação, foi determinado, em outro feito, o cancelamento da inscrição que serviu de base para ajuizamento da demanda executória. Em vista disso, a sobredita execução restou julgada extinta e, por conseguinte, a Fazenda Pública foi condenada a honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa. Diante desse desfecho, sobreveio o presente recurso especial, postulando a reforma integral do v. julgado do Tribunal **a quo** que acolheu esse entendimento.

Ausentes as contra-razões, a egrégia Vice-Presidência admitiu a remessa do recurso especial a este Sodalício (fl. 92).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Antes da análise da controvérsia, é de todo oportuno trazer para os autos as peculiaridades que envolvem a demanda.

A Fazenda Nacional, em maio de 1984, ajuizou execução fiscal contra a Recorrida, com suporte em título que servia de arrimo à cobrança de Impostos sobre Produtos Industrializados – (IPI não pago).

Em agosto daquele ano, a Executada requereu a extinção da mencionada demanda, tendo em vista a anulação, por meio de mandado de segurança, do processo administrativo que originou o título no qual se apoiava a execução (fls. 7/8).

Determinada a ouvida da Fazenda Pública em agosto de 1984 (fl. 16) e, após decorridos aproximadamente 3 (três) anos, a executada pleiteou a devolução do processo executivo que se encontrava em poder do Fisco (fl. 17).

A douta Procuradoria da República, responsável à época pelo presente feito, asseverou que a demora decorreu do retardamento, por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, no envio das informações necessárias para o pedido de arquivamento da execução fiscal (fl. 21).

O MM. Juízo de 1ª grau, em decorrência, julgou extinta a ação executiva e determinou o seu arquivamento (fl. 24).

A Executada, inconformada, apresentou recurso de apelação, cujo desiderato estava circunscrito na condenação da Fazenda Nacional à verba honorária advocatícia, diante do risco que esta assumiu ao propor a demanda (fls. 36/38).

A Corte **a quo** acolheu o pedido formulado pela Executada, sob a assertiva de que os honorários são devidos sempre que a execução não subsistir, acrescentando, ainda, a circunstância de a Exeçüente ter sido provocada pelo contribuinte a devolver os autos ao juízo, haja vista que permaneceu em seu poder por mais de 2 (dois) anos para se manifestar acerca do cancelamento do débito.

Desse desate, brotou o presente recurso especial.

Assegura a Fazenda Nacional que o entendimento exarado pelo colendo Tribunal Federal não deve prevalecer, uma vez que “a execução fiscal foi ajuizada com base em título válido” (fl. 73), e, conquanto citada a Executada, não foi realizado qualquer ato de constrição. Assim, com a informação da Recorrida no sentido de que a inscrição do título havia sido cancelada, por meio de decisão em mandado de segurança, o Fisco foi instado a se manifestar.

Conquanto reconhecido o atraso pelo Fisco, alega que esse fato não

possuiu a virtude de lesar a Executada, uma vez que poderia obter certidão negativa de dívida ativa desde o cancelamento.

Dessarte, argumenta que a questão a ser dirimida no recurso excepcional circunscreve-se à aplicação ou não dos honorários e não à ocorrência de inércia nas informações. Obtempera, também, que a condenação a honorários somente tem abrigo nos embargos à execução fiscal, enquanto que, no particular, houve impetração de **mandamus**.

Assim, afirma a Fazenda Nacional que “a Recorrida poderia fazer uso dos embargos do devedor para defender-se, mas preferiu o mandado de segurança, provavelmente porque ali não precisaria garantir o juízo e, em caso de sucumbência, não seria condenada a honorários, ainda guardando a possibilidade de recorrer mais uma vez ao Judiciário”. (fl. 76).

O artigo 26 da Lei de Execução Fiscal, que se reputa vulnerado, dispõe que, **verbis**:

“Art. 26. Se, antes da decisão de 1ª instância, a inscrição da dívida ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.”

Dos elementos constantes dos autos, dessume-se que falece a pretendida negativa de vigência ao dispositivo legal suso mencionado.

Na verdade, é inegável que a Fazenda Pública deu causa à contratação de patrono. Aliás, essa providência já havia sido tomada pela Executada, ora recorrida, quando da impetração do mandado de segurança. Se a finalidade do *writ* foi contestar o procedimento de que originou a inscrição, é evidente que a execução ajuizada com base na mesma inscrição foi precipitada.

Com o fito de bem demonstrar a forma açodada em que foi ajuizada a lide, extrai-se dos autos que a execução fiscal foi levada a efeito em 28 de maio de 1984, cuja citação foi determinada em julho do mesmo ano. A sentença do mandado de segurança foi proferida em 25 de maio de 1984, oficiado o Fisco no mês de julho do mesmo ano. Conclui-se daí que, antes da prolação da sentença, a Administração tinha conhecimento de que a decisão inserida no processo administrativo estava sendo contestada judicialmente. Ajuizar execução fiscal com base no decidido no processo administrativo era, indiscutivelmente, temerário. Se assim procedeu o Fisco, correu o risco de arcar com os ônus inerentes à sucumbência.

De fato, “se o Executado foi obrigado a se defender, seja por meio de embargos do devedor, seja via simples petição subscrita por causídico contratado para esse fim, não pode a Fazenda Pública invocar em seu prol a regra inserta no art. 26 da Lei n. 6.830/1980, para se ver liberada do pagamento das despesas processuais e da verba de patrocínio”. (REsp n. 80.257-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, in DJ de 25.2.1998).

Trilhando esse pensar, assim se pronunciou o subscritor deste, consoante se infere da ementa abaixo:

“Processual Civil. Execução fiscal. Desistência. Executada que contrata advogado para apresentar defesa no processo. Pretendida isenção do pagamento dos ônus da sucumbência pela Fazenda Pública. Invocação do art. 26 da Lei de Execução Fiscal. Recurso especial alegando contrariedade a dispositivo de lei federal. Não-ocorrência. Recurso não conhecido

Precipitada a execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública, dando azo à constituição de advogado por parte da Executada, não se aplica a regra insculpida no artigo 26 da Lei de Execução Fiscal.

A ausência de comprovação inequívoca da contrariedade a dispositivo de lei federal obsta o conhecimento do recurso especial.” (cf. REsp n. 224.866-SP, in DJ de 8.5.2000).

Podem ser lembrados, ainda, entre outros, os seguintes julgados: REsp n. 80.257-SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, j. em 20.6.1996, e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 198.906-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, j. em 23.2.1999.

Pelo que precede, não merece conhecimento o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.