

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR N. 6.781 — RJ (2003/0139224-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Companhia Brasileira de Antibióticos — Cibran

Advogados: Marlan de Moraes Marinho Junior e outros

Agravada: Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro — CERJ

Advogados: Isaac Motel Zveiter e outros

EMENTA

Medida cautelar. Corte de energia elétrica. Inadimplência continuada da empresa consumidora. Agravo regimental improvido.

I - Comprovado que a empresa requerente é devedora contumaz da empresa requerida e que não fornece serviço essencial, resta mitigado o requisito do **fumus boni iuris**, em face do entendimento pela possibilidade do corte de energia elétrica, como forma de não estimular a inadimplência.

II - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Denise Arruda. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 09 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ de 17.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo interno aviado pela Companhia Brasileira de Antibióticos — Cibran, em face da decisão de fl. 380.

Naquela decisão o Ministro Vice-Presidente, no exercício da Presidência desta Corte, manteve sua decisão anterior, no sentido de determinar o processamento do recurso especial que estava retido nos autos de agravo de instrumento cujo julgamento autorizou a interrupção do fornecimento de energia elétrica à requerente, ora agravante.

Observe-se que a decisão impugnada não contemplou a totalidade do pedido da requerente, ora agravante, porquanto deixou de conceder a suspensão do acórdão que autorizou o corte de energia elétrica referido.

A requerente afirma que o acórdão recorrido revoga decisão liminar concedida em tutela antecipada para que a requerida se abstenha de interromper o fornecimento de energia elétrica, por fato anterior ou posterior à sua concessão.

Sustenta que é a única fabricante de antibióticos da América Latina, e que o corte de energia trará grande prejuízo para a empresa, com risco de falência e desemprego em massa, explicitando que atravessa um processo de concordata preventiva.

Pugna pela reconsideração da decisão, com a concessão integral da cautela. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Não assiste razão à agravante.

Na hipótese em tela, apesar de reconhecer a existência do **periculum in mora**, verifico em contrapartida a inexistência do **fumus boni iuris**, requisito essencial para a procedência da cautela.

Faço esta observação ao constatar que a requerente pretende a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial que busca impedir a confirmação do acórdão que autorizou o corte de energia elétrica em face da existência de “débitos volumosos caracterizados em inadimplência continuada da empresa consumidora” (fl. 259).

Esta Corte já decidiu pela possibilidade do corte de energia elétrica contra devedor não detentor de serviço essencial ou hipossuficiente.

O caso em tela trata de empresa fora da qualificação acima indicada, o que viabiliza o corte como forma de não estimular a inadimplência.

Sobre o assunto confira-se o REsp n. 510.478/PB, Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 10.06.2003.

Tais as razões expendidas, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, **data venia**, fico vencido.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM
MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.877 — DF (2003/0005223-3)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargantes: Goiânio Borges Teixeira, Maurício Gomes de Lemos e Carlos Magno de Alvarenga

Advogado: Marcos Jorge Caldas Pereira

Interessado: Distrito Federal

Embargada: Ionara Pacheco Lacerda Gaioso

Advogado: Joaquim Jair Ximenes Aguiar

Embargado: Pedro Henrique Teixeira

Advogado: Francisco Carneiro Nobre de Lacerda Neto

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de qualquer dos vícios do art. 535 do CPC. Rediscussão de questões de mérito. Impossibilidade. Contradição com outros julgados.

1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformidade com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, razão pela qual é inteiramente aplicável a orientação segundo a qual não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, a decisão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo. Não são os embargos de declaração meio hábil para se obter nova apreciação do recurso.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (votovista) e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 09.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de declaração opostos por Goiânio Borges Teixeira e outros contra acórdão assim ementado:

Mandado de segurança. Oficial do Cartório de Protestos de Títulos do Distrito Federal. Impetração em defesa das prerrogativas do cargo.

1. Em mandado de segurança, admite-se personalidade judiciária a órgão sem personalidade jurídica própria, quando a impetração tem por objeto a tutela dos chamados “direitos-função”.

2. Admite-se, conseqüentemente, a legitimidade dos sucessores no cargo para assumir o pólo ativo da impetração em caso de remoção ou morte do impetrante originário.

Recurso ordinário em mandado de segurança. Reforma do acórdão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito. Viabilidade do imediato exame do mérito da impetração, atendidos os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC.

1. Reformando o acórdão que extingue o processo sem julgamento de mérito, cumpre ao STJ apreciar, desde logo, o mérito da impetração, se presentes os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC, aplicável por analogia.

2. No caso dos autos, a questão de mérito é exclusivamente de direito e não há empecilho ou pendência a inviabilizar a sua apreciação.

Administrativo. Protesto de Títulos no Distrito Federal. Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça, atribuindo aos tabeliães de notas a competência para lavrar protestos. Ilegitimidade.

1. Segundo decidiu o STF, “o artigo 1º do Decreto-Lei n. 246/1967, versando sobre competência de serventias extrajudiciais, foi revogado pela Lei n.

6.750/1979, que dispõe sobre a nova Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios” (AgRg na Reclamação n. 344-2/DE, Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.12.2001).

2. Por ser incompatível com a Lei n. 6.750/1979, é ilegítimo o Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal que conferiu aos Cartórios de Notas atribuições para protestar títulos.

3. Recurso ordinário provido para conceder a ordem.

Em suas razões, aduzem os embargantes que (a) o acórdão incorreu em omissão quando deixou de enviar o processo ao Tribunal de origem para que fosse apreciado o mérito da causa; (b) há contradição entre o aresto e recente julgado do STJ no sentido de que a nova redação do art. 515, § 3º, do CPC não se aplica ao julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança; (c) a análise do mérito da impetração por esta Corte representou supressão de um grau de jurisdição; (d) não foi indicada a norma legal que embasa o entendimento acerca da legitimidade ativa da impetrante; (e) os precedentes invocados no acórdão embargado não tratam da mesma hipótese fática destes autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Inexiste qualquer omissão quanto à aplicação do art. 515, § 3º, do CPC no caso, pois tal questão foi exaustivamente debatida no aresto embargado (fl. 438). O mesmo se diz da questão da legitimidade ativa para a impetração, amplamente discutida no julgado (fls. 435/437). Em relação aos precedentes do STF mencionados a propósito dessa questão, dedica-se o embargante a dar-lhes interpretação diversa da que foi dada pelo acórdão, sem, no entanto, indicar qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

2. Por outro lado, a contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo, como quando, por exemplo, o dispositivo não decorre logicamente da fundamentação.

3. Com tudo isso, evidencia-se, nas razões dos embargos, a intenção de ver reaberta a discussão das questões decididas no acórdão, finalidade que não se coaduna com a disciplina dos embargos de declaração.

4. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração. É o voto.

VOTO ANTECIPADO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro Teori Albino Zavascki para dar provimento aos embargos de declaração, anulando a decisão de mérito, a fim de determinar o retorno dos autos ao 2º grau para apreciá-lo.

VOTO ANTECIPADO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para acompanhar a divergência, no sentido de acolher os embargos de declaração.

VOTO-VOGAL (ANTECIPADO)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Srs. Ministros, o recurso ordinário surgiu em substituição às apelações e aos agravos que eram dirigidos aos Tribunais Superiores. A doutrina passou a preconizar a aplicação a esses recursos ordinários no mesmo regime jurídico das apelações dirigidas aos Tribunais Superiores. Se assim não bastasse, o art. 540 do Código de Processo Civil dispõe:

“Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.”

Os regimentos internos, evidentemente, não dispõem sobre a profundidade nem sobre a extensão do efeito devolutivo desses recursos. O que importa é que a Constituição prevê tais recursos, ou seja, não estamos criando um recurso a mais na Constituição. A profundidade e a extensão do efeito devolutivo são matérias infra-constitucionais, e o CPC, no art. 540, submeteu esses recursos ao regime da apelação.

Rejeito os embargos de declaração.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de embargos de declaração opostos por Goiânio Borges Teixeira e outros ao acórdão proferido em recurso ordinário em mandado de segurança, da relatoria do Ministro Teori Zavascki.

O eminente Relator rejeitou os embargos de declaração, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, sendo que o Ministro José Delgado inaugurou divergência “... para dar provimento aos embargos de declaração, anulando a decisão de mérito, a fim de determinar o retorno dos autos ao 2º grau para apreciá-lo.”

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão, que diz respeito à aplica-

bilidade ou não, à hipótese dos autos, da disposição do parágrafo 3º do art. 515 do CPC, em caso de recurso ordinário em mandado de segurança.

O acórdão embargado foi assim ementado:

“Mandado de segurança. Oficial do Cartório de Protestos de Títulos do Distrito Federal. Impetração em defesa das prerrogativas do cargo.

1. Em mandado de segurança, admite-se personalidade judiciária a órgão sem personalidade jurídica própria, quando a impetração tem por objeto a tutela dos chamados ‘direitos-função’.

2. Admite-se, conseqüentemente, a legitimidade dos sucessores no cargo para assumir o pólo ativo da impetração em caso de remoção ou morte do impetrante originário.

Recurso ordinário em mandado de segurança. Reforma do acórdão que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Viabilidade do imediato exame do mérito da impetração, atendidos os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC.

1. Reformando o acórdão que extingue o processo sem julgamento do mérito, cumpre ao STJ apreciar, desde logo, o mérito da impetração, se presentes os pressupostos do art. 515, § 3º, do CPC, aplicável por analogia.

2. No caso dos autos, a questão de mérito é exclusivamente de direito e não há empecilho ou pendência a inviabilizar a sua apreciação.

Administrativo. Protesto de Títulos no Distrito Federal. Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça, atribuindo aos tabeliães de notas a competência para lavrar protestos. Ilegitimidade.

1. Segundo decidiu o STF, ‘o artigo 1º do Decreto-Lei n. 246/1967, versando sobre competência de serventias extrajudiciais, foi revogado pela Lei n. 6.750/1979, que dispõe sobre a nova Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios’ (AgRg na Reclamação n. 344-2/DF, Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06.12.2001).

2. Por ser incompatível com a Lei n. 6.750/1979, é ilegítimo o Provimento n. 10/1990 da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal que conferiu aos Cartórios de Notas atribuições para protestar títulos.

3. Recurso ordinário provido para conceder a ordem.”

Como se vê da ementa, o tema já havia sido apreciado por ocasião do julgamento do recurso ordinário, quando, em voto-vista, o Ministro José Delgado acompanhara o Relator, quanto a esse tópico, em decisão fundamentada.

Naquela oportunidade igualmente acompanhei o voto do Relator quanto ao alcance da disposição do parágrafo 3º do art. 515, em relação ao recurso ordinário em mandado de segurança, mas, em face da divergência verificada quando do julgamento dos embargos, pedi vista dos autos para reexaminar a questão.

O tema apresenta divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois, anteriormente ao advento da Lei n. 10.353, de 26.12.2001, quando extinto o processo sem julgamento do mérito, a apelação se resumia à apreciação das razões dessa extinção e, quando reformado o julgado em apelação, os autos retornavam ao Juízo de origem para a apreciação do mérito.

No entanto, com o acréscimo do parágrafo 3º do art. 515 do CPC (“Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”), estariam autorizados os Tribunais a julgar desde logo a causa, se atendidos os dois requisitos legais: a) se o mérito tratar de questão exclusivamente de direito e b) se a causa estiver em condições de imediato julgamento.

A partir daí, outra questão surgiu — se, em caso de recurso ordinário perante os Tribunais Superiores, regulados pelo art. 539 do CPC (que abrangem, dentre outros, os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios) aplicar-se-ia a regra do art. 515, § 3º, do CPC, em face mesmo do que dispõe o art. 540 do CPC (“Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.”).

O Regimento Interno deste Tribunal, ao tratar do recurso ordinário em mandado de segurança, dispõe no art. 247: “Aplicam-se ao recurso ordinário em mandado de segurança, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no Tribunal recorrido, as regras do Código de Processo Civil relativas à apelação”.

Em face da norma regimental, não há dúvida, portanto, de que em recurso ordinário de mandado de segurança aplicar-se-ia a norma do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, podendo o Relator, quando ocorrer extinção do processo sem julgamento do mérito, apreciar o recurso em toda a sua amplitude, e, afastando a precoce extinção do processo, julgar o mérito do **mandamus**.

Da exegese dos dispositivos legais referidos pode-se extrair a conclusão de que, em caso de recurso ordinário em mandado de segurança, este Tribunal pode analisar o mérito do recurso, se este abrange questão exclusivamente de direito e se

a causa estiver apta a ser julgada, observando-se que, em relação à ação constitucional de mandado de segurança, onde a prova é pré-constituída, o mérito abrange, salvo hipótese atípica, questão exclusivamente de direito.

A doutrina, majoritariamente, apóia essa conclusão.

Cândido Dinamarco, em sua obra “A Reforma da Reforma” (Malheiros Ed., 5ª ed., p.163), assim se manifesta: “No *recurso especial e no extraordinário* é mais problemática a operacionalização da técnica permitida por esse parágrafo, dada sua sujeição a pressupostos de admissibilidade muito precisos e conseqüente estreiteza da devolução possível. Mesmo assim, quando satisfeitos aqueles requisitos e os do próprio § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, não deixa de ser razoável que também o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pratiquem o que ele preconiza, sem prejuízo para as partes e para a efetividade de uma Justiça mais rápida, ou menos morosa do que é.”

Outro não é o entendimento de **Estêvão Mallet**: “Se o recurso é interposto em processo de competência originária do Tribunal, nos casos do art. 539 do CPC, a regra do § 3º do art. 515 do CPC, satisfeitos os seus pressupostos específicos, tem plena aplicação. Daí por que, extinta ação envolvendo Estado estrangeiro sem exame do mérito, por considerar-se ilegítima qualquer das partes envolvidas na lide, a reforma da decisão devolve ao Superior Tribunal de Justiça, não havendo necessidade de novas provas, o exame do mérito do litígio. Julga-se logo o pedido, sem necessidade de baixa dos autos ao Tribunal de origem.” (‘Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito (Lei n. 10.352)’, in “Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis”, Coord. **Nelson Nery Jr.** e **Teresa Arruda Alvim Wambier**, São Paulo: ed. RT, 2003, p.198).

E mais: “Cumpre advertir que o recurso ordinário, interposto na forma do art. 539 do CPC para o STF ou STJ, quando denegatória a decisão proferida em mandado de segurança, contém os mesmos requisitos da apelação, aplicando-se-lhe a disciplina própria desta última. Assim, quando do julgamento do recurso ordinário, o STF ou STJ poderá, afastando a extinção prematura do feito, prosseguir no julgamento para adentrar no exame do mérito, sobretudo quando o recurso ordinário for interposto em mandado de segurança, haja vista não haver matéria de prova a ser destrinchada no juízo de origem. É que, como se sabe, no mandado de segurança são apreciadas, apenas, matérias de direito, refugindo do seu âmbito a análise de fatos que dependem de comprovação a ser feita mediante dilação probatória. Significa que o novo § 3º do art. 515 do CPC aplica-se não somente à apelação, mas igualmente ao recurso ordinário em mandado de segurança, interposto para o STF ou STJ, nas hipóteses elencadas no art. 539 do CPC.” (**Leonardo José Carneiro da Cunha**, “Inovações no Processo Civil”, Dialética, São Paulo: 2002, p. 86).

A jurisprudência, por sua vez, embora não uniforme, prestigia essa orientação, e, além do precedente referido pelo Ministro-Relator (AgRg no RMS n. 12.415/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp), outros julgados acompanham o mesmo entendimento, **v.g.**: RMS n. 11.931/PA, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 27.04.2004, p. 287, RMS n. 16.353/DE, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 08.06.2004, RMS n. 15.758/RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.03.2004, p. 177, RMS n. 17.113/MG, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 24.08.2004.

Portanto, reexaminando o tópico mencionado, reafirmo o entendimento anteriormente manifestado, quando do julgamento do recurso.

Acrescento, por último e no que concerne aos embargos de declaração, não vislumbrar, no r. julgado embargado, os apontados defeitos do acórdão, por entender inócuentes a omissão e a contradição alegadas, acompanhando o voto do Ministro-Relator.

Assim, rejeito os embargos declaratórios.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 497.267 — PR (2003/0010734-7)

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Direty Distribuidora de Revistas Ltda

Advogados: Marcos Tadeu Gaiott Tamaok e outro

Embargada: Fazenda Nacional

Procuradores: Rômulo Ponticelli Giorgi Júnior e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de obscuridade e contradição. Denúncia espontânea. Parcelamento. Não-configuração do instituto mesmo após o adimplemento de todas as parcelas.

1. A caracterização do instituto da denúncia espontânea ocorre no momento em que o devedor antecipa-se à ação do Fisco e confessa a existência de um débito junto a este, pagando-o integralmente. Não se pode conceber que uma empresa, após confessar a existência de uma dívida fiscal, efetuar o parcelamento e quitá-lo sem qualquer ressalva, postule em juízo o reconhecimento da denúncia espontânea e a garantia de compensação com valores pagos a título de multa moratória.

2. Em nenhum momento houve pagamento indevido ou a maior que possa justificar a compensação. A embargante nada mais fez do que cumprir sua obrigação ao efetuar, em dia, o pagamento de todas as parcelas referentes aos valores não adimplidos na data correta, devidamente acrescidos da multa moratória.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 03.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de embargos de declaração (fls. 247/251) opostos por Direty Distribuidora de Revistas Ltda questionando acórdão proferido em sede de recurso especial, de minha relatoria, e assim ementado (fl. 245)

“Tributário. Denúncia espontânea. Parcelamento do débito. Multa moratória. Aplicabilidade. Entendimento da Primeira Seção.

1. O instituto da denúncia espontânea exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo Fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte.

2. A denúncia espontânea não foi prevista para que favoreça o atraso do pagamento do tributo. Ela existe como incentivo ao contribuinte para denunciar situações de ocorrência de fatos geradores que foram omitidas, como é o caso de aquisição de mercadorias sem nota fiscal, de venda com preço registrado aquém do real etc.

3. Nos casos em que há parcelamento do débito tributário, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cum-

primimento da obrigação foi desmembrado, e só será quitada quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do art. 158, I, do mencionado **Codex** (REsp n. 284.189/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, julg. em 17.06.2002, Primeira Seção).

4. Recurso especial provido.”

A embargante aponta a existência de obscuridade e contradição no aresto. Sustenta que a posição tomada pelo Superior Tribunal de Justiça não se ajusta à situação específica dos autos, uma vez que efetuou o pagamento de todas as parcelas, inclusive com juros, multa e correção, antes de buscar a compensação. Pleiteia, por fim, que este Tribunal pronuncie-se, expressamente, sobre (fl. 250):

“a) O caso específico da empresa recorrida, que se preocupou em quitar integralmente todas as parcelas decorrentes do Termo de Parcelamento firmado com a recorrente, com a inclusão da multa, juros e correção, antes de pleitear o benefício da denúncia espontânea, fugindo, portanto, das situações previstas no v. acórdão.

(...)

b) impondo-lhe efeito infringente, alterar a conclusão da r. decisão, reconhecendo o direito da recorrida em beneficiar-se do fenômeno da denúncia espontânea prevista no § único do artigo 138 do Código Tributário Nacional, negando provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, mantendo o contido no v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região ...”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A embargante alega a existência de obscuridade e contradição no acórdão recorrido. Sustenta que a fundamentação utilizada pela Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça não se enquadra na realidade fática sobre a qual versam os autos. Dispensa enorme esforço argumentativo na tentativa de caracterizar a denúncia espontânea quando o débito confessado, acrescido de juros e multa moratória, foi completamente adimplido através de parcelamento. Sustentado isso, pugna pela garantia da compensação dos valores pagos a título de multa moratória com parcelas vincendas das próprias contribuições cujo débito confessou.

Não há razão com a embargante. A caracterização do instituto da denúncia espontânea ocorre no momento em que o devedor antecipa-se à ação do Fisco e confessa a existência de um débito, pagando-o integralmente. Não se pode conceber que uma empresa, após revelar a existência de uma dívida fiscal, efetuar o parcelamento e quitá-lo sem fazer ressalva, postule em juízo o reconhecimento da denúncia espontânea e a garantia de compensação com valores pagos a título de multa moratória.

Confirma-se a impossibilidade da pleiteada compensação pelo disposto nos artigos 170, **caput**, do CTN (“A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”) e 66, **caput**, da Lei n. 8.383/1991 (“Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.”). Da leitura conjunta de tais dispositivos legais, aduz-se, com facilidade, o fato de que a situação em tela não se enquadra em nenhuma das possibilidades legais. De fato, em nenhum momento houve pagamento indevido ou a maior. A embargante nada mais fez do que cumprir sua obrigação ao efetuar, em dia, o pagamento de todas as parcelas referentes aos valores não adimplidos na data correta, devidamente acrescidos da multa moratória.

Ao mais, renovo todos os argumentos trazidos no bojo do voto condutor do **decisum** embargado e, a fim de eliminar quaisquer resquícios de dúvida em torno de sua correição, transcrevo-o na íntegra (fls. 239/243):

“Em 13.03.2001, a Direty Distribuidora de Revistas Ltda, empresa recorrida, impetrou mandado de segurança preventivo contra ato do Delegado da Receita Federal em Maringá — PR objetivando o reconhecimento da existência de indébito relativo às multas moratórias em decorrência de denúncia espontânea, nos termos do art. 138, parágrafo único, do CTN.

Alega ter direito a promover a compensação das multas indevidamente pagas com outras espécies tributárias, quais sejam, Cofins, PIS, IRPJ e CSLL, haja vista ter-se configurado, na espécie, denúncia espontânea pelas razões seguintes (fl. 03):

‘(...)

Ultrapassadas as dificuldades financeiras que lhe assoreavam, a Impetrante, contribuinte cordata e cônica de suas obrigações fiscais,

espontaneamente, antes mesmo de qualquer procedimento administrativo fiscal tendesse a exigir o recolhimento daqueles tributos, procurou em 1995, a Delegacia da Receita Federal local, com o objetivo de regularizar sua situação junto àquele órgão.

Assim, munido daquele intuito, não lhe restando outra alternativa, buscou junto à DRE, o parcelamento dos tributos em aberto, abrangendo o período retromencionado, consoante denota-se através das cópias autenticadas dos Termos de Parcelamentos em anexo, cujos Processos Administrativos foram autuados respectivamente sob os ns. 10950-000.305/94-35; 10950-000.304/94-72; 10950-001.660/95-01; 10950-001.661/95-66; 10950-001.659/95-66 e 10950-001.662/95-29.

Veja, Excelência, que a Impetrante, espontaneamente, prontificou-se em recolher e cumprir as suas obrigações tributárias, quitando integralmente os mencionados parcelamentos.

No entanto, nos aludidos parcelamentos consolidados, além do valor originário, aplicação da Ufir, mais os juros pela taxa Selic, incidiu ainda, a multa 'moratória', que, **concessa venia**, não era devida em razão da denúncia espontânea praticada pela impetrante, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, face ao disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional e parágrafo único.

(...)

Com efeito, a impetrante pretende via administrativa proceder à compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de multa moratória, com as parcelas vincendas dos respectivos tributos que deram origem ao indébito ora pleiteado, tudo devidamente corrigido, nos mesmos moldes em que a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.'

O acórdão recorrido reconheceu procedente a pretensão da empresa, afirmando em sua ementa (fl. 201):

'Tributário. Denúncia espontânea. Confissão de dívida acompanhada de pedido de parcelamento. Exclusão de multa. Art. 138 do CTN.

1. A confissão espontânea da dívida, antes de qualquer ação fiscalizatória da Fazenda Pública, acompanhada de pedido de parcelamento, enseja a aplicação do art. 138 do CTN, eximindo o contribuinte das penalidades decorrentes de sua falta. Exigir o pagamento integral desvirtuaria o próprio objetivo do instituto, que optou por estimular o adimplemento espontâneo e valorizar a boa-fé do contribuinte.

2. O art. 138 do CTN não faz distinção entre multa moratória e multa punitiva, nem a infrações de natureza substancial ou formal, aplicando-se o favor legal da denúncia espontânea a qualquer espécie de multa.’

A Fazenda Nacional, em sede do presente recurso especial, alega violação ao art. 138 do CTN, desenvolvendo os seguintes fundamentos (fls. 215/216):

‘O acórdão considerou configurada a denúncia espontânea pelo pedido de *parcelamento*, que, evidentemente, não se constitui em pagamento integral, violando o disposto no art. 138 do CTN.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em seu Informativo n. 139, de 21 de junho de 2002, esclareceu a correta interpretação do art. 138, do CTN:

‘No caso, o contribuinte em mora no pagamento do ICMS confessou a dívida e requereu seu parcelamento. Contudo, insurge-se contra a aplicação pela Fazenda Pública da multa moratória, amparando-se no instituto da denúncia espontânea. A Seção negou provimento ao recurso remetido pela Segunda Turma, entendendo que se aplica, na espécie, a Súmula n. 208/TFR. Assim sendo, quando há parcelamento do débito tributário, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, uma vez que o cumprimento da obrigação foi desmembrado e só será quitado quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento e a este não substitui, mesmo porque não há presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais, igualmente, serão adimplidas, nos termos do art. 158 do CTN. Precedentes citados: REsp n. 114.459/SP DJ de 13.08.2001, e REsp n. 193.530/RS, DJ de 1^a.03.1999’. REsp n. 284.189/SP Relator Ministro Franciulli Netto, julgado em 17.06.2002.

Esta decisão, proferida pela egrégia Primeira Seção do STJ, envolve todos os Ministros competentes para a apreciação do direito tributário infraconstitucional e sepulta a discussão acerca da correta interpretação do dispositivo em todo o território nacional.’

A recorrida defende a configuração da denúncia espontânea e a possibilidade de parcelamento, insistindo pela confirmação do aresto de segundo grau.

Duas questões apresentam-se para análise, a fim de bem ser aplicado o instituto da denúncia espontânea.

A primeira tem vinculação com a definição de ser o parcelamento forma de pagamento, por este ser exigido para fins de aplicação do art. 138 do CTN.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, conforme consta no Informativo n. 139, de 21.06.2002, por maioria, consolidou entendimento na linha do apresentado pela recorrente à fl. 215. A conclusão firmada aponta por não se considerar parcelamento sinônimo de pagamento. O efeito desse diferencial é o de afastar, ocorrendo parcelamento, a denúncia espontânea.

Em julgados anteriores manifestei-me em sentido contrário.

Acosto-me, contudo, ao novo posicionamento da Seção, especialmente, quando o parcelamento decorre de tributos devidos e cujos valores foram apurados em decorrência de autolançamento, isto é, por indicação do contribuinte, em sua própria escrita fiscal, como é o caso em exame.

Essa é a segunda questão que merece ser analisada.

A empresa recorrida confessou que, não obstante ser devedora do Finsocial, Cofins, PIS, IRPJ e CSLL, conforme documento de fls. 23/26, não liquidou, na época própria, os valores devidos. Ela própria efetuou o autolançamento, apurando a base de cálculo e determinando o **quantum** a ser recolhido. Apenas no vencimento deixou de cumprir a sua obrigação. Esse tipo de lançamento, chamado, também, por homologação, presume-se verdadeiro até que o Fisco o desconstitua ou deixe decorrer o prazo para examiná-lo.

Efetuada o lançamento por homologação, cuja responsabilidade é do contribuinte, surge para este a obrigação de antecipar o pagamento do valor apurado sem prévio exame da autoridade administrativa.

Ocorrendo tal fenômeno tributário, o valor do tributo deve ser recolhido ao Fisco na data do vencimento, sob pena de incidência de multa e juros de mora.

Não há, portanto, possibilidade, nesta situação, de o contribuinte ser beneficiado pelo instituto da denúncia espontânea. Esta exige que nenhum lançamento tenha sido feito, isto é, que a infração não tenha sido identificada pelo Fisco nem se encontre registrada nos livros fiscais e/ou contábeis do contribuinte.

A denúncia espontânea não é instituto que favoreça o atraso do pagamento do tributo. Ela existe como incentivo ao contribuinte para denunciar

situações de ocorrência de fatos geradores que foram omitidas, como é o caso de aquisição de mercadorias sem nota fiscal, de venda com preço registrado aquém do real etc.

Ao ser firmado entendimento da ocorrência de denúncia espontânea no caso de tributo recolhido com atraso, após a sua devida apuração, desapareceria a incidência da multa punitiva aplicável para esse procedimento.

Em face do exposto, pelos motivos expostos, dou provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

É como voto.”

Posto isso, rejeito os embargos de declaração em exame.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 24.130 — SP (2002/0105865-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Impetrante: Mariângela de Campos Machado

Impetrada: Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Paciente: Nânci da Graça Dias

EMENTA

Habeas corpus. Depositário infiel. Ação de execução proposta há cerca de 20 anos. Bens penhorados atualmente desprovidos de valor econômico. Impossibilidade de efetividade da penhora.

I - A prisão de devedor que assumiu o encargo de depositário de bem penhorado só deve acontecer quando a garantia não for encontrada, se ficar absolutamente provado que ele agiu de modo comissivo ou omissivo para o desaparecimento. (HC n. 19.834/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 25.03.2002, p. 178).

II - Comprovado que os bens penhorados não se prestam à penhora, por circunstâncias alheias à vontade da depositária, deve ser excluída a decretação da medida restritiva.

III - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 09.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de **habeas corpus** impetrado por Mariângela de Campos Machado, figurando como paciente Nanci da Graça Dias, apontando como autoridade coatora a Décima Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

O presente feito resulta do julgamento proferido no agravo de instrumento, em que a paciente impugna mandado de prisão em face de ter sido considerada depositária infiel.

Explicita que era companheira de Takashi Yjichi integrando uma sociedade comercial prestadora de serviços de limpeza, tendo a empresa sofrido execução fiscal em 1982, decorrendo a penhora de 34 enceradeiras.

A paciente afirmou que assumiu a condição de depositária dos bens sem saber do alcance de tal responsabilidade, uma vez que seu companheiro era quem geria o negócio, tendo ele guardado as tais enceradeiras na casa de um amigo, que teria tomado rumo ignorado.

Assevera que as enceradeiras teriam hoje mais de 25 anos, sendo impossível restitui-las e mesmo que existissem não serviriam ao seu propósito. Observa que é dona de casa, não tendo qualquer condição de pagar o equivalente em dinheiro, tendo como único bem os direitos decorrentes de compromisso de compra e venda sobre lote de terreno de 600m², no Estado de São Paulo.

Pugna pela revogação do mandado de prisão.

Às fls. 64/65, deferi a liminar, revogando o mandado prisional.

Parecer do Ministério Público pela confirmação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A ordem há de ser concedida, nos termos do parecer do douto Ministério Público Estadual, **verbis**:

“...A segregação do depositário, por expressar medida excepcional admitida na Constituição Federal para prisão por dívida, deve mostrar-se suficientemente fundamentada e ostentar efetiva utilidade prática, sob pena de se converter em indevida expiação do devedor impossibilitado de cumprir a obrigação, sendo certo que não é dado exigir-se de alguém que faça o impossível.

Cabe lembrar, ainda, que, na interpretação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que se destina, não nos parecendo, no presente caso, que a prisão civil da paciente atenda, atualmente, tal mandamento.”

Conforme se observa, é impossível para a paciente efetuar a entrega do bem penhorado, em face das circunstâncias presentes para a hipótese dos autos.

A prisão do depositário infiel tem como objetivo constranger o remisso a entregar a coisa ou pagar o valor correspondente. Para a hipótese dos autos, a prisão da paciente não cumprirá o objetivo propugnado, servindo apenas como exemplo para a sociedade.

Sobre o assunto confira-se o julgado, **verbis**:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Depositário infiel.

1. A prisão de devedor que assumiu o encargo de depositário de bem penhorado só deve acontecer quando a garantia não for encontrada, se ficar absolutamente provado que ele agiu de modo comissivo ou omissivo para o desaparecimento.

2. Bem que se afirma ter sido furtado por terceiros.

3. Discussão sobre a efetividade e a eficácia do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento jurídico.

4. **Habeas corpus** concedido.” (HC n. 19.834/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 25.03.2002, p. 178).

O nobre membro do *Parquet* Federal, manifestando-se às fls. 770/777, emitiu o seguinte comentário:

“Bem de ver que, como a prisão, no caso em testilha, não tem as características de retribuição e castigo que caracterizam a sanção penal, perfilho a

tese de que a impossibilidade da prestação devida por circunstâncias alheias à vontade da paciente deve excluir a decretação da medida restritiva, motivo pelo qual coaduno-me ao r. **decisum** exarado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator, abstendo-me de interpor o recurso cabível para atacar a decisão.

É o que, por ora e **pro justitia**, se tem a registrar”.

Tendo em vista as circunstâncias que envolvem os eventos e, atendendo às condições peculiares do caso em tela, *concedo* o *writ*, confirmando o **decisum** de fl. 64.

É o voto.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.554 — PR (2002/0035633-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: URBS — Urbanização de Curitiba S/A

Advogados: Sidney Martins e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba — PR

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: José Antônio Peres Gediél e outros

EMENTA

Processo Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Sentença que condena terceiro que não integrou a lide. Trânsito em julgado da decisão. Terceiro prejudicado. Cabimento do mandado de segurança. Afastamento dos efeitos da sentença em relação ao terceiro.

I - O terceiro prejudicado por decisão judicial, prolatada em processo do qual não foi parte, pode impetrar mandado de segurança para defender direito violado, mesmo que a decisão tenha transitado em julgado, vez que o processo judicial transcorreu sem o seu conhecimento.

II - A URBS — Urbanização de Curitiba S/A é a responsável pela aplicação das multas de trânsito de competência do Município e também

pela notificação destas ao proprietário do veículo. Por esta razão, é imprescindível que integre o pólo passivo de ação que visa à liberação do licenciamento do veículo independentemente do pagamento das multas, a fim de que possa apresentar os comprovantes das notificações efetuadas e, dessa forma, afastar a incidência da Súmula n. 127 do STJ.

III - Recurso ordinário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 15.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela URBS — Urbanização de Curitiba S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Mandado de segurança — Ato judicial — Direito líquido e certo não violado — Indeferimento da inicial, revogando-se a liminar anteriormente concedida — Extinção do processo.

A inexistência de direito líquido e certo, resultante de fato certo e capaz de ser comprovado de plano, não constitui fundamento para impetração de ação mandamental.”

Notícia o recorrente que o senhor Climar Antonio Lorenzi impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito do Estado do Paraná — Detran/PR, visando obter ordem para que lhe fosse liberado o licenciamento do veículo, independentemente do pagamento das multas de trânsito sobre ele pendentes. Este Mandado de Segurança recebeu o n. 30.255.

Diz que, em razão de sentença prolatada naquele feito, adveio ofício do Juízo da causa determinando que a URBS — Urbanização de Curitiba S/A, que não participou daquele **mandamus**, desvinculasse as multas de trânsito de sua competência do licenciamento do veículo do antedito usuário.

Por esta razão, a URBS — Urbanização de Curitiba S/A impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, alegando, em síntese, que não fora chamada a participar daquele Mandado de Segurança n. 30.255, não havendo prestado qualquer informação a respeito das multas municipais de sua competência e, por esta razão, não poderia ser atingida por decisão proferida naquele processo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, entendendo ausente o direito líquido e certo da impetrante, ora recorrente, extinguiu a ação mandamental sem julgamento do mérito.

Em suas razões de recurso, afirma a recorrente que o Juízo do Mandado de Segurança n. 30.255, em suas informações, alegou que proferiu sentença apenas no sentido de determinar a renovação do licenciamento do veículo, independentemente do recolhimento das multas de trânsito que sobre ele pendiam, — não as anulando —, tendo o Tribunal **a quo**, equivocadamente, seguido a trilha da informação.

Diz que, justamente neste ponto, reside a ilegalidade do ato impugnado, haja vista que a determinação de liberar o licenciamento do veículo deu-se com fundamento na ausência de notificação da aplicação das multas ao proprietário, a fim de lhe ser proporcionado o direito de defesa.

Questiona como o Detran/PR poderia demonstrar a devida notificação em relação às multas impostas de competência do Município.

Por fim, pede a reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, para o fim de anular a sentença singular, proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 30.255, de molde a desobrigar a recorrente do cumprimento da decisão.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Preliminarmente, quanto ao cabimento do mandado de segurança à espécie, tenho que, na hipótese dos autos, são inaplicáveis as Súmulas ns. 267 e 268, do Supremo Tribunal Federal, vez que é incontestado nos autos que a recorrente somente ficou sabendo da sentença prolatada

no Mandado de Segurança n. 30.255 quando já ocorrera o trânsito em julgado da decisão. Assim, não há como ser negado à recorrente o acesso à Justiça.

Este Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 202 que, embora não retrate exatamente a hipótese **sub judice**, tem como escopo permitir o acesso do terceiro prejudicado.

Por esta razão, em hipóteses tais, deve o Judiciário receber a impetração de terceiro atingido em seu direito, por decisão prolatada em processo judicial para o qual não foi citado ou intimado, vez que patente o prejuízo, sendo irrelevante que a decisão judicial impugnada tenha transitado em julgado. Ademais, o raciocínio contrário acarretaria violação aos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472 do Código de Processo Civil), isto é, as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, visto que admitiríamos que os efeitos da decisão judicial, proferida em ação cautelar atingiriam, de forma direta, quem não foi parte do processo.

Com este entendimento, transcrevo os julgados:

“I - Processual — Mandado de segurança — Terceiro prejudicado — Recurso — Interposição — Súmula n. 202.

II - Decisão judicial — Extensão — Terceiros — Nulidade — CPC, art. 472. Interposição

I - “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.” (Súmula n. 202)

II - “É nula, por ofensa ao art. 472 do Código de Processo Civil decisão que estende dispositivo de acórdão a pessoa que não integrou.” (RMS n. 12.418/PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.10.2002, p. 171)

“Processual — Sentença que declara indisponibilidade do patrimônio de pessoas alheias à relação processual — Nulidade — Ineficácia — Mandado de segurança — Recurso de terceiro prejudicado — Pendência de recurso com efeito suspensivo.

I - Ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão.

II - É lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível.

III - É nula e ineficaz, por ofender os artigos 460 e 472 do CPC, a sentença que, sem requerimento do autor, decreta a indisponibilidade de bens pertencentes a terceiros, alheios à relação processual.

IV - A circunstância de a sentença estar sob desafio de recurso com efeito suspensivo não lhe retira o potencial ofensivo, nem a imuniza contra mandado de segurança em favor de terceiro prejudicado.” (RMS n. 11.383/PB, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.09.2002, p. 146)

“Processo Civil. Mandado de segurança contra ato judicial. Terceiro alcançado pela coisa julgada formada em processo de que não participou. Cabimento do mandado de segurança. Necessidade do exame do mérito do *writ* que não resta prejudicado pela declaração de intempestividade da apelação posteriormente interposta pelo terceiro contra o mesmo ato. Acórdão originário que ao declarar prejudicado o feito incorreu em negativa de prestação jurisdicional. Recurso ordinário provido. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para apreciar o mérito da segurança pleiteada.

I - Como assinalou Athos Gusmão Carneiro, na qualidade de Ministro-Relator do RMS n. 1.114/SP, da Quarta Turma, “o princípio de que o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal aplica-se entre partes, mas não incide em se cuidando de segurança impetrada por terceiro, prejudicado em seu patrimônio pelo ato judicial”.

II - Estando o pedido veiculado na inicial dirigido contra o ato do Juiz da execução, e não se referindo à comunicação de efeito suspensivo àquele recurso, cumpria ao Tribunal de origem apreciar tal pedido, tendo incorrido em negativa de prestação jurisdicional ao deixar de fazê-lo, afirmando que a intempestividade da apelação deixara prejudicado o mandado de segurança.

III - Tendo a interposição da apelação sido posterior à impetração, não se pode entrever na espécie a preclusão consumativa no que tange à pretensão veiculada na ação mandamental.

IV - Acolhida preliminar de falta de interesse jurídico da impetrante na instância originária, a cassação dessa decisão na instância revisora impõe o retorno dos autos ao Colegiado originário para apreciação do pedido quanto ao mérito.

V - Defere-se o levantamento, pela impetrante-recorrente, mediante caução, da importância penhorada, levando em consideração que a causa já estaria suficientemente madura para autorizar esse ato, evitando-se maiores prejuízos à parte impetrante. Esse entendimento, embora ainda não vigente, de que é possível adentrar o mérito, reflete o pensamento dominante na doutrina brasileira, com largo reflexo na jurisprudência.” (RMS n. 13.065/MA, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 03.06.2002, p. 208)”

A sentença proferida no mandado de segurança impetrado pelo Sr. Climar Antonio Lorenzi, de onde partiu o ato impugnado, nos trechos que interessam ao deslinde deste recurso, assim foi lavrada:

“Também não há que se falar na notificação de outras autoridades, pois o impetrante insurgiu-se contra ato praticado pela autoridade de cobrar previamente multas para o licenciamento do veículo e não por outros motivos, conforme bem elaborado trabalho pelo Dr. Promotor de Justiça.

No mais, o impetrante afirmou que não foi notificado das diversas multas lançadas contra si.

Em contrapartida, a autoridade coatora, além de afirmar sobre a legalidade do ato, manifestou-se no sentido da prévia notificação e ainda juntou documentos desta origem.

Todavia, tais documentos são insubsistentes para amparar a alegação da autoridade, pelo fato de não representar todas as multas lançadas contra o impetrante, além das notificações não terem sido realizadas de forma pessoal.

(...)

Não ocorrendo a prévia notificação com os ditames legais, prejudicada ficará a sua oportunidade de defesa, não podendo, pois, a autoridade coatora determinar o recolhimento de tais valores para a obtenção da certidão negativa.

(...)

Isto posto, julgo procedente o pedido inicial, para o fim de conceder a segurança alternativa pleiteada para suspender o recolhimento das multas apontadas, devendo isto ser alvo de outro procedimento administrativo nos termos dos arts. 5º, LXIX, CF, c.c. o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

(...)

Curitiba, 27 de janeiro de 1999.” (Grifei)

A primeira observação a ser feita é no tocante ao reconhecimento que o Juiz faz, na sentença, sobre a insuficiência dos documentos para amparar a alegação da autoridade. No entanto, três parágrafos antes, o magistrado afirmou que não havia necessidade de notificação de outras autoridades. Se estas autoridades tivessem sido notificadas, este novo *writ* poderia ter sido evitado.

Em 08 de março de 2000, a Promotoria de Justiça atuante junto àquela Vara, prestou a seguinte informação nos autos:

“Meritíssimo Juiz:

Deve ser acatado em parte o que solicitou o impetrante em seu requeri-

mento de fl. 212, oficiando-se à autoridade coatora informando que a sentença que concedeu a segurança abrange todas as multas que estavam sendo exigidas do impetrante, inclusive as emitidas por outros órgãos, devendo o Detran conceder a renovação do licenciamento independente da exigência daquelas multas.”

Na data de 18 de abril de 2000, o Juiz daquela causa encaminhou ofício ao Detran/PR, do qual a recorrente teve ciência em 28 de abril de 2000, lavrado nestes termos:

“Senhor Diretor,

Atendendo ao contido no Processo n. 30.255 de mandado de segurança urgente com pedido de liminar, em que Climar Antonio Lorenzi promove contra Diretor do Departamento de Trânsito do Paraná — Detran, informo à Vossa Senhoria que a sentença abrange todas as multas que estavam sendo exigidas ao Impetrante, devendo este órgão conceder a renovação do licenciamento independente da exigência daquelas multas, em conformidade com a cópia autêntica da r. sentença de fls. 114/117, das peças de fls. 214, 219 e do despacho de fl. 220, que ficam fazendo parte integrante do presente.”

A partir desta comunicação é que surge o problema: está a se exigir que a URBS — Urbanização de Curitiba S/A, que não foi citada ou intimada a prestar informações nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Sr. Climar Antonio Lorenzi, sofra efeitos da sentença condenatória prolatada naquela causa.

De fato, a Súmula n. 127 deste Superior Tribunal de Justiça prevê que “É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.” No entanto, quem poderia prestar as devidas informações ao Juízo, em relação às autuações relativas à municipalidade, era a recorrente que deveria ter sido citada como litisconsorte passivo necessário.

Não se pode exigir da recorrente, que é a responsável pela notificação do proprietário do veículo quanto às multas de sua competência, cerceando seu direito à demonstração da ocorrência da notificação, que desvincule a cobrança de todas as multas que aplicou da renovação do licenciamento do veículo. Para que isso fosse possível, o Juízo daquele mandado de segurança, impetrado pelo Sr. Climar Antonio Lorenzi, deveria tê-la intimado para que apresentasse os comprovantes das notificações das multas que aplicou. Entretanto, aquele Juízo entendeu que tal intimação era desnecessária.

Também não se pode tornar nula a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 30.255, vez que válida entre partes que daquela ação fizeram parte, perfazendo a coisa julgada **inter omnes**.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para determinar que os efeitos da sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança n. 30.255, pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba — PR, em que é impetrante o Sr. Climar Antonio Lorenzi, não atinjam a URBS — Urbanização de Curitiba S/A.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 426.945 — PR (2002/0043098-0)

Relator : Ministro Teori Albino Zavascki

Relator p/ o acórdão: Ministro José Delgado

Recorrente: Volvo do Brasil Veículos Ltda

Advogados: Cláudio Bonato Fruet e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

Sustentação oral: Dr. Carlos Eduardo Caput Bastos, pela recorrente

EMENTA

Tributário. Regime internacional. Dupla tributação. IRRPF. Impedimento. Acordo GATT. Brasil e Suécia. Dividendos enviados a sócio residente no exterior. Arts. 98 do CTN, 2ª da Lei n. 4.131/1962, 3ª do GATT.

— Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação. Esta vem sendo condenada por princípios que estão acima até da própria norma constitucional.

— O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2ª da Lei n. 4.131/1962, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas.

— O art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados, contratos, e não os tratados-leis.

— Sendo o princípio da não-discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países.

— Supremacia do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário e do art. 3^a do GATT.

— Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, por maioria, vencidos os Srs. Ministros-Relator e Luiz Fux (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro José Delgado, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro José Delgado os Srs. Ministros Francisco Falcão (voto-vista) e Denise Arruda (voto-vista).

Brasília (DF), 22 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 25.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto pela Volvo do Brasil Veículos Ltda, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, em ação declaratória objetivando o reconhecimento da inexistência de relação jurídica que a obrigue à retenção na fonte e ao recolhimento de imposto de renda sobre os dividendos enviados a seu sócio residente na Suécia no ano-base de 1993. O Tribunal Regional Federal da 4^a Região manteve a sentença que julgara improcedente o pedido, ao fundamento de que (a) no direito brasileiro inexiste hierarquia entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, resolvendo-se eventual incompatibilidade pelo critério temporal, razão pela qual a legislação que isentou do imposto de renda na fonte apenas os lucros recebidos por sócios residentes e domiciliados no Brasil (Lei n. 8.383/1991, arts. 75 e 77 e Decreto n. 1.041/1994, art. 751) revogou o texto convencional que assegurava tratamento não discriminatório (“Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda” — promulgada por meio do Decreto n. 77.053/

1976 — artigo 24, 1. a 4.); e (b) inexistência de violação ao princípio constitucional da isonomia, pois não há relação de similitude entre os sócios residentes no Brasil e na Suécia.

Nas razões recursais, alega-se a ofensa aos seguintes dispositivos legais: (a) art. 98 do CTN e art. 24 da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, pois a legislação interna não pode prevalecer sobre os acordos internacionais recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, os quais são revogados somente por meio de denúncia do Estado contratante ou de tratado superveniente; e (b) art. 5º, § 2º, e art. 150, II, da Constituição, pois, além de o tratado internacional sobrepor-se à legislação ordinária interna, tem-se por inconstitucional a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação idêntica. Frisa a equivalência entre os sócios residentes no Brasil e no exterior, evidenciando-se a similitude na circunstância de serem ambos sujeitos passivos da mesma exação tributária, sendo irrelevante o domicílio de cada um. Acrescenta, por fim, que a Convenção em análise constitui regra especial em face da legislação interna do imposto de renda, de caráter geral.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional consignou, prefacialmente, ser inviável a análise de matéria constitucional no recurso especial, e, no mérito, propugna pelo improvimento do apelo.

É o relatório. Peço dia.

EMENTA

Tributário. Imposto de renda retido na fonte. Dividendos remetidos ao exterior. Convenção internacional. Não-discriminação entre nacionais. Conflito com legislação interna.

1. A “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, recepcionada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 70.053/1976, não contém qualquer antinomia com a legislação interna que trata da incidência do imposto de renda retido na fonte sobre dividendos enviados por empresa brasileira a sócio residente na Suécia.

2. Se antinomia houvesse, prevaleceria, na disciplina da matéria, a norma interna superveniente à citada Convenção. É que a eficácia dos tratados, na ordem internacional, subordina-se a formas próprias de criação e revogação distintas das que operam na ordem interna. Uma vez integradas à ordem interna, as normas internacionais estão sujeitas à revogação, segundo a forma estabelecida no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

3. A parte final do art. 98 do CTN deve ser compreendida como aplicável tão-somente aos tratados contratuais.

4. Recurso especial improvido.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A alegada ofensa ao art. 5º, § 2º, e ao art. 150, II, todos da Constituição, não é passível de apreciação na via do recurso especial. No tocante à suposta ofensa ao art. 98 do CTN e ao art. 24 da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, houve o adequado prequestionamento da matéria, devendo ser conhecida a irresignação nesse ponto com base no art. 105, III, **a** da Constituição.

2. Versa a presente demanda sobre a tributação de dividendos enviados por pessoa jurídica brasileira a sócio residente na Suécia no ano-base de 1993. Dispõe o art. 75 da Lei n. 8.383/1991 que “sobre os lucros apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País”. Já o art. 756 do Decreto n. 1.041/1994, reproduzindo o disposto no art. 77 da Lei n. 8.383/1991, determina que “estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior”.

Decorre dessas normas que o lucro distribuído a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada fora do Brasil está sujeito à incidência do imposto de renda retido na fonte. O recorrente, buscando elidir essa conclusão, invoca o conteúdo do Decreto n. 70.053/1976, que promoveu a recepção, em nosso ordenamento jurídico, da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”. Alega que tal regramento deve ser observado ainda que haja lei ordinária posterior em sentido contrário, conforme prescreve o art. 98 do CTN. Considera indevida a retenção do tributo na fonte em razão da disposição contida no art. 24 do referido acordo, que preconiza o tratamento tributário isonômico entre os nacionais brasileiros e suecos na hipótese em apreço.

3. Ao tratar sobre dividendos, a Convenção determina, no item 1 de seu art. 10, que “os dividendos pagos por uma sociedade por um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado”. Logo em seguida estabelece ressalva, dizendo no item 2 que “esses dividendos podem ser

tributados no Estado contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder: a) 15% do montante bruto dos dividendos se o beneficiário for uma sociedade (excluindo-se as sociedades de pessoas); b) 25% do montante bruto dos dividendos em todos os demais casos”.

Portanto, examinando apenas as regras especificamente dirigidas à tributação de rendimentos destinados pela empresa brasileira a sócio residente na Suécia, não se vislumbra qualquer antinomia entre a Convenção e a legislação interna do imposto de renda. A recorrente, contudo, defende que a regra do acordo internacional que enseja o prolapado conflito é o art. 24, caracterizado pela epígrafe “não-discriminação”. Examinemos seus itens:

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.

É permitido concluir, em primeiro lugar, que o regramento contido no art. 10 goza de especialidade em relação ao do art. 24, detendo primazia de aplicação. Conforme visto, a situação fática de que tratam os autos ajusta-se perfeitamente ao suporte fático hipotético daquela norma, e há nela a permissão para que o Estado contratante onde se encontra a empresa remetente dos dividendos tribute-os *na forma de sua legislação*, observados os limites quanto à alíquota.

Resta, então, perquirir se no regramento genérico sobre “não-discriminação” há alguma disposição que se sobreponha às regras do art. 10 e revele a impossibilidade de impor a indigitada exação. Sustenta a recorrente que o item 1 do art. 24 veda o tratamento diferenciado entre os sócios em função do local onde estão domiciliados. Sem razão, porém. O que todas as disposições do art. 24 buscam reprimir é a discriminação *fundada na nacionalidade*. O primeiro sinal inequívoco dessa orientação está na parte final do item 1. Estatui-se que um Estado contratante não pode estabelecer ao nacional do outro Estado “tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa” do que a estabelecida aos nacionais do primeiro Estado, *desde que estejam na mesma situação*. Há significativa diferença entre um nacional estar domiciliado em seu Estado de origem ou no Estado estrangeiro — tanto que a Convenção, em diversas oportunidades, estabeleceu regras específicas para disciplinar a situação do nacional residente em seu Estado de origem quanto a fatos jurídicos ocorridos no Estado estrangeiro. Veja-se a respeito o art. 7, que trata do lucro das empresas, o art. 11, cuidando de juros, o art. 12, sobre *royalties*, o art. 16, disciplinando as remunerações de direção, o já citado art. 10 e, principalmente, a segunda parte do item 3 do próprio art. 24, ao enfatizar que a primeira parte do mesmo item, ao vedar tratamento diferenciado ao estabelecimento permanente que um Estado contratante mantenha no outro Estado, *não implica a concessão de determinados benefícios aos residentes no Estado estrangeiro*. Tal regra expressa inequivocamente que não há como interpretar as normas presumindo a aplicação geral e irrestrita aos nacionais domiciliados em Estados diferentes.

O magistrado de primeiro grau, dr. Nicolau Konkell Júnior, fez exposição precisa sobre a questão:

“Deveras, o item 1 impede a imposição de tratamento tributário diverso em função da nacionalidade do sujeito passivo. Ora, disto o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 não trata. O critério de discriminação eleito por este dispositivo legal é a residência ou o domicílio do sujeito passivo, independentemente de sua nacionalidade. Deste modo, o brasileiro residente e domiciliado na Suécia estará sujeito à mesma carga tributária suportada pelo contribuinte sueco que resida ou esteja domiciliado naquele país, pelo recebimento de lucros e dividendos de empresas localizadas no Brasil”.

Enfim, a presente hipótese é regrada pelo art. 10 da Convenção, o qual em nada se indispõe com a legislação nacional posterior. O item 1 do art. 24 pressupõe perfeita identidade de situações entre os nacionais, o que não se verifica no caso, em que se comparam sócios residentes no Brasil e na Suécia.

4. Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que houvesse antinomia entre o que consta da Convenção Internacional e o que estabeleceu a superveniente legislação interna, ainda assim não teria razão a recorrente. Sobre o tema, em caso análogo, sustentei, em julgamento perante o TRF da 4ª Região, que tal antinomia se resolve, em nosso sistema, pela prevalência da legislação interna. Reproduzo o teor do citado voto:

“Sustenta-se, aqui e acolá, com base no artigo 98 do CTN, que as normas de isenção insertas em tais acordos ou tratados não podem ser modificadas pelo direito ordinário interno superveniente, dada a prevalência que sobre estes tem os tratados e as convenções internacionais. Enfrentemos o tema.

Diante das duas grandes correntes doutrinárias que posicionam os tratados internacionais em face do direito interno — uma afirmando que o tratado é fonte formal de direito positivo interno desde o momento em que é firmado, e a outra que condiciona a vigência interna do tratado a ato legislativo de adaptação da norma internacional à norma nacional — o Brasil, sem sombra de dúvida, filiou-se à segunda corrente. Com isso, enquanto não integrado à legislação interna pelo referendo do Congresso Nacional (art. 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal) o tratado firmado pelo Presidente da República só opera na ordem internacional, não revogando nem suspendendo a eficácia das normas nacionais.

De logo ressalta, portanto, a necessidade de distinguir-se as duas ordens de eficácia dos tratados: a ordem internacional e a ordem interna. Na ordem internacional, o tratado possui forma própria de criação e revogação, diferente da forma de criação e revogação das normas que atuam na ordem interna. A revogação das normas internacionais, na ordem internacional, será a denúncia; a revogação da norma interna, na ordem interna, ocorre com lei posterior (Lei de Introdução, artigo 2º). O tratado internacional, enquanto norma internacional, atuando na ordem internacional, somente será revogado pela denúncia; enquanto norma integrada ao direito positivo interno, porém, sua revogação se dará pelo mesmo processo de revogação das demais espécies normativas da ordem interna. Realmente, se a revogação de um tratado integrado à legislação interna somente fosse possível pela denúncia (forma de revogação na ordem internacional) estar-se-ia dando a tal tratado uma condição superior a das próprias normas constitucionais, pois em nossa Cons-

tuição inexistente dispositivo considerando irrevogável lei positiva pelo fato de ter sua origem em tratado internacional. Em acórdão sempre invocado, proferido no RE n. 80.004 (RTJ 83/809-848) o Supremo Tribunal Federal abordou exaustivamente a matéria em foco, cabendo trazer a lume os seguintes excertos de voto:

‘Não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso Nacional de apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

Do contrário, teríamos, então — e isto sim seria inconstitucional — uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado.

Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou então, poderá ser revogada ou modificada pelo Congresso, como qualquer outra lei’ (voto do Ministro Cunha Peixoto, p. 823).

‘Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não porém, no campo do direito interno. Quando muito poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno.

Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade’. (Voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 829)

‘A Constituição Federal não encerra norma que, na hierarquia das leis, outorgue aos tratados posição de preeminência, exigindo a prévia denúncia deles para que, só então, a legislação interna possa dispor em sentido contrário ao que neles se contenha’ (voto do Ministro Rodrigues Alckmin, p. 840).

Considerando o exposto, bem assim a circunstância de que ao Judiciário compete aplicar o direito vigente na ordem interna, não há como deixar de concluir que, independentemente da revogação do tratado, pela denúncia, na

ordem internacional, a norma interna posterior, incompatível com a do tratado, é de aplicação obrigatória pelos Tribunais. **Triepel**, citado pelo Ministro Cunha Peixoto no RE n. 80.004 (**op. cit.** p. 823) afirma, com inteira propriedade, que ‘o dever de obediência dos súditos perante a lei do Estado é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a esse direito... O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e, especialmente, para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional’.

Até mesmo os que negam que a legislação interna possa revogar norma de tratado internacional, como o Ministro João Leitão de Abreu, não deixam de assegurar que ‘estão os órgãos estatais incumbidos de aplicar o direito obrigados a emprestar eficácia às leis do País, ou seja, ao direito interno, somente se achando autorizados a recusar-lhe autoridade nos casos previstos na Constituição. Entre esses casos se compreendem os de conflito entre a Carta Constitucional e as leis, podendo neles se incluir, também, se para isso houver, na Carta Política, previsão expressa, o de conflito entre lei e tratado internacional ou norma de direito internacional comum... Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao Judiciário competência, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência que me parece inevitável é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com o tratado’.

Os próprios defensores da primazia do direito internacional sobre o interno não encontram alternativa jurídica ao reconhecimento da obrigatoriedade das normas nacionais contrárias a tratado. No dizer de **Francisco Campos** (**op. cit.**, pp. 826/827) ‘**Verdross**, que é o campeão da doutrina do primado do direito internacional sobre o direito interno, reconhece, entretanto, que a lei não deixa de ser obrigatória pelo fato de estar em contradição com o disposto em tratado internacional em que é parte o Estado que o editou... Assim... malgrado a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, em caso de conflito entre um e outro, a Justiça está vinculada à observância da lei interna, pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar as normas editadas na conformidade do direito próprio ao sistema estatal a que pertence’.

Contra tal entendimento tem-se pretendido sustentar a cavaleiro do que dispõe o artigo 98 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

‘Art. 98 Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

O argumento, porém, não procede, conforme se demonstrará.

A determinação legal de que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna’, representa, nada mais, nada menos, do que a reafirmação do princípio de que **lex posterior derogat priori**. Realmente, no momento em que ocorre a recepção da norma do tratado pelo direito interno, através do ato legislativo constitucionalmente previsto, opera-se fenômeno idêntico ao de edição de qualquer outra nova lei: ficam revogadas ou modificadas as disposições anteriores com ela incompatíveis. Assim, a afirmação do princípio pelo artigo 98 do CTN, antes de alçar a norma internacional a posição de prevalência em relação ao direito nacional, como entendem alguns, posiciona-a em nível igual ao da norma interna, atribuindo-lhe idênticos efeitos.

Já a segunda parte do artigo 98, citado, quando dispõe que os tratados e as convenções internacionais serão observados pela legislação tributária que lhes sobrevenha, merece análise mais aprofundada, a menos que, desde logo, se opte pela sua flagrante inconstitucionalidade. Com efeito, uma apressada interpretação deste preceito poderia levar à convicção de que ele estaria vedando ao legislador a edição de normas contrárias a tratados e convenções. Tal interpretação, por isso, eivaria o dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, pois implicaria consagrar restrições e limitações ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio poder constituinte derivado, restrições e limitações estas só cabíveis em texto constitucional, jamais em lei, ainda que lei complementar à Constituição.

Assim, há que se afastar, de logo, o entendimento de que o art. 98 do CTN veda ao Poder Legislativo editar norma contrária a tratados e convenções. A parte final do citado normativo deverá ser interpretada e aplicada nos exatos limites em que o fez o Supremo Tribunal Federal, no acórdão aqui tantas vezes citado:

‘Nem se diga estar a irrevogabilidade dos tratados e convenções por lei ordinária interna consagrado no direito positivo brasileiro, porque está expresso no art. 98 do Código Tributário Nacional, **verbis**: ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenham’.

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros tra-

çam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de **Tito Fulgêncio**. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período'. (RTJ, 83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto)

‘Argumentou-se com o art. 98 do Código Tributário Nacional, para concluir pela irrevogabilidade dos tratados por legislação tributária interna que lhes sobrevenha. Mas como bem observou o ilustre Ministro Cunha Peixoto, sob pena de inconstitucionalidade deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes’. (**Op. cit.** p. 829, voto do Ministro Cordeiro Guerra)

‘... essa norma do Código Tributário é aplicável aos tratados de natureza contratual, não quanto aos tratados-leis’ (**op. cit.**, p. 838, Ministro Leitão de Abreu)”. (RTRF- 4ª Região, vol. 8, pp. 264/273).

Considerando que a Convenção em análise, como diz seu próprio nome, é um conjunto de regras destinadas a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, não há dúvida de que se trata de um acordo normativo. Assim, caso admitíssemos que o referido acordo, analisado isoladamente, confere o tratamento fiscal pretendido pela recorrente, ainda assim seria inviável sua aplicação, pois a segunda parte do art. 98 do CTN, que justificaria afastar a legislação interna superveniente, se aplica somente em face de tratados contratuais.

5. Destarte, nada há a reparar na decisão do Tribunal **a quo**, razão pela qual nego provimento ao recurso. É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, assistimos, nesta sessão, dois momentos significativos: primeiro, uma bela sustentação oral, e, segundo, um voto melhor ainda.

Observo que os operadores do Direito ficam em situação delicada para analisar o assunto. Minha primeira tentativa foi a de pedir vista dos autos, mas, Sr. Presidente, Srs. Ministros, especialmente o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, tenho uma convicção forte quanto ao assunto. Se tudo o que S. Ex^a. registrou nesta sessão fosse antes da Constituição de 1988, estaria de pleno acordo, sem dar uma palavra sequer. Ocorre que toda a construção doutrinária e jurisprudencial posta por S. Ex^a., a meu ver, pedindo mil vênias, foi construída antes da Constituição de 1988 e não se adequa ao momento atual.

Em termos práticos, o que se discute é o fenômeno da dupla tributação. Esta vem sendo condenada — talvez o termo seja muito forte — por princípios que estão acima até da própria norma constitucional. Sabemos que hoje os princípios estão se sobrepondo às tendências de globalização já existentes em todos os sentidos, especialmente em tema de Direito Tributário.

Em síntese, entendo que devemos dar prevalência à aplicação da interpretação da norma infraconstitucional em relação aos tratados e à norma interna, ao princípio de proibição de dupla incidência tributária, preceito maior que gera as relações tributárias internacionais e ao chamado princípio da equiparação de tratamento, que regula as relações jurídico-tributárias internas e externas. Sei que uma corrente defende que não está manifesto na Constituição, mas esta afirma que, além dos princípios expressos, outros serão aplicados, decorrentes do sistema.

Creio, ainda, de valorizar, a meu ver, o princípio da não-discriminação do capital estrangeiro. Isso me leva ao art. 98 do Código Tributário Nacional, interpretando-o adequadamente ao fato em debate, porque este permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados-contratos, e não os tratados-leis.

O art. 98 do CTN não foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, permanecendo válido. É lógico que deve ser interpretado de acordo com o momento contemporâneo porque o Direito evolui, passa por diversas fases e tem que absorver as transformações ocorrentes, não somente na ordem interna, mas, também, na global.

Considerado como valorização da dignidade humana no campo da tributação, o chamado princípio internacional da discriminação tributária está sendo tratado no campo do Direito Tributário como parte do campo dos direitos humanos. Recordo-me bem que a doutrina defende que, em face dos fenômenos globalizantes, deve ser evitada a dupla tributação que, por si só, já representa aquilo que alguém

chama de confisco internacional. A dupla tributação ocorre quando uma nação tributar determinado fato gerador e outra, igualmente, faz a mesma exigência.

Sr. Presidente, se isso não me bastasse para, com a devida vênia, divergir do eminente Ministro-Relator, com seu brilhante voto, colho do parecer apresentado pelo Professor Heleno Taveiras Torres expressões que se adequam a esse ponto de vista, o que venho defendendo em algumas oportunidades e quero registrar, especialmente quando esta Corte deparou-se para rever seu posicionamento quanto ao acordo GATT. Não é a primeira vez que o tema aparece na Turma para discussão com essa amplitude. Na tentativa de o Estado de Minas Gerais rever o entendimento desta Casa a respeito do acordo GATT, esse assunto voltou a ser discutido não somente nesta Turma, mas, se não estiver enganado, na Seção também, quando esses princípios foram invocados, prosseguindo a nossa jurisprudência a admitir a prevalência desse acordo, especialmente na chamada isenção do bacalhau.

Como segunda parte da minha fundamentação, destaco os seguintes trechos do parecer que me foi apresentado e que li cuidadosamente ontem à noite. O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento, nos termos do art. 2^a da Lei n. 4.131/1962, o qual foi recepcionado pelo art. 172 da Constituição vigente. Não estou fundando o voto em normas constitucionais e, sim, em princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Com base nesses preceitos, estou interpretando as normas infraconstitucionais postas em discussão.

Por existir um tratamento equiparado, legalmente reconhecido no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas. Não há distinção entre residentes e não-residentes, critério utilizado pela Lei n. 4.131/1962. Aperfeiçoa-se internamente o requisito da averbação de discriminação dessa limitação ao exercício de competência tributária, qual seja, o tratamento menos favorável sobre contribuintes residentes e não-residentes que se encontram em situação equivalente.

Destaco, ainda, outra parte, a respeito dos chamados princípios de Direito Internacional Tributário e da chamada dupla interpretação econômica. Aliás, o autor desse parecer tem obra clássica referente ao assunto, que é intitulada “Dupla Tributação Internacional”, em que ordenou e lançou idéias para o Direito brasileiro em relação ao tema até então não trabalhado pela nossa doutrina. Concordo plenamente com o afirmado:

“A soberania tributária, vista internamente, quase que se confunde com o poder de tributar, como poder institucionalizado que coloca o Estado como sujeito da ordem mundial.”

Hoje temos que interpretar o Direito, a meu ver, com essa visão globalizada,

proporcionando a autonomia e independência na determinação dos fatos tributáveis e dos procedimentos de arrecadação e fiscalização dos tributos, sob os limites constitucionais e os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação, o que está sendo posto nos Direitos Humanos com muita relevância.

No momento em que há um tratado entre o Brasil e a Suécia que, no art. 24, impede a dupla tributação, não obstante o eminente Ministro-Relator ter feito a distinção entre nacional e residente, não vejo como permitir-se a dupla tributação, com a devida vênia, nessa visão, porque o conteúdo é principiológico, acima da norma. O objetivo é evitar a dupla incidência.

Com a devida vênia, é pensamento tributário do início do século XX, e não do século XXI, quando o fenômeno “Globalização” está envolvendo e até chegando ao ponto de diminuir a expansão do conceito de soberania.

Destaco ainda, Sr. Presidente, eminentes Ministros, com a devida vênia, outro trecho em que o autor da ação presta culto aos princípios aqui enumerados inicialmente, da chamada tributação internacional ou oportunidade de dupla tributação:

“Princípio da interdição de tratamento discriminatório em matéria tributária sobre capital estrangeiro e a garantia constitucional de livre concorrência.”

O art. 24 do Convênio nada mais fez do que homenagear esse princípio, que é, hoje, muito trabalhado nas relações jurídicas tributárias internacionais, em que se procura resguardar a garantia constitucional da livre concorrência e se evitar a discriminação ao capital estrangeiro para facilitar as relações econômicas e, conseqüentemente, as relações tributárias.

Também destaca-se o chamado princípio de uniformidade de tratamento tributário.

A única discordância que tenho na mensagem do parecer apresentado é que penso não se tratar de inconstitucionalidade do art. 77 da Lei n. 8.383, mas de ilegalidade, em face dos princípios expostos. O Supremo Tribunal Federal tem feito muito essa diferenciação entre o seu campo de atuação, que apenas se opera no campo da inconstitucionalidade e da ilegalidade.

Em face de determinadas situações concretas, reconhecemos que a lei continua válida. Para determinado fato concreto, se for aplicada, a lei é legal. Por essa razão, o Supremo construiu a tese dos chamados reflexos indiretos de inconstitucionalidade, ou seja, o não-conhecimento de determinadas questões por serem apenas reflexos indiretos.

A seguir, há o princípio da não-discriminação nas convenções internacionais e a sua aplicação a partir do acordo Brasil e Suécia, princípio a que já me referi, embora não com a profundidade que o assunto exige. A sua mensagem é muito clara. Se adotamos, na ordem interna, o princípio da não-discriminação tributária, com mais razão temos que adotá-lo na ordem internacional, sob pena de estarmos na contramão da história, não valorizando as chamadas relações internacionais e a melhor convivência entre os países.

A respeito do tratado específico Brasil e Suécia, devemos observar que o princípio da não-discriminação é uma evidência larga ao homenagear, no art. 24, todos os princípios aqui postos, até para facilitar as relações internacionais/comerciais, favorecer a atração do capital estrangeiro para o País e permitir o seu regulamento de forma que beneficie o desenvolvimento nacional.

Sr. Presidente, o parecer repete a tese adotada por este Tribunal a respeito do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário e do art. 3^a do GATT mencionado, que é, por sinal, tema de súmula.

Por último, destaco apenas que, no momento atual e no caso específico em discussão, a jurisprudência posta pelo Supremo Tribunal Federal, de modo genérico, de que a legislação infraconstitucional revoga as convenções internacionais e os tratados internacionais, não é aplicada à hipótese. A legislação revoga, sim, mas desde que esteja em incompatibilidade com os princípios que regem o atual sistema das relações internacionais tributárias e outros tipos de relação, pois, tanto na ordem interna quanto na externa, os princípios estão acima de tais disposições infraconstitucionais.

Com essas considerações, pedindo vênias pelo alongamento do voto oral e ao eminente Ministro-Relator pelo seu brilhante voto, seguindo a tradição jurisprudencial desta Corte em relação ao acordo do GATT, ousou dar provimento ao recurso especial.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Rememorando a questão, verifico tratar-se de recurso especial interposto pela Volvo do Brasil S/A, contra o acórdão que manteve a retenção na fonte sobre os dividendos enviados a seu sócio na Suécia, no ano-base de 1993.

A retenção em comento foi viabilizada em face do teor do artigo 77 da Lei n. 8.383/1991 e do art. 756, Decreto n. 1.041/1994 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/1994), com a imposição de alíquota à razão de 15% (quinze por cento).

A recorrente alega que o acórdão recorrido teria violado o artigo 98 do CTN e 24 da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de imposto de renda, promulgada por meio do Decreto n. 77.053/1976, porquanto as normas internas não poderiam revogar tratado internacional.

O nobre Ministro-Relator negou provimento ao apelo especial, entendendo que não existe antinomia entre as legislações e, mesmo considerando a hipótese de existir tal conflito, entendeu que na hipótese tem-se a prevalência da lei interna, pela regra da sucessão legislativa.

Por primeiro, peço vênia ao nobre Ministro-Relator para divergir de sua tese concernente à prevalência da lei interna sobre o tratado internacional.

Entendo que os tratados internacionais não devem ser alterados por lei ordinária, em face da segurança jurídica que deve presidir as relações internacionais, sob pena da perda da confiança do Brasil perante a ordem internacional.

Sobre o assunto, destaco ensinamento do insigne tributarista **Hugo de Brito Machado, verbis**:

“Os tratados internacionais, portanto, devem ser respeitados pelo Congresso Nacional, que os referenda, e somente devem ser alterados pela via própria. Não por leis internas.

Por outro lado, a alteração, por lei interna, de um tratado internacional, não tem apoio nos princípios da moralidade, que devem presidir também as relações internacionais. Alterando, por lei interna, regras de tratado internacional, o país perde credibilidade.

Assim, temos fortalecido o nosso entendimento, no sentido de que os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna. Tanto no plano da ciência do Direito, como no plano ético.

Constituem os tratados internacionais valioso instrumento para a disciplina das relações tributárias com implicações no âmbito internacional. A propósito de renda, por exemplo, o Brasil já celebrou diversos tratados visando evitar a evasão de tributo e a bitributação internacional”. (**Apud** ‘Curso de Direito Tributário’. 19ª ed., p. 74).

Explicitado tal entendimento, resta verificar a existência de antinomia entre as normas em comento.

O artigo 77 da Lei n. 8.383/1991, assim dispõe, **verbis**:

“Art. 77. A partir de 1ª de janeiro de 1993, a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos de que trata o art. 97 do

Decreto-Lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943, com as modificações posteriormente introduzidas, passará a ser de quinze por cento”.

O artigo 97 do Decreto-Lei n. 5.844/1943, referido no dispositivo supra, é dirigido aos nacionais ou estrangeiros residentes ou domiciliados no exterior.

No mesmo sentido é o artigo 756 do Decreto n. 1.041/1994, **verbis**:

“Art. 756. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior (Leis ns. 3.470/1958, art. 77, e 8.383/1991, art. 77)”.

Por sua vez o artigo 24 da Convenção Internacional, promulgada pelo Decreto n. 77.053/1976, tem a seguinte redação:

“Art. 24. 1. *Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.* (Grifei)

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. *As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.* (Grifei)

5. No presente artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.”

Os termos do tratado em comento são claros em estabelecer regras de isonomia tributária entre os signatários. É dentro deste arcabouço que reside a inconformação do recorrente, porquanto os princípios aqui observados estariam sendo malferidos pela legislação interna.

A Lei n. 8.849/1994, alterou a legislação do imposto de renda, estabelecendo:

“Art. 2ª Os dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, quando pagos ou creditados a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País, estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento”. (Grifei)

... **omissis**

Art. 4ª O imposto incide à alíquota de quinze por cento sobre os lucros e reservas que excedam do capital social das companhias.

§ 1ª São responsáveis pelo pagamento do imposto as companhias ou sociedades por ações com sede no País, exceto as sociedades de investimento isentas de imposto.

§ 2ª O fato gerador do imposto é a disponibilidade presumida, para os acionistas, de lucros ou reservas que a companhia tem o dever legal de distribuir.

§ 7ª Para os efeitos do disposto neste artigo:

a) serão computados os lucros acumulados e as reservas de lucros, com exceção das reservas de lucros a realizar, das reservas para contingências e das reservas constituídas nos termos do § 2ª do art. 15 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977;

b) *não serão computados os lucros acumulados e as reservas de lucros constituídas em balanços levantados antes de 1ª de janeiro de 1994;* (grifei)

A legislação encimada estabelece, para as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País, que o termo **a quo** da cobrança da exação seja iniciado em 1ª de janeiro de 1994.

Esta a fundamental distinção imposta pela legislação, uma vez que para as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no estrangeiro, o termo **a quo** para o início da retenção é 1ª de janeiro de 1993.

Nesse panorama, resta afirmado o benefício dirigido aos residentes no País, em detrimento daqueles residentes no exterior, determinando um tratamento não

isonômico entre os sócios, com a realização de tributação mais onerosa ao residente ou domiciliado no estrangeiro.

Frise-se que o teor do artigo 10 do citado tratado, não tem relevância para o deslinde da controvérsia.

Com efeito, este dispositivo limita o percentual de imposto a ser retido pelos signatários do tratado, mas não afasta a regra da isonomia, destacando, em seu texto, que os Estados contratantes definiriam de comum acordo a forma de aplicar esta limitação.

Tais as razões expendidas, pedindo vênia ao nobre Ministro-Relator, acompanho a divergência, para dar provimento ao recurso.

É o voto-vista.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica domiciliada no exterior. Distribuição de lucros. Retenção na fonte. Pretensão de tratamento idêntico aos contribuintes nacionais. Inviabilidade.

1. A Convenção internacional entre Brasil e Suécia para evitar dupla tributação (Decreto n. 77.053/1976) dispõe no item 24, como regra genérica, que:

“1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.”

2. A legislação interna, por seu turno, especificamente quanto ao exercício de 1993 dispunha:

“sobre os lucros apurados a partir de 1ª de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.” (Art. 75 da Lei n. 8.383/1991).

3. Manifesta antinomia solvida à luz da exegese do art. 98 do Código Tributário Nacional, emprestada pela Excelsa Corte no sentido de que inexistem hierarquia entre tratados e a lei interna ordinária.

4. Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados, em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que quando o legislador constitucional pretendeu eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o **caput** do art. 5º do Texto Maior.

5. Por fim sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxação engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeira, aqui estivesse situada.

6. Voto acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Consoante relatório do Ministro Zavascki:

“Trata-se de recurso especial interposto pela Volvo do Brasil Veículos Ltda, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, em ação declaratória objetivando o reconhecimento da inexistência de relação jurídica que a obrigue à retenção na fonte e ao recolhimento de imposto de renda sobre os dividendos enviados a seu sócio residente na Suécia no ano-base de 1993. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença que julgara improcedente o pedido, ao fundamento de que (a) no direito brasileiro inexistem

hierarquia entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, resolvendo-se eventual incompatibilidade pelo critério temporal, razão pela qual a legislação que isentou do imposto de renda na fonte apenas os lucros recebidos por sócios residentes e domiciliados no Brasil (Lei n. 8.383/1991, arts. 75 e 77 e Decreto n. 1.041/1994, art. 751) revogou o texto convencional que assegurava tratamento não discriminatório (“Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda” — promulgada por meio do Decreto n. 77.053/1976 — artigo 24, 1 a 4); e (b) inexistência de violação ao princípio constitucional da isonomia, pois não há relação de similitude entre os sócios residentes no Brasil e na Suécia.

Nas razões recursais, alega-se a ofensa aos seguintes dispositivos legais: (a) art. 98 do CTN e art. 24 da “Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda”, pois a legislação interna não pode prevalecer sobre os acordos internacionais recepcionados no ordenamento jurídico pátrio, os quais são revogados somente por meio de denúncia do Estado contratante ou de tratado superveniente; e (b) art. 5º, § 2º, e art. 150, II, da Constituição, pois, além de o tratado internacional sobrepor-se à legislação ordinária interna, tem-se por inconstitucional a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação idêntica. Frisa a equivalência entre os sócios residentes no Brasil e no exterior, evidenciando-se a similitude na circunstância de serem ambos sujeitos passivos da mesma exação tributária, sendo irrelevante o domicílio de cada um. Acrescenta, por fim, que a Convenção em análise constitui regra especial em face da legislação interna do imposto de renda, de caráter geral.

Em contra-razões, a Fazenda Nacional consignou, prefacialmente, ser inviável a análise de matéria constitucional no recurso especial, e, no mérito, propugna pelo improvimento do apelo.”

Ao ângulo do conhecimento o recurso há de gravitar acerca da suposta violação aos arts. 98 do Código Tributário Nacional e 24 da Convenção Internacional.

A controvérsia gravita em torno da tributação sobre dividendos enviados por pessoa jurídica brasileira a sócio residente na Suécia no ano-base de 1993.

Sustenta o Relator que o tratado **in foco** não apresenta antinomia com a legislação interna porquanto encarta cláusula permissiva da tributação que se pretende exonerar sob o pálio da reciprocidade (item 10 da Convenção), sendo certo que invocando a doutrina do Pretório excelso, adjunta que se antinomia houvesse, prevaleceria a lei interna, por isso que, a regra do artigo 98 do Código Tributário Nacional explicita o princípio interno de que a lei posterior, seja tratado ou lei

nacional, revoga a anterior, e que o tratado contratual não goza da primazia do tratado-lei.

Para esse fim, sustentou o Relator:

“Dispõe o art. 75 da Lei n. 8.383/1991 que ‘sobre os lucros apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País’. Já o art. 756 do Decreto n. 1.041/1994, reproduzindo o disposto no art. 77 da Lei n. 8.383/1991, determina que ‘estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior’.

Decorre dessas normas que o lucro distribuído a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada fora do Brasil está sujeito à incidência do imposto de renda retido na fonte. O recorrente, buscando elidir essa conclusão, invoca o conteúdo do Decreto n. 70.053/1976, que promoveu a recepção, em nosso ordenamento jurídico, da ‘Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda’. Alega que tal regramento deve ser observado ainda que haja lei ordinária posterior em sentido contrário, conforme prescreve o art. 98 do CTN. Considera indevida a retenção do tributo na fonte em razão da disposição contida no art. 24 do referido acordo, que preconiza o tratamento tributário isonômico entre os nacionais brasileiros e suecos na hipótese em apreço.

3. Ao tratar sobre dividendos, a Convenção determina, no item 1 de seu art. 10, que ‘os dividendos pagos por uma sociedade por um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado’. Logo em seguida estabelece ressalva, dizendo no item 2 que ‘esses dividendos podem ser tributados no Estado contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder: a) 15% do montante bruto dos dividendos se o beneficiário for uma sociedade (excluindo-se as sociedades de pessoas); b) 25% do montante bruto dos dividendos em todos os demais casos’.

Portanto, examinando apenas as regras especificamente dirigidas à tributação de rendimentos destinados pela empresa brasileira a sócio residente na Suécia, não se vislumbra qualquer antinomia entre a Convenção e a legis-

lação interna do imposto de renda. A recorrente, contudo, defende que a regra do acordo internacional que enseja o propalado conflito é o art. 24, caracterizado pela epígrafe 'não-discriminação'. Examinemos seus itens:

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo 'nacionais' designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo 'tributação' designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.

É permitido concluir, em primeiro lugar, que o regramento contido no art. 10 goza de especialidade em relação ao do art. 24, detendo primazia de aplicação. Conforme visto, a situação fática de que tratam os autos ajusta-se perfeitamente ao suporte fático hipotético daquela norma, e há nela a permissão para que o Estado contratante onde se encontra a empresa remetente dos

dividendos tribute-os na forma de sua legislação, observados os limites quanto à alíquota.

Resta, então, perquirir se no regramento genérico sobre ‘não-discriminação’ há alguma disposição que se sobreponha às regras do art. 10 e revele a impossibilidade de impor a indigitada exação. Sustenta a recorrente que o item 1 do art. 24 veda o tratamento diferenciado entre os sócios em função do local onde estão domiciliados. Sem razão, porém. O que todas as disposições do art. 24 buscam reprimir é a discriminação fundada na nacionalidade. O primeiro sinal inequívoco dessa orientação está na parte final do item 1. Estatuí-se que um Estado contratante não pode estabelecer ao nacional do outro Estado ‘tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa’ do que a estabelecida aos nacionais do primeiro Estado, *desde que estejam na mesma situação*. Há significativa diferença entre um nacional estar domiciliado em seu Estado de origem ou no Estado estrangeiro — tanto que a Convenção, em diversas oportunidades, estabeleceu regras específicas para disciplinar a situação do nacional residente em seu Estado de origem quanto a fatos jurídicos ocorridos no Estado estrangeiro. Veja-se a respeito o art. 7, que trata do lucro das empresas, o art. 11, cuidando de juros, o art. 12, sobre *royalties*, o art. 16, disciplinando as remunerações de direção, o já citado art. 10 e, principalmente, a segunda parte do item 3 do próprio art. 24, ao enfatizar que a primeira parte do mesmo item, ao vedar tratamento diferenciado ao estabelecimento permanente que um Estado contratante mantenha no outro Estado, não implica a concessão de determinados benefícios aos residentes no Estado estrangeiro. Tal regra expressa inequivocamente que não há como interpretar as normas presumindo a aplicação geral e irrestrita aos nacionais domiciliados em Estados diferentes.

O magistrado de primeiro grau, Dr. Nicolau Konkel Júnior, fez exposição precisa sobre a questão:

‘Deveras, o item 1 impede a imposição de tratamento tributário diverso em função da nacionalidade do sujeito passivo. Ora, disto o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 não trata. O critério de discriminação eleito por este dispositivo legal é a residência ou o domicílio do sujeito passivo, independentemente de sua nacionalidade. Deste modo, o brasileiro residente e domiciliado na Suécia estará sujeito à mesma carga tributária suportada pelo contribuinte sueco que resida ou esteja domiciliado naquele país, pelo recebimento de lucros e dividendos de empresas localizadas no Brasil’.

Enfim, a presente hipótese é regrada pelo art. 10 da Convenção, o qual em nada se indispõe com a legislação nacional posterior. O item 1 do art. 24 pressupõe perfeita identidade de situações entre os nacionais, o que não se verifica no caso, em que se comparam sócios residentes no Brasil e na Suécia.

4. Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que houvesse antinomia entre o que consta da convenção internacional e o que estabeleceu a superveniente legislação interna, ainda assim não teria razão a recorrente. Sobre o tema, em caso análogo, sustentei, em julgamento perante o TRF da 4ª Região, que tal antinomia se resolve, em nosso sistema, pela prevalência da legislação interna. Reproduzo o teor do citado voto:

‘Sustenta-se, aqui e acolá, com base no artigo 98 do CTN, que as normas de isenção insertas em tais acordos ou tratados não podem ser modificadas pelo direito ordinário interno superveniente, dada a prevalência que sobre estes tem os tratados e as convenções internacionais. Enfrentemos o tema.

Diante das duas grandes correntes doutrinárias que posicionam os tratados internacionais em face do direito interno — uma afirmando que o tratado é fonte formal de direito positivo interno desde o momento em que é firmado, e a outra que condiciona a vigência interna do tratado a ato legislativo de adaptação da norma internacional à norma nacional — o Brasil, sem sombra de dúvida, filiou-se à segunda corrente. Com isso, enquanto não integrado à legislação interna pelo referendo do Congresso Nacional (art. 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal) o tratado firmado pelo Presidente da República só opera na ordem internacional, não revogando nem suspendendo a eficácia das normas nacionais.

De logo ressalta, portanto, a necessidade de distinguir-se as duas ordens de eficácia dos tratados: a ordem internacional e a ordem interna. Na ordem internacional, o tratado possui forma própria de criação e revogação, diferente da forma de criação e revogação das normas que atuam na ordem interna. A revogação das normas internacionais, na ordem internacional, será a denúncia; a revogação da norma interna, na ordem interna, ocorre com lei posterior (Lei de Introdução, artigo 2º). O tratado internacional, enquanto norma internacional, atuando na ordem internacional, somente será revogado pela denúncia; enquanto norma integrada ao direito positivo interno, porém, sua revogação se dará pelo mesmo processo de revogação das demais espécies normativas da ordem interna. Realmente, se a revogação de um tratado integrado à legislação interna somente fosse possível pela denúncia (for-

ma de revogação na ordem internacional) estar-se-ia dando a tal tratado uma condição superior a das próprias normas constitucionais, pois em nossa Constituição inexistente dispositivo considerando irrevogável lei positiva pelo fato de ter sua origem em tratado internacional. Em acórdão sempre invocado, proferido no RE n. 80.004 (RTJ 83/809-848) o Supremo Tribunal Federal abordou exaustivamente a matéria em foco, cabendo trazer a lume os seguintes excertos de voto:

‘Não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso Nacional de apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser recusado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

Do contrário, teríamos, então — e isto sim seria inconstitucional — uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado.

Portanto, ou o Tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou então, poderá ser revogada ou modificada pelo Congresso, como qualquer outra lei’ (voto do Ministro Cunha Peixoto, p. 823).

‘Argumenta-se que a denúncia é o meio próprio de revogar um tratado internacional. Sim, no campo do direito internacional, não porém, no campo do direito interno. Quando muito poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno.

Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade’. (Voto do Ministro Cordeiro Guerra, p. 829)

‘A Constituição Federal não encerra norma que, na hierarquia das leis, outorgue aos tratados posição de preeminência, exigindo a prévia denúncia deles para que, só então, a legislação interna possa dispor em sentido contrário ao que neles se contenha’ (voto do Ministro Rodrigues Alckmin, p. 840).

Considerando o exposto, bem assim a circunstância de que ao Judiciário compete aplicar o direito vigente na ordem interna, não há como deixar de concluir que, independentemente da revogação do tratado, pela denúncia, na ordem internacional, a norma interna posterior, incompatível com a do tratado, é de aplicação obrigatória pelos Tribunais. **Triepel**, citado pelo Ministro Cunha Peixoto no RE n. 80.004 (**op. cit.** p. 823) afirma, com inteira propriedade, que ‘o dever de obediência dos súditos perante a lei do Estado é absoluto, seja qual for a atitude tomada por essa lei em relação ao direito internacional. A lei interna contrária ao direito internacional obriga os súditos tanto quanto a lei conforme a esse direito... O princípio que assentamos não é menos importante para os titulares de funções públicas, e, especialmente, para os juízes: são todos obrigados a aplicar o direito interno, mesmo contrário ao direito internacional’.

Até mesmo os que negam que a legislação interna possa revogar norma de tratado internacional, como o Ministro João Leitão de Abreu, não deixam de assegurar que ‘estão os órgãos estatais incumbidos de aplicar o direito obrigados a emprestar eficácia às leis do País, ou seja, ao direito interno, somente se achando autorizados a recusar-lhe autoridade nos casos previstos na Constituição. Entre esses casos se compreendem os de conflito entre a Carta Constitucional e as leis, podendo neles se incluir, também, se para isso houver, na Carta Política, previsão expressa, o de conflito entre lei e tratado internacional ou norma de direito internacional comum... Como autorização dessa natureza, segundo entendendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao Judiciário competência, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência que me parece inevitável é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com o tratado’.

Os próprios defensores da primazia do direito internacional sobre o interno não encontram alternativa jurídica ao reconhecimento da obrigatoriedade das normas nacionais contrárias a tratado. No dizer de **Francisco Campos** (**op. cit.**, pp. 826/827) **Verdross**, que é o campeão da doutrina do primado do direito internacional sobre o direito interno, reconhece, entretanto, que a lei não deixa de ser obrigatória pelo fato de estar em contradição com o disposto em tratado internacional em que é parte o Estado que o editou... Assim... malgrado a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, em caso de confli-

to entre um e outro, a Justiça está vinculada à observância da lei interna, pois é órgão de uma ordem jurídica que lhe prescreve a obrigação de aplicar as normas editadas na conformidade do direito próprio ao sistema estatal a que pertence’.

Contra tal entendimento tem-se pretendido sustentar a cavaleiro do que dispõe o artigo 98 do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

‘Art. 98 Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

O argumento, porém, não procede, conforme se demonstrará.

A determinação legal de que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna’, representa, nada mais, nada menos, do que a reafirmação do princípio de que **lex posterior derogat priori**. Realmente, no momento em que ocorre a recepção da norma do tratado pelo direito interno, através do ato legislativo constitucionalmente previsto, opera-se fenômeno idêntico ao de edição de qualquer outra nova lei: ficam revogadas ou modificadas as disposições anteriores com ela incompatíveis. Assim, a afirmação do princípio pelo artigo 98 do CTN, antes de alçar a norma internacional a posição de prevalência em relação ao direito nacional, como entendem alguns, posiciona-a em nível igual ao da norma interna, atribuindo-lhe idênticos efeitos.

Já a segunda parte do artigo 98, citado, quando dispõe que os tratados e as convenções internacionais serão observados pela legislação tributária que lhes sobrevenha, merece análise mais aprofundada, a menos que, desde logo, se opte pela sua flagrante inconstitucionalidade. Com efeito, uma apressada interpretação deste preceito poderia levar à convicção de que ele estaria vedando ao legislador a edição de normas contrárias a tratados e convenções. Tal interpretação, por isso, eivaria o dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, pois implicaria consagrar restrições e limitações ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio poder constituinte derivado, restrições e limitações estas só cabíveis em texto constitucional, jamais em lei, ainda que lei complementar à Constituição.

Assim, há que se afastar, de logo, o entendimento de que o art. 98 do CTN veda ao Poder Legislativo editar norma contrária a tratados e convenções. A parte final do citado normativo deverá ser interpretada e aplicada nos exatos limites em que o fez o Supremo Tribunal Federal, no acórdão aqui tantas vezes citado:

‘Nem se diga estar a irrevogabilidade dos tratados e convenções por lei ordinária interna consagrado no direito positivo brasileiro, porque está expresso no art. 98 do Código Tributário Nacional, **verbis**: ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhe sobrevenham’.

Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de **Tito Fulgêncio**. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período’. (RTJ, 83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto).

‘Argumentou-se com o art. 98 do Código Tributário Nacional, para concluir pela irrevogabilidade dos tratados por legislação tributária interna que lhes sobrevenha. Mas como bem observou o ilustre Ministro Cunha Peixoto, sob pena de inconstitucionalidade deve ser compreendido como limitado aos acordos contratuais de tarifas, durante a vigência destes’. (**Op. cit.** p. 829, voto do Ministro Cordeiro Guerra)

‘... essa norma do Código Tributário é aplicável aos tratados de natureza contratual, não quanto aos tratados-leis’ (**op. cit.**, p. 838, Ministro Leitão de Abreu)’. (RTRF — 4ª Região, vol. 8, pp. 264/273).

Considerando que a Convenção em análise, como diz seu próprio nome, é um conjunto de regras destinadas a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, não há dúvida de que se trata de um acordo normativo. Assim, caso admitíssemos que o referido acordo, analisado isoladamente, confere o tratamento fiscal pretendido pela recorrente, ainda assim seria inviável sua aplicação, pois a segunda parte do art. 98 do CTN, que justificaria afastar a legislação interna superveniente, se aplica somente em face de tratados contratuais.

5. Destarte, nada há a reparar na decisão do Tribunal **a quo**, razão pela qual nego provimento ao recurso. É o voto.”

Pedi vista em face da complexidade do tema, mercê de enfrentar as duas questões de forma diversa do que foi assentado até então.

Em primeiro lugar ressoa inequívoca a antinomia entre o tratado e a lei interna, senão vejamos:

Dispõe o item 24 do tratado, **verbis**:

“1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo ‘nacionais’ designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes de outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo ‘tributação’ designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.”

Por seu turno, a lei interna, ao tributar o sócio residente no exterior no ano-base de 1993, criou o **descrimen** entre nacionais e estrangeiros, escopo a que visou afastar o referido ato plurilateral de soberania.

Neste particular, da antinomia em si, assiste razão ao recorrente quando sustenta:

“O artigo 756 do Decreto n. 1.041, de 11 de janeiro de 1994 (Regulamento do Imposto de Renda RIR/1994), sujeita ‘à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior’, nos termos da previsão contida no artigo 77 da Lei n. 8.383/1991, a partir de 1ª de janeiro de 1993.

Entretanto, para os beneficiários de lucros ou dividendos residentes e domiciliados no País, a matéria está regulamentada em legislação diversa — Lei n. 8.884/1994, sujeitando ao imposto na fonte a partir de 1ª de janeiro de 1994, conforme entendimento explícito por parte da Receita Federal.

Ressalte-se, porém, que esta legislação, ao sujeitar à incidência do Imposto de Renda na fonte os lucros ou dividendos distribuídos em benefício de pessoa física ou jurídica residente no País, o fez somente para os lucros gerados a partir de 1ª de janeiro de 1994.

Com efeito, o Ato Declaratório (Normativo) n. 03, do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação, de janeiro de 1994, estabelece expressamente que ‘a incidência do imposto de renda na fonte quando do pagamento ou crédito, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País, de dividendos, bonificações em dinheiro, lucros e outros interesses, alcança exclusivamente os lucros apurados pela pessoa jurídica a partir de 1ª de janeiro de 1994.’

Dessa forma, para a competência do ano de 1993, vigora o estabelecido pelo artigo 77 da Lei n. 8.383/1991, que assim prescreve:

Art. 77. Sobre os lucros apurados a partir de 1ª de janeiro de 1993, não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.

Assim, diversamente dos beneficiários residentes ou domiciliados no País, especificamente no que refere à competência do ano de 1993, as pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, que recebam lucros e ou dividendos de sociedades comerciais, terão descontado o valor do Imposto de Renda na Fonte à base de 15% (quinze por cento).

Conforme já demonstrado no decorrer de todo o trâmite processual da presente demanda, no quadro social das Recorrentes brasileiras há

participação social de beneficiário (contribuinte) residente na Suécia, que se sujeita, por seu domicílio, ao artigo XXIV do Decreto-Lei n. 77.053, de 19 de janeiro de 1976, o qual proíbe a incidência de tributação diversa ou mais onerosa do residente ou domiciliado naquele país em relação aos residentes ou domiciliados no Brasil.”

Deveras, em nosso entender o item 24 do tratado é norma geral, de qualificação maior do que aquelas mencionadas pelo Relator, posto estas presumirem a possibilidade de tributação recíproca, hipótese em que os percentuais foram adrede previstos. Não obstante a regra genérica era a não-tributação acaso também não tributado o nacional do Estado Contratante. Esta exegese deflui da análise teleológica do tratado.

Entretanto, não obstante a antinomia patente, subjaz a **vexata questio** inerente à suposta prevalência do tratado sobre a lei interna posterior, máxime pela dicção equivocada do art. 98 do Código Tributário Nacional.

Vozes abalizadas da doutrina erigem-se ora num sentido, ora noutro.

Assim é que leciona **Hugo de Brito Machado**:

“O Código Tributário Nacional estabelece que os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha (art. 98). Há evidentemente impropriedade terminológica na disposição legal. Na verdade um tratado internacional não revoga nem modifica a legislação interna. A lei revogada não volta a ter vigência pela revogação da lei que a revogou. Denunciado um tratado, todavia, a lei interna com ele incompatível estará restabelecida, em pleno vigor. Tem-se que procurar, assim, o significado da regra legal em foco. O que ela pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, pela prevalência de lei ordinária posterior ao tratado (RTJ 83/809). Tal entendimento fundou-se na ausência, na Constituição Federal, de norma garantidora da supremacia dos tratados em relação à lei ordinária. Em matéria tributária, porém, mesmo em face da orientação jurisprudencial da Corte Maior, tem-se de considerar o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional, de sorte que a lei posterior ao tratado, para prevalecer sobre ele, em matéria tributária, terá de ser uma lei complementar.

(...)

Assim, temos fortalecido o nosso entendimento, no sentido de que os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna. Tanto no plano da ciência, como no plano ético” (“Curso de Direito Tributário”, pp. 78/79).

Por sua vez, **Carraza** é enfático ao vaticinar:

“Os tratados internacionais — convém frisarmos — podem versar quaisquer matérias, nada impedindo, pois, cuidem de assuntos tributários.

É bom termos presente, porém, que a fonte primária do Direito Tributário não é o tratado internacional, mas o decreto legislativo do Congresso Nacional que o ratifica. O tratado é, apenas, o pressuposto necessário e suficiente para que o decreto legislativo inove, em caráter inaugural, a ordem jurídica interna.

Percebemos, pois, que é inconstitucional o art. 98 do Código Tributário Nacional quando prescreve que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

Particularmente inaceitável, ao lume de nossa Constituição, a idéia de que os tratados ‘revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

É certo que os decretos legislativos que ratificam os tratados internacionais incorporam-se ao Direito interno brasileiro. Não é menos certo, porém, que quando isso acontece, alojam-se no mesmo patamar hierárquico das leis **lato sensu** (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias e resoluções), podendo, deste modo, ser revogados ou modificados ‘pela legislação interna (...) que lhes sobrevenha’.

Inexiste, pois, supremacia jurídica dos decretos legislativos que ratificam tratados internacionais (tributários ou não tributários) sobre as leis federais, estaduais, municipais ou distritais.” (“Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 202).

A realidade é que hodiernamente a jurisprudência maior fincou um marco de submissão dos tratados à lei interna, fator de relevância maior **in casu**, porquanto a cognição é exercida por um tribunal de precedentes, cujo escopo não é reiterar a discussão travada senão acompanhar a função uniformizadora de seus julgados e com mais razão do egrégio Supremo Tribunal Federal, com o que imprime o timbre da isonomia, marcante nos sistemas do *common law*.

Engendrando notável resenha **Luiz Roberto Barroso** na sua Constituição Comentada, assenta:

“A decisão tida como marco na perda de prestígio do direito internacional foi a que se segue: ‘Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do DL n. 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título’ (STF, RTJ 83/809, RE n. 80.004, Relator Ministro Xavier de Albuquerque).

Embora a literalidade da ementa possa sugerir a prevalência do direito interno, consolidou-se o entendimento de que o tratado e lei ordinária têm igual hierarquia, de modo que, havendo conflito, prevalece o posterior. Confiaram-se as decisões que se seguiram: ‘O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo País de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio’ (STF, RTJ 115/969, Extr 426-EUA, Relator Ministro Rafael Mayer; v. tb. RTJ 119/22). ‘Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais. Os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das norma infraconstitucionais (...) Existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras mera relação de paridade normativa’ (STF, DJ de 02.08.1996, p. 25.794, ADIn n. 1.480-3, desp. do Presidente em exercício, Ministro Celso de Mello). ‘A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá — presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico —, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas sempre em face da aplicação do critério cronológico (**lex posteriori derogat priori**) ou quando cabível, do critério da especialidade RTJ 70/333, RTJ 100/1.030, RTJ 554/434’ (STF, DJ de 02.08.1996, p. 25.794, ADIn n. 1.480-3, desp. do Presidente em exercício, Ministro Celso de Mello). ‘Lei - Tratado. O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal. Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, em caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado’ (STJ, RSTJ 83/175, REsp n. 58.736/MG, Relator Ministro Eduardo Ribeiro)”.

Por essa vereda bem destacou o julgado de primeiro grau:

“Tratando das discriminações entre nacionais e estrangeiros, para fins de imposição fiscal, **Antônio Roberto Sampaio Dória** salienta que ‘A Constituição vigente assegura o integral respeito às garantias e direitos, enumerados em seu art. 153, a todos os brasileiros, sem distinção de qualquer espécie, e aos estrangeiros, desde que residentes no País. A igualdade perante a lei, garantia primeira e fundamental dos cidadãos, pode, em conseqüência, ser invocada por estrangeiros residentes, se discriminados em razão de sua nacionalidade para o agravamento dos deveres e obrigações fiscais.’ (In ‘Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*’, Forense, 2ª ed., p. 158).

E depois arremata: ‘A **contrariu sensu**, se o estrangeiro não residir neste País, os ônus tributários, que lhe sejam exigidos por União, Estados ou Municípios, podem se graduar e discriminar mais gravosamente, em cotejo com os tributos lançados sobre nacionais e estrangeiros residentes. A legislação do imposto de renda assinala inúmeras hipóteses de tributação diferenciada e onerosa dos domiciliados e residentes no exterior, e leis estaduais não raro agravavam as alíquotas de incidência do imposto de transmissão **causa mortis** sobre os quinhões de herdeiros e legatários, se estrangeiros residentes fora do País. Nossos repertórios de jurisprudência contêm dezenas de arestos unânimes na confirmação, à época em que assim estruturado, de impostos **causa mortis** discriminatórios, com referência a estrangeiros não residentes. De outro lado, é válida a incidência do IPI sobre a mercadoria estrangeira importada, quando o similar nacional é isento.’ (Ob. cit., pp. 158/159).

Vencido esta fase, resta a análise da questão referente ao aparente choque entre o que dispõe o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 e o art. 24 do Decreto n. 77.053/1976.

O art. 98 do Código Tributário Nacional, estabelece que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. A propósito, a doutrina tem entendido que ‘Trata-se, está-se vendo, de uma limitação à soberania do direito positivo interno.’ (**Fábio Fanucchi**, in ‘Curso de Direito Tributário’, vol. I, Resenha Tributária, 8ª tiragem da 4ª edição, p. 138). ‘O que ela pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior.’ (**Hugo de Brito Machado**, in ‘Curso de Direito Tributário’, Forense, 5ª ed., p. 43).

Nada obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao contrário da doutrina, tem sustentado, reiteradamente, que ‘o mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as

em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes', pois o 'artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.' (Recurso Especial n. 37.065-5/PR, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 57, pp. 39/40).

Do voto do Ministro-Relator fica assentado que do art 98 do CTN 'não é lícito supor a irrevogabilidade de convenções e tratados, recepcionados pelo direito interno, ante a superveniência de legislação que regule a matéria de modo diverso. Tal interpretação conduziria à inconstitucionalidade da norma porquanto significasse iníqua restrição à competência primeira do Poder Legislativo. A correta exegese da parte final do dispositivo foi traçada pela Suprema Corte, nos seguintes termos:

'Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de **Tito Fulgêncio**. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período' (RTJ, 83/823-4, voto do Ministro Cunha Peixoto).

Como se vê, o Pretório excelso, ao deslindar a questão, sufragou o escólio de que apenas os atos, internacionais de natureza contratual põem-se a salvo dos efeitos revogatórios da lei posterior.'

Decorre daí que normas derivadas de tratados normativos, anteriores à Lei n. 8.383/1991, e com ele conflitantes, foram revogados. (**Ex posterior derogat priori**). Fixada bem a regra do art. 98 do CTN, falta verificar o conteúdo do art. 24 do Decreto n. 77.053/1976 que assim se expressa, **verbis**:

Art. 24:

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo 'nacionais' designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente artigo, o termo 'tributação' designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.'

Os autores invocam os itens 1 e 4, como impeditivos da incidência do imposto de renda, sob pena de violação do princípio da igualdade. Porém, não comungo do mesmo entendimento.

Abstraindo-se a questão da revogação deste dispositivo, em face da superveniência de norma conflitante, a verdade é que os dois itens não se relacionam com o caso concreto.

Deveras, o item 1 impede a imposição de tratamento tributário diverso em função da nacionalidade do sujeito passivo. Ora, disto o art. 77 da Lei n. 8.383/1991 não trata. O critério de discriminação eleito por este dispositivo legal é a residência ou o domicílio do sujeito passivo, independentemente de sua nacionalidade. Deste modo, o brasileiro residente e domiciliado na Suécia estará sujeito à mesma carga tributária suportada pelo contribuinte sueco que resida ou esteja domiciliado naquele país, pelo recebimento de lucros e dividendos de empresas localizadas no Brasil.

Quanto ao item 4, a imposição de tratamento isonômico se refere às empresas, de modo que não haja qualquer distinção em face da constituição

de seu capital. É dizer, o Decreto n. 77.053/1976 trata da incidência do imposto de renda das empresas, enquanto que a Lei n. 8.383/1991 trata da incidência do imposto de renda das pessoas que recebem lucros e dividendos das empresas. Não há, portanto, qualquer fator de discriminação entre as empresas com base na constituição de seu capital, mas sim entre as pessoas que auferem renda proveniente de lucros e dividendos, atribuindo às empresas, apenas a função de reter o imposto na fonte. E esta discriminação, como antes foi demonstrado, é constitucionalmente lícita.” (Fls. 114/117).

Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que, quando o legislador constitucional pretender eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o **caput** do art. 5º do Texto Maior.

Por fim, sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxação engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeira, aqui estivesse situada.

Por esses fundamentos, acompanho o voto do Relator.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Denise Arruda: O presente recurso especial teve seu julgamento iniciado em 18.09.2003, quando o eminente Ministro-Relator Teori Zavascki negou provimento ao recurso, divergindo de seu voto o não menos eminente Ministro José Delgado (cert. fl. 277).

Inaugurada a divergência, houve pedido de vista do Ministro Francisco Falcão, o qual, na seqüência, acompanhou o voto do Ministro José Delgado, razão por que houve pedido de vista do Ministro Luiz Fux (cert. fl. 282).

Prosseguindo o julgamento, o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Ministro-Relator, e, ocorrendo empate, foi determinada a reinclusão do feito em pauta, para colher-se o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros (cert. fl. 284).

Considerando o afastamento do Ministro Humberto Gomes de Barros desta Primeira Turma, foi renovado o julgamento do recurso especial, oportunidade em que, na qualidade de sucessora, pedi vista dos autos (cert. fl. 288) para melhor apreciar a questão em debate.

O Ministro-Relator, para negar provimento ao recurso especial, assim sintetizou seu entendimento: “a) A ‘Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda’, recepcionada em nosso

ordenamento jurídico pelo Decreto n. 70.053/1976, não contém qualquer antinomia com a legislação interna que trata da incidência do imposto de renda retido na fonte sobre dividendos enviados por empresa brasileira a sócio residente na Suécia; b) Se antinomia houvesse, prevaleceria, na disciplina da matéria, a norma interna superveniente à citada Convenção. É que a eficácia dos tratados, na ordem internacional, subordina-se a formas próprias de criação e revogação distintas das que operam na ordem interna. Uma vez integradas à ordem interna, as normas internacionais estão sujeitas à revogação, segundo a forma estabelecida no art. 2^a da Lei de Introdução ao Código Civil; c) A parte final do art. 98 do CTN deve ser compreendida como aplicável tão-somente aos tratados contratuais.”

Por sua vez, o Ministro José Delgado, alegando que seguia a tradição jurisprudencial desta Corte, em relação ao acordo GATT-47, deu provimento ao recurso especial, fundado nos princípios: a) de proibição da dupla incidência tributária, b) da equiparação de tratamento que regula as relações jurídico-tributárias internas e externas, c) da não-discriminação do capital estrangeiro, que tem tratamento equiparado àquele estabelecido para a ordem interna, não fazendo distinção entre residentes e não-residentes, cf. art. 2^a da Lei n. 4.131, independentemente das disposições constitucionais (arts. 172 e 150, II, CF). De conseqüência, insistindo em que o art. 24 do Tratado questionado diz respeito ao princípio da não-discriminação nas convenções internacionais, conclui por afirmar que os princípios mencionados objetivam facilitar as relações internacionais/comerciais, para favorecer a atração do capital estrangeiro para o País e permitir o seu regulamento de forma que beneficie o desenvolvimento nacional.

O Ministro Francisco Falcão, após divergir do Ministro-Relator no sentido de prevalência da lei interna sobre os tratados internacionais, aduz que estes não devem ser alterados por lei ordinária, em face da segurança jurídica que deve presidir as relações internacionais, sob pena de perda da confiança do Brasil perante a ordem internacional. Fazendo o confronto entre os preceitos legais invocados em face da Convenção Internacional, refere que a Lei n. 8.849/1994, alterando a legislação do Imposto de Renda, estabeleceu que a cobrança de tal tributo relativo a dividendos e bonificações teria início em *1^a de janeiro de 1994*, enquanto que para as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, o termo inicial para a retenção do imposto seria *1^a de janeiro de 1993*. Menciona que haveria, aí, um tratamento não isonômico entre os sócios, com tributação mais onerosa ao residente ou domiciliado no estrangeiro. Ademais, entendendo que o art. 10 do Tratado não tem relevância para o deslinde da controvérsia, conclui por afirmar que tal disposição não afasta a regra da isonomia, que deve ter prevalência sobre as demais.

O Ministro Luiz Fux, para acompanhar o Relator, faz um confronto entre o que dispõe o item 24 da “Convenção Internacional entre Brasil e Suécia para evitar dupla tributação”, formalizada pelo Decreto n. 77.053/1976, e a legislação interna, especialmente pelo contido no art. 75 da Lei n. 8.383/1991.

E para concluir seu entendimento refere: “3. Manifesta antinomia solvida à luz da exegese do art. 98 do Código Tributário Nacional, emprestada pela excelsa Corte no sentido de que inexistente hierarquia entre tratados e a lei interna ordinária. 4. Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados, em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que quando o legislador constitucional pretendeu eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o **caput** do art. 5º do Texto Maior. 5. Por fim, sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxaço engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeira, aqui estivesse situada.”

E, imbuída da grande responsabilidade que me foi atribuída, pedindo vênua ao talentoso e culto Ministro-Relator, bem assim ao eminente Ministro Luiz Fux, inclino-me em adotar o entendimento que foi inaugurado com a divergência do Ministro José Delgado, com os acréscimos apresentados pelo Ministro Francisco Falcão.

Ao examinar os autos, ainda que afastando a análise do tema à luz da Carta Magna, de apreciação exclusiva da Excelsa Suprema Corte, limitei-me à exegese do art. 98 do Código Tributário Nacional (que, reconheça-se, não é preceito legal complementar de entendimento uniforme na doutrina e na jurisprudência), bem como à interpretação que possa ser dada ao tópico do art. XXIV da “Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda Brasil-Suécia”, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 93, de 05.11.1975 e promulgada pelo Decreto n. 77.053, de 19.01.1976, publicado no DOU de 20.01.1976.

Inicialmente cabe salientar que o tratado aqui em discussão teve seu procedimento interno devidamente observado; após a fase inicial das negociações e celebrado pelo Executivo, foi objeto de processo legislativo (Decreto Legislativo sob n. 93, de 05.11.1975, DOU de 06.11.1975), com promulgação subsequente pelo Sr. Presidente da República, por meio do Decreto n. 77.053, de 19.01.1976, DOU de 20.01.1976.

Com esse procedimento o aludido tratado passou a ter força de *lei interna*.

O art. 98 do Código Tributário Nacional estabelece que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

E, examinando o tema, **Alberto Xavier** defende a supremacia dos tratados internacionais sobre as leis internas, e, analisando o art. 98 do CTN, menciona:

“A conclusão de que os tratados têm supremacia hierárquica sobre a lei interna e se encontram numa relação de especialidade em relação a esta, é confirmada, em matéria tributária, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional que, em preceito declaratório, dispõe que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

Observe-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere à ‘revogação’ da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de limitação da eficácia da lei que se torna relativamente inaplicável a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da derrogação e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis.

Cumprir notar que a supremacia hierárquica dos tratados sobre as leis internas tem como efeito proibir a sua revogação por leis internas subsequentes, não sendo porém o fundamento exclusivo da sua ‘aplicação prevalente’ (*Anwendungsvorrang*). É que, ainda que tratado e lei ordinária tivessem paridade de valor hierárquico, a aplicação prevalente do primeiro resulta diretamente de uma *relação de especialidade*.” (“Direito Tributário Internacional do Brasil”, 5ª ed., Forense, 2000, pp. 123/124).

E conclui: “Observe-se, enfim, que o art. 98 do Código Tributário Nacional, tendo natureza de *lei complementar*, contém um comando adicional ao legislador ordinário, que veda a este, hierarquicamente, qualquer desobediência ao tratado.” (ob. cit., p. 125).

No mesmo sentido é a lição de **Macêdo de Oliveira**, comentando o art. 98 do CTN:

“Os tratados e convenções internacionais, celebrados pelo Presidente da República, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional através de decretos legislativos, prevalecem sobre o direito interno. Os países, como os indivíduos, promovem acordos, realizam convênios, para a solução de questões comuns e recíprocas, os quais, no campo tributário, são muito empregados para evitar a bitributação internacional e em matéria de tarifas alfandegárias (incidentes sobre o comércio exterior). Embora se estabelecesse, originariamente, a distinção entre tratado e convenção considerando a natureza política daquele e a não política deste, hoje se reconhece o uso das expressões como sinônimas.

Em suma, os tratados e convenções internacionais, se ratificados pelo Poder Legislativo, funcionam como regras de direito, com eficácia interna, como os demais atos legais, aos quais, todavia, se sobrepõem, segundo prescreve este artigo.” (“Código Tributário Nacional”, ed. Saraiva, 1998, p. 241).

Por tal razão é que **Sacha Calmon Navarro Coêlho** refere que “Quando o art. 98 do CTN, que só pode ser mudado por outra lei complementar — e portanto sob o ponto de vista material é lei complementar —, dispõe que o tratado revoga a legislação tributária interna e não pode ser revogado pela legislação tributária interna superveniente, o art. 98 do CTN não está se referindo apenas à legislação federal. Refere-se às legislações parciais da União, dos Estados e dos Municípios, que juntas formam a ordem jurídica tributária total do Estado Brasileiro, como é da índole do Estado Federal. Não menos do que por isso, o Ministro Rezek, que pertenceu à Suprema Corte, pôde dizer que o art. 98 construiu no domínio tributário uma regra de primado do direito internacional sobre o direito interno (‘Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária — ABDF n. 22.’ (In ‘Tratados Internacionais em Matéria Tributária (Perante a Constituição Federal do Brasil de 1988)’, ‘Revista de Direito Tributário’ n. 59, p. 185).

Também **Maria de Fátima Ribeiro**, integrando um grupo de tributaristas que comentou o Código Tributário Nacional (5ª ed., Forense, pp. 204/205), ao discorrer sobre o art. 98 do CTN e citando **Fábio Fanucchi**, salienta ‘... que comumente ocorre que determinada situação tributável se submeta a uma pluralidade de poderes impositivos, de Estados soberanos distintos. Desde que ocorrida essa circunstância e a fim de evitar que o sujeito passivo se subordine a várias imposições perante um só fator de avaliação de sua capacidade contributiva, surgem os tratados e convenções internacionais que, no seu contexto, declaram pretender evitar a *bitributação* internacional’.”

E, para arrematar, lembre-se o que afirmou **Aliomar Baleeiro**, dizendo que o art. 98 do CTN expressa a hierarquia do tratado sobre a legislação tributária antecedente ou superveniente (“Direito Tributário Brasileiro”, 11ª ed., Forense, p. 639, atualizada por **Misabel Abreu Machado Derzi**).

Assim, observado o real alcance do multicitado art. 98 do CTN, que veda o desrespeito ao tratado internacional ou a sua alteração por lei interna, há que se examinar o preceito normativo constante da Convenção, especialmente o alusivo ao item que obsta a discriminação tributária em se considerando a nacionalidade dos sócios — se residentes ou não no País.

O artigo 24 da Convenção Internacional dispõe: “1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributa-

ção ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação. 2. ... 3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes. 4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado. 5. No presente artigo, o termo 'tributação' designa os impostos de qualquer natureza ou denominação."

Ou seja, o que foi consignado foi a vedação de tratamento não-isonômico entre os sócios, bem como entre as empresas, levando em consideração apenas a nacionalidade ou a residência ou domicílio das pessoas físicas. O que se buscou foi exatamente assegurar que *a tributação fosse a mesma*, entre nacionais e não nacionais, ou melhor, convencionou-se a isonomia tributária entre os sócios de diferentes nacionalidades.

No entanto, lei superveniente maculou o princípio da isonomia tributária, impondo tratamento discriminatório entre os sócios, utilizando como único discriminador a *residência ou domicílio no País*.

A Lei n. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, estabeleceu:

"Art. 75. Sobre os lucros apurados a partir de 1^o de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei n. 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.

(...)

(...)

Art. 77. A partir de 1^o de janeiro de 1993, a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos de que trata o art. 97 do Decreto-Lei n. 5.844, de 23 de setembro de 1943, com as modificações posteriormente introduzidas, passará a ser de quinze por cento."

A simples leitura dos dispositivos legais reproduzidos revela, de pronto, que as pessoas físicas ou jurídicas *residentes ou domiciliadas no País* estariam isentas do pagamento do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido apurado no ano de 1993 (art. 75); e, ao contrário, a partir de 1^a de janeiro de 1993 (mesma data aludida no preceito legal antes referido), o imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos distribuídos a pessoas físicas ou jurídicas *não residentes no País passaria a ser de quinze por cento* (art. 77).

Há, nesse ponto, inuovável discriminação em decorrência da residência e/ou domicílio dos sócios ou sede da empresa, o que implicaria em manifesta violação dos termos da “Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda Brasil-Suécia”.

O inconformismo da recorrente não se situa na imposição tributária simplesmente, mas sim resulta de sua irrisignação em face da imposição tributária discriminatória, posto que para o mesmo período — 1993 — e tão-somente para os sócios residentes e domiciliados no Brasil não incidiria o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido correspondente a dividendos e bonificações. Ou seja, para o mesmo fato (lucros e dividendos da pessoa jurídica), em razão apenas do domicílio e residência dos sócios, no mesmo período temporal, os sócios aqui residentes e domiciliados tiveram um benefício fiscal que não alcançou os sócios residentes e domiciliados na Suécia.

Partindo do pressuposto que a Convenção entre Brasil e Suécia configura uma *relação de especialidade*, que está assegurada no âmbito interno pela autoridade da disposição complementar do art. 78 do CTN, inviável seria o descumprimento da norma indicada (art. 24) pela lei superveniente que revela, inclusive, tratamento discriminatório entre os figurantes da aludida Convenção, tão apenas em face da residência ou domicílio de cada um.

A jurisprudência — embora hipóteses similares não sejam de tratamento diuturno — já proclamou por suas Turmas que integram a Primeira Seção deste Tribunal:

“Imposto de importação — IPI — Vitamina ‘A’ alíquota zero — GATT.

Os tratados e convenções internacionais integram a legislação tributária interna (artigo 96, CTN), revogam-se e modificam-na (art. 98, CTN).

Constando do GATT o benefício da alíquota zero para a vitamina ‘A’ e seus derivados, a legislação interna não tem força para alterá-lo.

Precedentes.

Recurso improvido.”

(REsp n. 154.092/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 02.03.1998, p. 44)

“Tributário. Importação. Trigo em grão. Fixação da alíquota. Portaria Ministerial n. 939/1991. Impossibilidade. CTN, art. 98. Precedentes.

1. O art. 98/CTN não admite a revogação de tratado pela legislação tributária antecedente ou superveniente.

2. Não é lícito ao Poder Executivo, mediante simples portaria, fixar alíquota superior à estabelecida em acordo internacional.

3. Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp n. 209.526/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.06.2000)

Em conclusão, se o tratado deveria ser observado pela lei interna subsequente; se o mesmo tratado conteria uma *relação de especialidade*; se foi desconsiderado o princípio da isonomia tributária entre os sócios; se houve igualmente discriminação entre os sócios da mesma empresa, cujo discrimen foi fundado apenas no fato residência e/ou domicílio de cada um, a meu ver, está claramente evidenciada a violação do art. 98 do CTN e do art. 24 da Convenção Brasil-Suécia.

E, pedindo vênias aos eminentes Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux, por esses fundamentos acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro José Delgado, razão por que voto no sentido de dar provimento do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 440.002 — SE (2002/0072174-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Francisco Matias dos Santos

Advogados: Antônio Furtado Leite e outro

Recorrido: Cícero Pereira da Silva

Advogados: Antônio Furtado Leite e outro

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública. Tutela de direitos transindividuais. Meio ambiente. Competência. Repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Distinção entre competência e legitimação ativa. Critérios.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acresci-

dos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama (Leis ns. 6.938/1981, art. 18, e n. 7.735/1989, art. 4^a).

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 06.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Cuida-se de recurso especial apresentado contra acórdão do TRF da 5^a Região que negou provimento a agravo de instrumento, confirmando decisão do juiz de primeiro grau que, nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em face de particulares, visando coibir dano ambiental, declinou de sua competência em favor da Justiça Estadual de Sergipe. São os seguintes os fundamentos principais alinhados pelo Tribunal de origem: (a) a ação “foi proposta contra particulares, dela não figurando, quer como autoras, rés, assistentes ou oponentes a União Federal, suas autarquias ou empresas públicas” (fl. 66); (b) não procede o argumento da existência de interesse da União ou do Ibama “apenas pelo fato de o dano ambiental, ainda que envolvendo manguezais e mata atlântica” (fl. 66), porque os bens ambientais não são bens da União, e sim bens de uso comum, e ainda porque “não é suficiente a simples indicação de interesse da União para deslocar a competência”, devendo tal interesse “ser expresso e traduzir uma posição processual definida” (fl. 68); (c) tampouco procede a alegação de que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) teria modificado o art. 2^a da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), estabelecendo a competência da Justiça Federal para o julgamento de todas as ações civis públicas que objetivem a proteção do patrimônio nacional, uma vez que “dispositivo constitucional algum poderia alterar, reduzir ou ampliar a norma

constitucional”, do que decorre que “fora das hipóteses expressamente previstas no art. 109 da CF, a Justiça Federal não é competente” (fl. 69).

No especial, fundado nas alíneas **a** e **c**, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 93 da Lei n. 8.078/1990 e 18 da Lei n. 6.938/1981, sustentando, em suma, que (a) a demanda envolve bens da União (terrenos de marinha e seus acrescidos, componentes do ecossistema no manguezal do Atalaia), configurando-se, por essa razão, o interesse desse ente público; (b) caracteriza-se também, na hipótese, o interesse do Ibama, autarquia federal a que compete proteger e fiscalizar as atividades ilícitas que causem danos ao ecossistema, e que interveio preventivamente, no caso concreto, por meio de embargos administrativos; (c) entre as funções constitucionais do MP está a promoção da ação civil pública (CF, art. 129, III), consagrando as Leis ns. 6.938/1981, art. 14, § 1º, e 7.347/1985, art. 5º, a legitimidade ativa do *Parquet* para o combate aos danos ambientais; (d) “a presença do MPF com autor da ação supre a ausência da União Federal e do Ibama como litisconsortes” (fl. 81).

Não foram apresentadas contra-razões.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do apelo, em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Ação civil pública. Dano ao meio ambiente. Manguezais. Bem da União. Interesse do MPF. Competência da Justiça Federal.

1. Os manguezais que estão compreendidos nos terrenos de marinha e seus acrescidos são propriedade da União Federal e o Ibama é o órgão federal encarregado de licenciar qualquer uso desse importante ecossistema, com florestamento próprio, de reprodução da fauna marinha.

2. A destruição de floresta de manguezal demandou a fiscalização do Ibama, que solicitou ao MPF as providências cabíveis.

3. Sendo o MPF órgão integrante da União, as pretensões por ele deduzidas devem ser dirimidas pela Justiça Federal.

4. Pela competência da Justiça Federal.” (Fl. 115)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Põe-se em foco, no presente caso, um tema freqüente em nossos pretórios, nem sempre enfrentado com clareza, que é o da distribuição da competência, entre Justiça Federal e Justiça Estadual, para processar e julgar ações civis públicas destinadas a tutelar direitos transindividuais

(coletivos e difusos). As dificuldades para encontrar linha objetiva de orientação se agravam porque, no geral dos casos, não se dá ênfase ao problema que subjaz à questão competencial, que é o da repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual. Realmente, também a ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, a saber: cabe aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho”. Ocorre que, nessa espécie de ação, o direito tutelado tem natureza transindividual, a significar que são indeterminados os titulares do direito material. Não estando legitimado, para o pólo passivo, nenhum ente federal, estaria descartada a competência da Justiça Federal? Esta pergunta envolve não uma questão de competência, e sim de legitimidade.

Com efeito, para fixar a competência da Justiça Federal, basta que a ação civil pública seja proposta pelo Ministério Público Federal. Nesse caso, bem ou mal, figurará como autor um órgão da União, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 109, I, da Constituição. Embora sem personalidade jurídica própria, o Ministério Público Federal está investido de personalidade processual, e a sua condição de *personalidade processual federal* determina a competência da Justiça Federal. É exatamente isso o que ocorre também em mandado de segurança, em **habeas data** e em todos os demais casos em que se reconhece legitimidade processual a entes não personalizados: a competência será fixada levando em consideração a natureza (federal ou não) do órgão ou da autoridade com personalidade apenas processual, e essa natureza é a mesma da ostentada pela pessoa jurídica de que faz parte.

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimação ativa para a causa. Para efeito de competência, como se sabe, pouco importa que a parte seja legítima ou não. A existência ou não da legitimação deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial é logicamente antecedente e eventualmente prejudicial à da legitimidade das partes. Para efeito de competência, o critério **ratione personae** (que é o estabelecido no art. 109, I, da CF) é considerado em face apenas dos termos em que foi estabelecida a relação processual. Em outras palavras, para efeito de determinação de competência, o que se leva em consideração é a *parte processual*, o que nem sempre coincide com a *parte legítima*. Parte *processual* é a que *efetivamente*

figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte *legítima* é aquela que, segundo a lei, *deve figurar* como demandante ou demandada no processo. A legitimidade **ad causam**, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima.

Reafirma-se, assim, que a simples circunstância de se tratar de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal. Por isso mesmo é que se enfatiza que a controvérsia posta não diz respeito, propriamente, à competência para a causa e sim à legitimidade ativa. Competente, sem dúvida, é a Justiça Federal. Cabe agora, portanto, investigar se, à luz do direito, o ajuizamento dessa ação, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos, é atribuição do Ministério Público Federal ou do Estadual. Concluindo-se pela ilegitimidade daquele, a solução não será a da declinação de competência, mas de extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Quando se trata de repartir competências (legislativas, administrativas ou jurisdicionais), o princípio a ser seguido, decorrente de nosso sistema federativo, é o de reconhecer como da esfera estadual toda a matéria residual, ou seja, a que não estiver conferida, por força de lei ou do sistema, ao órgão federal. Para os fins aqui perseguidos, o princípio é o mesmo. Ocorre que a Lei Complementar n. 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, que seria a sede normativa adequada para explicitar as atribuições desse órgão (CF, art. 128, § 5º), não foi nada feliz no particular. Os seus artigos 5º e 6º, por exemplo, ao tratarem das funções institucionais e da competência do “Ministério Público da União”, elencaram, na verdade, funções institucionais e competências do próprio Ministério Público, que são também comuns, portanto, às do Ministério Público dos Estados. No ponto que aqui interessa, outorgou-se ao Ministério Público “da União” competência para “promover o inquérito civil e a ação civil pública”, entre outras hipóteses, para a proteção “dos direitos constitucionais” (art. 6º, VII, **a**), “do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (VII, **b**) (...) e de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (VII, **d**), sem maiores explicitações e, aparentemente, incluindo toda a competência residual. Bem se vê que tais dispositivos não podem ser entendidos na extensão que decorre de sua interpretação puramente literal. Devem, ao contrário, ter seu alcan-

ce compreendido à luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente do antes referido princípio federativo.

O limitador implícito na fixação das atribuições do Ministério Público da União é, certamente, o da existência de interesse federal na demanda. Caberá a ele promover, além das ações civis públicas que envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral), todas as que devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Será da alçada do Ministério Público Federal promover ações civis públicas que sejam da competência federal em razão da matéria — as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI) — ou em razão da pessoa — as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou as que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I).

Este último ponto merece explicitação. Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Mas outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas são configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em razão dos bens e valores a que se visa tutelar.

É o caso dos autos. Aqui, a demanda visa tutelar o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que, nos termos do art. 20, VII, da Constituição, são bens da União, sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o Ibama — Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Leis ns. 6.938/1981, art. 18, e 7.735/1989, art. 4º).

Em suma, a competência para a causa é da Justiça Federal, porque se trata de demanda promovida pelo Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa tutelar bens e interesses nitidamente federais,

e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área que compõe o patrimônio da União e submetida ao poder de polícia de autarquia federal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 530.121 — RS (2003/0072980-3)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: União

Recorrida: Cooperativa de Serviço e Mão-de-Obra Ltda — Cooperserv

Advogado: João Antônio Pinto de Moraes

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Aquaviários. Organização em cooperativas. Exercício de atividade profissional. Concessão de embarque pela autoridade marítima. Desnecessidade de vínculo trabalhista. Art. 7^o da Lei n. 9.537/1997. Ausência de prequestionamento do art. 1^o da Lei n. 1.533/1951. Súmulas ns. 282 e 356/STF. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

1. A mencionada “autorização de embarque” significa a permissão para que, efetivamente, os trabalhadores aquaviários possam estar na condução de suas embarcações e em pleno exercício da profissão.

2. Embora em seu parágrafo único, art. 7^o, a Lei n. 9.537/1997 preveja que o embarque e o desembarque do tripulante submetem-se às regras do seu contrato de trabalho, é certo que essa exigência não se aplica aos aquaviários que são cooperativados e arrematados por essa instituição para o exercício de suas atividades profissionais.

3. A Lei n. 9.537/1997, em seu art. 7^o, parágrafo único, não fornece à autoridade marítima argumento legal para que, sob alegação de inexistência de vínculo de emprego entre cooperativa e cooperativados, denegue a esses trabalhadores a autorização de embarque e desembarque necessária ao exercício de suas profissões.

4. Dentre as atribuições conferidas à autoridade marítima, não incluiu o art. 4^o da Lei n. 9.537/1997, a competência para a fiscalização e controle dos contratos de trabalho eventualmente estabelecidos pelos profissionais por ela regulados no âmbito administrativo.

5. Não tendo sido a matéria de que trata o artigo 1º da Lei n. 1.533/1951 objeto de enfrentamento pelo acórdão recorrido, torna-se evidente a ausência do necessário prequestionamento consoante prescrito nas Súmulas ns. 282 e 356/STF.

6. Recurso especial conhecido em parte, e nesta, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 28.04.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida a espécie de recurso especial fundado na alínea **a** do permissivo constitucional interposto pela União em autos de mandado de segurança. O acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa:

“Administrativo. Aquaviários. Embarque e desembarque. Trabalhadores organizados em cooperativas. Exigência de contrato de trabalho. Ilegalidade. O art. 7º da Lei n. 9.537/1997 deve ser interpretado em conformidade com as demais regras e definições previstas no mesmo diploma legal, sob pena se restringir de forma ilegal o exercício da atividade profissional de aquaviário apenas aos aquaviários empregados, quando a única restrição estabelecida na própria Lei n. 9.537/1997 é a de que há a necessidade de habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional (art. 2º, II), devendo ser observados os níveis de habilitação estabelecidos pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações. (Art. 7º, **caput**)

A exigência para o deferimento de embarque e desembarque do tripulan-

te, de que deve submeter-se às regras do seu contrato de trabalho, apenas é aplicável ao tripulante empregado, não se submetendo a ela os trabalhadores organizados em cooperativas.

Prequestionados os arts. 2º, 4º, 7º e 39 da Lei n. 9.537/1997, e os arts. 5º, XVIII e 174, § 2º, ambos da Constituição Federal.” (V. acórdão recorrido, fl. 195)

A controvérsia restou bem sumariada pela r. sentença, cujo excerto, a título de relatório, transcreve-se:

“Cooperativa de Serviços e Mão-de-Obra Ltda ajuizou o presente mandado de segurança contra ato do Capitão dos Portos — Capitania dos Portos em Rio Grande, com pedido liminar, pretendendo que seja determinado ao impetrado que conceda ou homologue o embarque e desembarque dos marítimos, sócios da impetrante, devidamente habilitados, a fim de que possam exercer suas funções nas localidades contratadas, quais sejam, nas cidades de Pelotas e São Lourenço/RS. Disse que contratou com a Superintendência de Portos e Hidrovias do Rio Grande do Sul o fornecimento de mão-de-obra de marítimos ligados a hidrovias e que teve o pedido de autorização para embarque dos cooperados indeferido pelo impetrado, sob o argumento de que o embarque e desembarque de aquaviários condicionam-se à existência de vínculo empregatício. A liminar foi deferida (fls. 109 e 110). Notificada, a autoridade e impetrada prestou informações (fls. 119 e 120), dizendo que a impetrante não possuía legitimidade para requerer o despacho das embarcações mercantes de propriedade da entidade com a qual contratara prestação de serviços. Disse que tomou conhecimento de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região referente à situação semelhante, o qual, reportando-se ao art. 7º da Lei n. 9.537/1997, dizia que o embarque e desembarque de tripulantes submetem-se às regras de seu contrato de trabalho, não se excluindo do alcance dessa norma os trabalhadores organizados em cooperativas. Salientou que seu ato não feriu direito líquido e certo daquela. Juntou documentos. O Ministério Público Federal, na manifestação de folhas 128 a 130, opinou pela concessão da segurança, entendendo que a interpretação feita pelo impetrado da Lei n. 9.537/1997, constitui afronta aos artigos 174, §§ 2º e 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal. A Advocacia Geral da União ingressou com pedido de reconsideração da liminar concedida, aduzindo que o ato da autoridade coatora encontra-se amparado em Lei. Cita ementa do Tribunal Regional Federal da 4ª Região com a respectiva manifestação do representante do Ministério Público...” (sentença de fls. 155/160).

Interposto recurso de apelação, foi desprovido pelo acórdão de fls. 190/195, nos termos da ementa supratranscrita.

Manejando recurso especial, alega a União que o v. acórdão se equivocou ao autorizar o embarque dos aquaviários, uma vez que ausente o vínculo empregatício entre a cooperativa e os trabalhadores arregimentados, pelo que restaram contrariados os artigos 7º, § único, da Lei n. 9.537/1997, que exige tal condição, e 1º da Lei n. 1.533/1951, porquanto ausente direito líquido e certo. Confira-se o teor desses dispositivos:

Lei n. 9.537/1997: “Art. 7º Os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações. Parágrafo único. O embarque e desembarque do tripulante submetem-se às regras de seu contrato de trabalho.

Lei n. 1.533/1951: “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.” (...)

Sem contra-razões, o recurso foi admitido pela decisão de fls. 207/208.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Constata-se, de início, que a matéria deduzida no art. 1º da Lei n. 1.533/1951 afeta a existência de direito líquido e certo a fundar o reclamo, não foi objeto de enfrentamento pelo acórdão recorrido, sendo evidente a ausência do necessário prequestionamento da questão consoante prescrito nas Súmulas ns. 282 e 356/STF. Destarte, no particular, não conheço do recurso.

Ao que se verifica, o tema litigioso remanescente é pertinente à necessidade de os aquaviários possuírem, além do vínculo com a respectiva cooperativa, contrato de trabalho específico com as pessoas ou entidades às quais prestarão serviços. Segundo sustenta a União, a Cooperativa não possui legitimidade para pleitear a autorização de embarque dos cooperativados por não haver estabelecido com eles contrato de trabalho. Note-se, a mencionada “autorização de embarque” significa a permissão para que, efetivamente, os trabalhadores aquaviários possam estar na condução de suas embarcações e em pleno exercício da profissão.

Todavia, a interpretação sistemática da Lei n. 9.537/1997 conduz a juízo diverso. Realmente, embora o parágrafo único do art. 7º da referida lei preveja que

:

o embarque e o desembarque do tripulante submetam-se às regras do seu contrato de trabalho, é certo que essa exigência não se aplica à espécie, uma vez que os aquaviários são cooperativados, não havendo que se falar em vínculo trabalhista para a prestação de serviços.

Verifica-se, a propósito, que a lei em referência, ao elencar as atribuições da autoridade marítima (inclusive a habilitação e cadastro dos aquaviários), não incluiu a competência para a fiscalização e exigência dos contratos de trabalho eventualmente estabelecidos pelos profissionais por ela regulados.

Soma-se a essa evidência a aplicação das regras constitucionais (CF, arts. 5º, XVIII e 174, parágrafo segundo) que, expressamente, buscam fortalecer e desenvolver o cooperativismo.

Nesse sentido, oportuno referir o parecer ministerial de fls. 184/187, do qual se ressalta:

“Inicialmente, cumpre salientarmos que, segundo dispõe o art. 4º da Lei n. 9.537/1997, não constitui atribuição da autoridade marítima a verificação de vínculo laboral como requisito para deferimento de embarque ou desembarque.

Preconiza a referida lei tão-somente a elaboração de normas de habilitação e cadastro dos aquaviários e amadores a fim de resguardar a vida humana, nada dispondo de forma expressa sobre a verificação de vínculo laboral, motivo pelo qual não pode ser o mesmo exigido pela autoridade coatora.

Além disso, não cabe no presente caso a aplicação do art. 7º da Lei n. 9.537/1997 o qual exige que os aquaviários possuam o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo de embarcações, na medida em que, foram os aquaviários contratados por uma cooperativa, sendo, conseqüentemente regidos por legislação própria, qual seja, a Lei n. 5.764/1971.

Na realidade, na situação em análise, faz-se desnecessária a existência de contrato de trabalho, bastando para o desempenho de suas atividades sua regular habilitação através da CIR — Caderneta de Inscrição e Registro.

A Lei n. 5.764/1971 nada dispõe sobre a exigência de vínculo empregatício, ou seja, contrato de trabalho tácito ou expresso, motivo pelo qual a exigência de contrato de trabalho por parte da autoridade coatora que impede a prestação de serviços dos cooperativados não deve prosperar.

Também convém ressaltarmos que entendimento contrário a este violaria disposição constitucional o qual prevê o livre exercício de profissão bem

como o disposto no art. 174, parágrafo segundo, o qual estimula o cooperativismo juntamente com o inciso XVIII do art. 5º da CF/1988 que veda a interferência estatal no funcionamento das cooperativas.

A Carta Magna é clara ao correlacionar as cooperativas com as associações, e, em um dispositivo de ordem econômica é dispor que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo, correlacionando, assim, associativismo e cooperativismo entre as instituições de ordem econômica...”

Por todo o exposto, conheço em parte do recurso especial, e nesta, nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-VISTA

Administrativo. Aquaviários. Organização em cooperativas. Desnecessidade da existência de contrato de trabalho para exercício da atividade profissional. Art. 7º da Lei n. 9.537/1997.

1. Não está elencada entre as competências outorgadas à autoridade marítima pelo art. 4º da Lei n. 9.537/1997 a fiscalização dos contratos de trabalho eventualmente celebrados pelos aquaviários.

2. O art. 7º da Lei n. 9.537/1997 não impõe a necessidade de celebração de contrato de trabalho para o exercício da atividade profissional pelo aquaviário, estabelecendo apenas que, nas hipóteses em que o mesmo exista, deverão seus termos ser respeitados nos procedimentos de embarque e desembarque, mas sem impedir que a vinculação do profissional ocorra por intermédio de cooperativa.

3. Voto pelo conhecimento parcial e, nessa parte, pelo improvimento do recurso especial, acompanhando o Relator.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial (fls. 198/205) interposto pela União Federal, com base na alínea a da previsão constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

“Administrativo. Aquaviários. Embarque e desembarque. Trabalhadores organizados em cooperativas. Exigência de contrato de trabalho. Ilegalidade.

O art. 7º da Lei n. 9.537/1997 deve ser interpretado em conformidade com as demais regras e definições previstas no mesmo diploma legal, sob pena de se restringir de forma ilegal o exercício da atividade profissional de aquaviário apenas aos aquaviários empregados, quando a única restrição estabelecida na própria Lei n. 9.537/1997 é a de que há a necessidade de ha-

bilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional (art. 2º, II), devendo ser observados os níveis de habilitação estabelecidos pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações (art. 7º, **caput**).

A exigência para o deferimento de embarque e desembarque do tripulante, de que deve submeter-se às regras de seu contrato de trabalho, apenas é aplicável ao tripulante empregado, não se submetendo a ela os trabalhadores organizados em cooperativas.

Prequestionados os arts. 2º, 4º, 7º e 39 da Lei n. 9.537/1997, e os arts. 5º, XVIII e 174, § 2º, ambos da Constituição Federal” (fl. 195).

A recorrente aponta ofensa aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951 e 7º, § único, da Lei n. 9.537/1997, alegando, essencialmente, que (a) não há direito líquido e certo a ser tutelado pela via mandamental; (b) há necessidade de contrato de trabalho para a prestação de serviços marítimos e fluviais na forma cooperativa, sob pena de ficarem os trabalhadores sem as garantias outorgadas pela legislação trabalhista.

O Relator, Ministro José Delgado, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, alinhando as seguintes razões: (a) não está prequestionado o art. 1º da Lei n. 1.533/1951; (b) embora o § único do art. 7º da Lei n. 9.537/1997 preveja que o embarque e o desembarque do tripulante submetam-se às regras de seu contrato de trabalho, essa exigência não se aplica ao caso em exame, em que os aquaviários são cooperativados, não havendo falar em vínculo trabalhista para a prestação de serviços; (c) a citada lei não incluiu entre as atribuições da autoridade marítima a fiscalização dos contratos de trabalho eventualmente estabelecidos pelos profissionais cuja atividade regula; (d) as regras postas nos arts. 5º, XVIII e 174, § 2º, da Constituição visam fortalecer o cooperativismo.

Pedi vista.

2. Conforme assinalado pelo Relator, não merece ser conhecido o recurso especial na parte em que aponta violação ao art. 1º da Lei n. 1.533/1951 — “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entende com essas funções. § 2º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança” —, já que a norma aí expressa não contém comando capaz de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido.

3. É o seguinte o teor dos dispositivos que importa ter presentes para o deslinde do caso (arts. 4º e 7º da Lei n. 9.537/1997):

Art. 4º São atribuições da autoridade marítima:

I - elaborar normas para:

- a) habilitação e cadastro dos aquaviários e amadores;
- b) tráfego e permanência das embarcações nas águas sob jurisdição nacional, bem como sua entrada e saída de portos, atracadouros, fundeadouros e marinas;
- c) realização de inspeções navais e vistorias;
- d) arqueação, determinação da borda livre, lotação, identificação e classificação das embarcações;
- e) inscrição das embarcações e fiscalização do Registro de Propriedade;
- f) cerimonial e uso dos uniformes a bordo das embarcações nacionais;
- g) registro e certificação de helipontos das embarcações e plataformas, com vistas à homologação por parte do órgão competente;
- h) execução de obras, dragagens, pesquisa e lavra de minerais sob, sobre e às margens das águas sob jurisdição nacional, no que concerne ao ordenamento do espaço aquaviário e à segurança da navegação, sem prejuízo das obrigações frente aos demais órgãos competentes;
- i) cadastramento e funcionamento das marinas, clubes e entidades desportivas náuticas, no que diz respeito à salvaguarda da vida humana e à segurança da navegação no mar aberto e em hidrovias interiores;
- j) cadastramento de empresas de navegação, peritos e sociedades classificadoras;
- l) estabelecimento e funcionamento de sinais e auxílios à navegação;
- m) aplicação de penalidade pelo Comandante;

II - regulamentar o serviço de praticagem, estabelecer as zonas de praticagem em que a utilização do serviço é obrigatória e especificar as embarcações dispensadas do serviço;

III - determinar a tripulação de segurança das embarcações, assegurado às partes interessadas o direito de interpor recurso, quando discordarem da quantidade fixada;

IV - determinar os equipamentos e acessórios que devam ser homologados para uso a bordo de embarcações e plataformas e estabelecer os requisitos para a homologação;

V - estabelecer a dotação mínima de equipamentos e acessórios de segurança para embarcações e plataformas;

VI - estabelecer os limites da navegação interior;

VII - estabelecer os requisitos referentes às condições de segurança e habitabilidade e para a prevenção da poluição por parte de embarcações, plataformas ou suas instalações de apoio;

VIII - definir áreas marítimas e interiores para constituir refúgios provisórios, onde as embarcações possam fundear ou varar, para execução de reparos;

IX - executar a inspeção naval;

X - executar vistorias, diretamente ou por intermédio de delegação a entidades especializadas.

(...)

Art 7º Os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações.

Parágrafo único. O embarque e desembarque do tripulante submete-se às regras do seu contrato de trabalho.

Do primeiro dispositivo, conclui-se não estar elencada entre as competências outorgadas à autoridade marítima a fiscalização dos contratos de trabalho eventualmente celebrados pelos aquaviários.

Quanto à exigência de vínculo de emprego para a autorização de embarque e desembarque, vale dizer, para o exercício da atividade profissional pelo aquaviário, tem-se que não decorre da norma posta no art. 7º do mesmo diploma legal, aplicável apenas nas hipóteses em que a vinculação do aquaviário se dê pela forma de um contrato de trabalho, mas sem impedir que a mesma ocorra por intermédio de cooperativa.

4. Pelas razões expostas, acompanho o Relator, para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 575.280 — SP (2003/0143232-9)

Relator: Ministro José Delgado

Relator p/ o acórdão: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Procuradores: Jurandir Norberto Marçura e outros

Recorrido: Município de Santo André

Procuradores: Mônica M. Hernandez de Abreu Vicente e outros

EMENTA

Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de **Konrad Hesse**, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra

com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, **in casu**, o Estado.

3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de **lege ferenda**, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma **longa manu** do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator p/ o acórdão

DJ de 25.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe recurso especial para modificar acórdão com fundamentos sintetizados na ementa do teor que transcrevo (fl. 145):

“Embargos infringentes. — Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em favor de menor — Sentença que julgou procedente pedido voltado à obrigação de fazer, consistente na criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças, menores de seis anos, sob pena de multa diária.

Recurso voluntário visando à reforma integral da sentença, sob o fundamento de ingerência no Poder Executivo, concedido, por maioria de votos, pelo v. acórdão embargado.

Inadmissibilidade da substituição da vontade da Administração Pública — Inviabilidade de exame do mérito administrativo — Os critérios governamentais, conveniência e oportunidade, são próprios do Executivo, não podendo o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do estrito exame da legalidade e da legitimidade, **pari passu** dos princípios informadores de cada qual, pena de ingerência no Executivo, se imiscuindo em terreno discricionário específico — Desobediência ao orçamento municipal que sequer foi alegada na petição inicial da ação civil pública ajuizada, o que torna a matéria impossível de conhecimento em face da omissão da causa de pedir. Embargos infringentes rejeitados.”

Alega no especial violação aos arts. 54, IV, 208, III, e 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aduz que o oferecimento de ensino infantil, por meio de creches e pré-escolas, constitui, de um lado, um dever do Município (que poderá requerer, mediante ação própria, a colaboração técnica e financeira da União e do Estado-Membro respectivo — cf. art. 211, **caput** e § 1º, da CF/1988), e, de outro um direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade.

Contra-razões oferecidas pela manutenção do **decisum a quo**.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso. A matéria jurídica enfrentada pelo recorrente foi amplamente discutida no acórdão.

O voto condutor do acórdão objurgado encontra-se em perfeita harmonia com o posicionamento deste Relator, pelo que o transcrevo como razão de decidir (fls. 146/154):

“2. Como de há muito se adianta, a Lei n. 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, não primou pela melhor técnica normativa e nem vernacular, gerando dúvidas na aplicação de vários de seus dispositivos, os quais ora guardam contradição lógica entre si, ora malferem o plexo normativo, pois o legislador procurou tudo lançar no Estatuto, que foi retalhado, sem dúvida com a melhor das intenções, buscando o aprimoramento do tratamento ora destinado à infância e à juventude.

No entanto, não se pode, a pretexto de salvaguardar direitos, ferir normas válidas e eficazes do universo jurídico vigente, o que obriga o intérprete, em árdua tarefa, a adequar a aplicação do Estatuto à realidade jurídica.

A sanação de irregularidades, posta nos artigos 191 e seguintes do Estatuto, há de ser vista com reservas, porquanto em se tratando de entidade governamental, que é regrada por princípios reguladores próprios, a atividade do Poder Judiciário encontra-se genuinamente restrita ao controle dos atos administrativos, sob a vertente dos preceitos de regência da atuação do agente público, de maneira que qualquer determinação de fazer ou de não fazer encontra como parâmetros os princípios administrativos atinentes, não se podendo, por exemplo, invadir o mérito do ato administrativo, em especial no que concerne a conveniência e a oportunidade, assim como defeso é olvidar da legalidade estrita, pois a Administração Pública, diferentemente do particular, tem sua conduta pautada pela ordem legal, o que, em matéria de gastos públicos, revolve a diretriz orçamentária, lei de licitações e concurso público para contratação de funcionários.

Em assuntos assemelhados, este Tribunal e o colendo Superior Tribunal de Justiça já proclamaram a impertinência de determinações judiciais que atinjam o âmbito discricionário da Administração Pública, o que se pode observar pela ementa dos venerandos arestos relatados, respectivamente, pelos Desembargadores Alves Braga e Scarance Fernandes, assim como pelo Ministro José Delgado:

‘Pretensão a obrigar a Municipalidade a fornecer abrigo a famílias despejadas de área de proteção aos mananciais por força de outra ação

civil pública, igualmente movida pelo Ministério Público. Impossibilidade de o Judiciário se imiscuir em assuntos de esfera discricionária específica do Executivo. Interesse de agir inócua. Recursos improvidos' (TJSP - Câ. Esp.; Ap. Cív. n. 41.369-0/SP; Relator Des. Alves Braga; j. 15.01.1998; **v.u.**) JTJ-219/1914.

'Agravado de instrumento. Ação civil pública. Remoção de presos com condenações definitivas, transitadas em julgado, das cadeias públicas e delegacias de polícia. Liminar concedida. Inadmissibilidade.

Recurso provido' (AI n. 078.977-5/5/SP; Relator Des. Scarance Fernandes; j. 10.11.1998; **v.u.**).

'1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do Juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infraestrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender a projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridade estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido" (STJ – Primeira Turma; REsp n. 169.876; Relator Ministro José Delgado; j. 16.06.1998; **v.u.**) RSTJ-114/98.

Oportuno, ainda, transcrever o entendimento esposado pela Sexta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante:

"Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

I - O Ministério Público do Estado de Goiás com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo estadual a construir um Centro de Recuperação e Triagem, em face da prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição de Goiás são 'dirigentes' e 'programáticas'. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as 'tarefas' e 'programas' preestabelecidos) e para o Judiciário ('atualização constitucional'). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada. III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida." (STJ – Sexta Turma; REsp n. 63.128.9; Relator Ministro Adhemar Maciel; j. 11.03.1996; v.u.; DOU 20.05.1996) RSTJ-85/385.

Lê-se no bojo deste v. acórdão da lavra do eminente ministro Adhemar Maciel:

“Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram, de modo concreto, a escalada de prioridade. Assim, não se tem como obrigar o Executivo a construir o Centro de Recuperação e Triagem para a recepção de adolescentes submetidos ao regime compulsório de internamento. Haveria uma verdadeira intrusão do Judiciário no Executivo. O Relator **a quo**, o eminente Des. Noé Gonçalves Ferreira, bem apreendeu em seu voto: ‘Analisando o caso sob enfoque nestes autos em face do estudo ora produzido, tem-se, sem dúvida, que a sentença vergastada impôs ao Poder Executivo Estadual obrigação de executar obra inserida na sua discricionariedade, o que, evidentemente, não é possível. Sim, porque o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas.’”

Com efeito, a imposição de obrigação de fazer vertente à criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças menores de seis anos constitui invasão de ato de gestão governamental, que toca, com vivas cores, a conveniência e oportunidade da Administração Pública, de tal arte que a determinação almejada caracteriza ingerência indevida, uma vez que consti-

tui em adoção de critério administrativo vinculado, próprio do Executivo Estadual, malferindo a norma constitucional que atribui ao Executivo a assinação de suas prioridades administrativas e realizações, as quais se sujeitam as limitações legais, razão pela qual não se pode emitir juízo de verdadeiro mérito administrativo, como se administração fosse.

Do mesmo modo, a sanção de irregularidade que importa em dispêndio ao Erário público envolve questões afetas às diretrizes orçamentárias, publicação de edital de licitação e concurso público, de maneira que só seria possível a determinação para implantação se houvesse dotação orçamentária específica, alinhavada à omissão da administração no cumprimento da realização e, mesmo assim, inviável a restrição temporal para efetivação, porquanto ao administrador, que só pode fazer o que a lei determina, como já consignado, deve cumprir o **iter** legal.

Na hipótese em exame, ademais, a matéria atinente ao orçamento municipal não foi objeto da petição inicial, jamais tendo havido afirmação de desobediência àquele, com desvio de verba, o que, em tese, levaria à responsabilidade do administrador. Havendo omissão na causa de pedir, defeso é o conhecimento da matéria relativa à existência de verba orçamentária não utilizada para os fins descritos na exordial, pois não é dado ao julgador apreciar fatos não descritos pela parte, que estariam afastados do contraditório, pois o réu, como sabido, tem apenas o ônus da impugnação específica dos fatos narrados na petição inicial (artigo 302 do Código de Processo Civil), não se lhe podendo atribuir o ônus de impugnar fatos outros, ainda que conexos à matéria argüida, não indicados de forma precisa pela parte adversa.

Tudo não bastasse, não se pode olvidar os limites rigorosos e conseqüências ao administrador impostas pela Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de sorte que não faria sentido determinar o Poder Judiciário, que, em última análise, deverá julgar eventuais sanções à norma indicada, seu descumprimento pelo Administrado.

Daí que — e ainda que não se desconheça que tal posicionamento foi vencedor outrora nesta Câmara Especial e respeitado o posicionamento da Douta Maioria — devem os embargos ser rejeitados para o fim de julgar improcedente a ação.

Ainda que tenha o legislador pretendido, realmente, trazer aprimoramento das instituições, assim o fez olvidando todo o universo jurídico, como se fosse possível desenhar a realidade por força da escrita, como inúmeras vezes já se tentou neste país, como se tal possível fosse.

3. À vista do exposto, recebo os embargos infringentes, rejeitando-os integralmente.”

A respeito da questão debatida no presente feito, no REsp n. 169.876/SP, DJ de 21.09.1998, ao apreciar matéria a esta idêntica, externei os seguintes fundamentos, **verbis**:

“A compreensão dos temas jurídicos desenvolvidos no curso da ação ora examinada, em sede de recurso especial, exige que se tome conhecimento dos termos do relatório da sentença monocrática, fls. 616/618, do teor seguinte:

‘O Ministério Público do Estado de São Paulo aforou contra o Município de São Paulo esta ação civil pública pedindo condenação da ré no cumprimento da obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, inciso V, da Lei n. 6.766/1979), consistente na regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativos ao empreendimento indicado na inicial, na seguinte ordem sucessiva:

a) em caráter principal, mediante apresentação de ‘projeto’ a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, bem como posterior execução das obras de infra-estrutura pertinentes, tudo para sua alteração e integral adequação aos requisitos definidos nas leis municipais, estaduais e federal de regência;

b) em caráter alternativo, caso não acolhido o pedido antecedente, mediante apresentação de ‘alteração no empreendimento’, naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, inclusive com o desfazimento de todo o conjunto ou de parte inaproveitável, caso absolutamente impossível o aproveitamento das construções e parcelamento já efetuados, por força de restrições urbanísticas e administrativas invencíveis, indenizando os danos ambientais e urbanísticos;

c) em ambos os pedidos antecedentes, caso qualquer mutirante cadastrado tenha participado do mutirão e não seja contemplado em razão de alteração do projeto original, seja a ré condenada na indenização por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra dispendida para a execução do mutirão (em liquidação de sentença), ou na entrega da unidade habitacional semelhante à que lhe foi reservada no convênio, tudo na forma da condenação genérica dos arts. 95 e ss. do CPC, c.c., art. 117 e art. 21 da LACP

d) para a hipótese de descumprimento do prazo da obrigação de fazer fixado na sentença, seja estabelecida a obrigação de pagar multa

diária no valor estimado de CR\$ 1.000.000,00, mais correção monetária, destinada à conta corrente do Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados (DE, 7.070/1987 e art. 13 da Lei n. 7.347/1985).

Em prol de suas pretensões, o autor alegou, basicamente, os motivos abaixo resumidos:

— Em 21.02.1990, o Funaps e a Associação dos Trabalhadores Sem Terra do Conjunto Habitacional Movimento Unido, celebraram convênio para construção de 164 unidades residenciais, pelo sistema de mutirão.

— Para a realização do empreendimento a ré utilizou a área aproximada de 21.929,10m², tendo aquela associação por possuidora, situada na Estrada dos Taipas, s/n, J. Rincão, Distrito de Perus, Capital/SP.

— Após efetuado o parcelamento do solo, para fins urbanos, no loteamento denominado 'Conjunto Habitacional Movimento Unido', mediante o material adquirido pela associação, os próprios associados mutirantes edificaram 155 casas, residindo no local 115 famílias mutirantes, porém, há casas inacabadas e não há infra-estrutura pública e a canalização de esgoto está incompleta, as verbas da Funaps estão suspensas desde março/1992 e as obras estão paralisadas, com risco de deterioração e dispêndio de mais dinheiro público para os reparos.

— De acordo com o convênio (cláusulas 8^a e 9^a), a ré se responsabilizou pelas obras de infra-estrutura e projetos complementares, porém, referido conjunto habitacional pelos órgãos municipais competentes, não houve prévia anuência do Estado, não houve licença da Cetesb e não houve registro imobiliário no Cartório Imobiliário.

— Portanto o conjunto habitacional está em desacordo com a LF n. 6.766/1979 (arts. 12,13, II, 18 e 37); com as normas estaduais (em especial Lei n. 997/1976 — arts. 2/5; Decreto n. 8.468/1976 — arts. 57, X, 58, I; Decreto n. 13.069/1978 — arts. 1, 3, 4, 11, 12, 17, 19 e 20); e normas municipais (Leis ns. 9.412/1981, 9.413/1981 e 11.228/1992, Decretos ns. 31.601/1992 e 32.329/1992 e seus anexos).

A ré foi citada e apresentou contestação de fls. 532/553, acompanhada dos documentos de fls. 554/556, consistente na defesa abaixo resumida.

1. Em primeira preliminar, a ré argüiu impossibilidade jurídica do pedido com base no art. 30, incisos I e VIII, da Carta Federal, alegando

que a municipalidade, no âmbito dos limites de sua competência constitucional, editou regras específicas para tratar da matéria estritamente de interesse local, relativa a implantação de conjuntos habitacionais populares. Portanto, em face do cumprimento da legislação municipal pelas entidades conveniadas, inexistente regularização a ser promovida no parcelamento.

2. Em segunda preliminar, a ré argüiu impossibilidade jurídica do pedido com base no art. 40 da LF n. 6.766/1979, alegando que, em face do dispositivo legal, a municipalidade não tem o dever, mas, sim, a faculdade de regularizar o loteamento, de acordo com a conveniência e oportunidade, cujo ato discricionário não pode ser objeto de condenação judicial.

3. Em terceira preliminar, a ré argüiu a ilegitimidade ativa do Ministério Público alegando inexistência de interesse difuso na presente ação. Para tanto, argumenta que um dos requisitos da configuração do interesse difuso é a indeterminação dos sujeitos, cuja característica essencial é a inexistência de vínculo jurídico entre os beneficiários. Portanto, os interesses discutidos nesta ação civil pública, não se caracterizam com interesses difusos, porque os seus beneficiários são pessoas determináveis, os quais estão inscritos junto à Associação.

4. Quanto ao mérito, a ré pediu improcedência da ação alegando, em síntese, que:

— A municipalidade não pode ser equiparada ao loteador particular, no tocante ao parcelamento do solo, para fins de cumprimento da Lei n. 6.766/1979, porque os interesses de um e do outro são diversos, pena de ofensa ao princípio da isonomia, que exige tratamento desigual aos desiguais.

— A legislação federal não previu o parcelamento do solo pela própria municipalidade, portanto, a LF n. 6.766/1979 não pode ser aplicada aos Programas de Mutirão, porque se trata de hipótese não prevista em lei, pena de ofensa ao princípio da legalidade.

— Inexiste prejuízo aos participantes e à coletividade pelo Programa de Mutirão, o qual beneficia os mutirantes que deixam de habitar lugares impróprios e adquirem imóvel em local equipado com todos os melhoramentos urbanos, cujo benefício atinge toda coletividade, a qual passa a conviver com um centro urbano humano e digno.

— A municipalidade mantém fiscalização permanente na implantação dos mutirões, os quais obedecem rigorosamente as normas contidas no DM n. 31.601/1992, além do que as obras de infra-estrutura são realizadas por empresas contratadas pelo Poder Público, as quais respeitam as exigências dos órgãos técnicos municipais para sua aceitação técnica.

— O pedido de indenização de danos ambientais e aos mutirantes, na hipótese de impossibilidade de regularização do loteamento, é descabido porque colide com o espírito da criação do Funaps.

— A responsabilização da municipalidade por qualquer dano ao meio ambiente e aos mutirantes há necessidade de demonstração da culpa, pela incúria, desmazelo ou recusa em impedir evento danoso que poderia ser por ela impedido, o que incorreu no presente caso.

Na réplica de fl. 558, acompanha dos documentos de fls. 575/596, o autor rebateu as preliminares e insistiu no pedido, sobrevivendo novas manifestações das partes.

Nesta fase, na forma do art. 330, n. I, do CPC, o processo comporta julgamento antecipado.'

Necessário se faz, também, complementar o referido relatório com o que compõe o acórdão recorrido apresentado do modo que passo a transcrever (fls. 714/715):

‘O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra Municipalidade de São Paulo. Visando condená-la em obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, V, da Lei n. 6.766/1979, consistente na regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativamente ao loteamento descrito na inicial, conforme a ordem ali constante.

Ao relatório de fls. 616/618, adotado, acrescento que a r. Sentença, afastando as preliminares da contestação, julgou a ação inteiramente procedente.

Houve determinação de reexame necessário.

Apela a ré (fls. 624/639), visando integral reforma da decisão de primeiro grau, com o acolhimento das preliminares de sua contestação, e improcedência da ação.

Recurso tempestivo, contrariado (fls. 654/660) e isento de preparo.

A manifestação do Ministério Público, nesta instância, é pelo improvimento do recurso (fls. 703/708).

É o relatório.'

Conhecidos os debates desenvolvidos até o julgamento da apelação investigo, agora, o teor do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 715/719):

‘O ilustre Magistrado prolator da sentença recorrida, como sempre faz, deu correta solução à lide, tendo decidido brilhantemente, à forma de seu costumeiro proceder.

As preliminares foram muito bem afastadas na r. sentença recorrida.

Com efeito, não há falar-se em ilegitimidade de parte do Ministério Público para a propositura da presente ação, nem em falta de interesse de agir, e menos ainda em impossibilidade jurídica do pedido, consoante bem decidido na decisão de primeiro grau, e à forma sustentada pelo douto Procurador de Justiça oficiante.

Evidentemente, o parcelamento e o uso do solo constituem-se em interesses difusos, a serem defendidos pelo Ministério Público, na forma de ação civil pública. Cabe aqui ser transcrito o que afirma o autor em contra-razões recursais (fls. 657/658): ‘Vale lembrar da legislação já devidamente prequestionada, que dá suporte às alegações do autor: art. 129, III, Constituição Federal; arts. 1^ª, inciso IV, 5^ª e 21 da Lei n. 7.347/1985 — Lei da Ação Civil Pública; arts. 81, 82, 110 e 117 da Lei n. 8.078/1990 — Código de Defesa do Consumidor; art. 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993 — Lei Orgânica do Ministério Público. Compete ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos, coletivos e dos individuais homogêneos (os direitos dos mutirantes), inclusive em face do Poder Público, pois o legislador não o isentou da responsabilidade pelos danos por ele causados (art. 37, § 6^ª, da Constituição Federal; art. 15, Código Civil), nem da recuperação do meio ambiente urbano e natural (Constituição Estadual, arts. 180, III, 191; Lei Orgânica do Município de São Paulo; art. 148, IV), atribuindo ao *Parquet* função institucional específica, inclusive para fazer o Poder Público respeitar os direitos eleitos pela Constituição Federal (art. 129, 12^ª, II)’.

Da falta de interesse jurídico do autor, também não se pode cogitar, porquanto se a Lei atribui ao Ministério Público a defesa de interesses difusos, na ação civil pública em que o autor isto postula, presente se encontra o seu interesse de agir.

Ademais, não se pode acoimar de impossível, o pedido que a lei expressamente prevê, com acima bem esclarecido.

No mérito, a decisão de primeiro grau só pode ser mantida.

Foi a presente ação civil pública julgada procedente em sua integralidade, em razão do que a municipalidade ré restou condenada ‘no cumprimento de obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, inciso V da Lei n. 6.766/1979), constante da regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativos ao empreendimento indicado na inicial, na seguinte ordem sucessiva: a) em caráter principal, mediante apresentação de ‘projeto’ a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, bem como posterior execução das obras de infra-estrutura pertinentes, tudo para sua alteração e integral adequação aos requisitos definidos nas leis municipais, estaduais e federal de regência;

b) em caráter alternativo, caso impossível a referida regularização, mediante apresentação de ‘alterações no empreendimento’, naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, inclusive com o desfazimento de todo o conjunto ou de parte inaproveitável, caso absolutamente impossível o aproveitamento das construções e parcelamento já efetuados, por força de restrições urbanísticas e administrativas invencíveis, indenizando os danos ambientais e urbanísticos;

c) em ambas obrigações antecedentes, caso qualquer mutirante cadastrado tenha participado do mutirão e não seja contemplado em razão de alteração do projeto original, condeno a ré ao pagamento de indenização por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra despendida para a execução de mutirão (em liquidação de sentença), ou na entrega da unidade habitacional semelhante a que lhe foi reservada no convênio, tudo na forma da condenação genérica dos arts. 95 e ss. do CPC, c.c., art. 117 e art. 21 da LACP

d) para a hipótese de descumprimento do prazo da obrigação de fazer fixo multa diária no valor estimado de CR\$ 1.000.000,00, válido para a data do ajuizamento mais correção monetária, até a fase de liquidação, destinada ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (DE, 7.070/1987 e art. 13 da Lei n. 7.347/1985)’.

Bate-se a municipalidade, primordialmente, por não estar submetida às obrigações previstas na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979). Todavia, seus argumentos não prosperam.

Provado nos autos que o empreendimento ‘Conjunto Habitacional Movimento Unido’ foi promovido pela municipalidade, através do sistema de mutirão, com recursos do Funaps (Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal), daí decorrendo o conseqüente parcelamento da gleba onde se iniciou (mas não se concluiu) a construção de casas populares, não pode a apelante — por mais sedutores que sejam argumentos — deixar de cumprir o que determina a Lei n. 6.766/1979.

Não logrou a apelante, em momento algum, demonstrar que está desobrigada de cumprir a Lei Federal em tela, assente nos autos que posta-se ela na condição de loteadora ou empreendedora, e como tal sujeita ao cumprimento da Lei de Parcelamento do Solo, em especial artigos 6º e seguintes, relativamente ao projeto de loteamento, de desmembramento, e ao registro de ambos, evidentemente sem as exigências próprias de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (certidões negativas de protestos, ações penais etc.).

É claro que o legislador, atento às peculiaridades dos loteamento destinados a conjuntos habitacionais rotulados como de ‘interesse social’, como o de que trata esta ação, em seu art. 4º, II, permitiu que os lotes tivessem área menor do que a prevista para outro loteamento (125m²), mas ainda assim, devem ser os mesmos “previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes”.

Doutra parte, o artigo 40 da Lei n. 6.766/1979, realmente, encerra uma faculdade para a Prefeitura Municipal regularizar o loteamento ou desmembramento. Todavia, tal faculdade diz respeito ao não-cumprimento das exigências legais pelo loteador. No caso em julgamento, o loteador é a própria municipalidade que não pode invocar a faculdade ora referida.

E o reconhecimento administrativo de que deve submeter-se às exigências da legislação específica foi feito pela Secretaria de Habitação e Desenvolvimento, através da Portaria n. 722/Sehab-0/1993 (fl. 497), que constituiu Grupo Trabalho com a ‘incumbência de equacionar os problemas, propor soluções e estabelecer os procedimentos administrativos visando à regularização, inclusive junto aos demais órgãos públicos envolvidos, dos empreendimentos habitacionais de interesse social implantados no âmbito do Programa Funaps Comunitário.

E, se os estudos se destinavam a regularizar, depreende-se que irregular se encontravam, e encontram-se, os loteamentos, como não nega a

municipalidade, apenas argumentando não estar sujeita à legislação específica, como se a Administração Pública não devesse pautar seu procedimento pelo princípio da legalidade, assim como de impessoalidade, moralidade e publicidade (Constituição Federal, art. 37, **caput**).

Não se nega a importância social do empreendimento, mas é no próprio interesse dos mutirantes que a lei deve ser cumprida, sob pena de nunca adquirirem o domínio da sonhada casa própria. Ou pior, sem que a municipalidade cumpra as normas legais, relativamente ao saneamento básico, vias públicas, áreas de lazer, acesso a vias públicas já existentes, condições de salubridade das habitações etc., é bem provável que os beneficiários do empreendimento — cujo interesse social é inegável — continuem morando em residências subnormais.

E não há como se afastar a responsabilidade indenizatória da municipalidade, caso os mutirantes não tenham à sua disposição as unidades residenciais que lhes foram prometidas, e para as quais trabalharam, acreditando no projeto, o que parece não ter acontecido com a Secretaria de Habitação, porquanto, como alegado na inicial, e não contestado (fl. 5), as obras estão paralisadas desde março/1992. A indenização, a que se refere a r. sentença, decorre do previsto no Código Civil (art. 159) e na Constituição Federal (art. 37, § 6º), posto que evidente a culpa da municipalidade, por haver-se omitido na regularização do loteamento.

No que diz respeito à multa, é bem de ver-se que a mesma não tem o sentido indenizatório, como insinua a apelante, mas sim o de penalidade, somente aplicável na hipótese de não-cumprimento da obrigação de fazer estabelecida em sentença. E, na medida em que destinada ao Fundo Especial de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Decreto Estadual n. 7.070/1987 c.c. art. 13, da Lei n. 7.347/1985), não se pode cogitar de enriquecimento ilícito de quem quer que seja.

Quanto ao seu valor, nada apresenta de excessivo. Considerando-se a cotação do dólar americano a CR\$ 755,52 no dia do ajuizamento (07.03.1996), conforme publicado no Boletim AASP — n. 1920, p. 5, 11 a 17.10.1995, Suplemento, a multa diária de CR\$ 1.000.000,00 corresponde a aproximadamente US\$ 1.323,60. Portanto, de bom tamanho, tendo-se em vista a importância da obrigação a ser cumprida, e a presunção que a municipalidade não se furtará ao cumprimento de decisão judicial.

No mais, a r. Sentença deve ser mantida integralmente.

Na verdade, o decidido em primeiro grau não comporta modificação, devendo ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos, daí porque deve ser *negado provimento ao recurso da apelante, e também ao recurso oficial*, mantida íntegra a r. sentença.⁷

Aprecio, por ser preferencial, a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para promover a presente ação.

O recorrente afirma que o Ministério Público é parte ilegítima para promover a presente ação, por não existir, no caso em espécie, interesse difuso a ser protegido pelo caminho da ação civil pública.

Atento ao conceito de interesses difusos e ao de interesses coletivos, rejeito a preliminar.

No caso em apreciação, embora não estejam caracterizados interesses difusos, entendo que estão presentes interesses coletivos representados pelos mutirantes.

Aceitando a corrente que defende haver a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor aplicado as expressões direito e interesses como sinônimo, acosto-me aos entendimentos dos que afirmam ser direito difuso o de natureza transindividual, indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único: Direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base).

Penso que, em conseqüência, ocorre a legitimidade do Ministério Público para promover a presente ação civil pública, visando proteger os interesses coletivos dos titulares da categoria de mutirantes convocados para participarem do empreendimento.

Rejeito a preliminar.

Em face do panorama processual acima revelado tem-se como configurada uma ordem emanada do Poder Judiciário, consubstanciada em uma obrigação de fazer, em prazo certo, para que o Poder Executivo, às suas expensas, pratique atividades de natureza administrativa no sentido de promover a regularização de parcelamento do solo referente ao conjunto habitacional identificado nos autos e implantado em sistema de mutirão.

Em síntese, o Poder Judiciário está a determinar ao Poder Executivo que,

com prazo de (2) dois anos para conclusão, sob pena de multa diária, realize as seguintes atividades administrativas:

a) regularização do parcelamento, das edificações, de uso e da ocupação do solo, tudo relativo ao conjunto habitacional descrito na inicial;

b) apresente, em consequência, projeto a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, para que, posteriormente, após a aprovação de tais projetos, execute obras de infra-estrutura necessárias ao funcionamento do conjunto habitacional;

c) ou, se impossível regularizar a ocupação do solo com a aprovação de tais projetos, apresente outros projetos alterando o empreendimento naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas dos órgãos públicos, procedendo o desfazimento de todo o conjunto habitacional ou de parte inaproveitável, caso seja absolutamente impossível o aproveitamento das construções já realizadas;

d) em ambas as obrigações antecedentes determinadas, caso o mutirante tenha participado do mutirão e não tenha sido contemplado com um imóvel, deve a Prefeitura indenizá-lo por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra despendida para a execução do mutirão.

Determinou, ainda, o acórdão que, se o recorrente, Município de São Paulo, não cumprir as obrigações de fazer acima mencionadas, pagará multa diária de CR\$ 1.000.000,00, valor válido para a data de ajuizamento da ação, mais correção monetária, tudo destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Sou do entendimento que o recurso merece ser provido. Tenho em consideração, na formação do meu convencimento, a manifestação recursal de fls. 727/732:

‘Ademais, admitindo-se, por hipótese de argumentação, fosse mesmo necessária a providência de se regularizar o mutirão aqui tratado, tal pedido também estaria eivado de impossibilidade.

Pleiteia-se, no âmbito deste feito, que a municipalidade seja condenada a promover a regularização do parcelamento do solo, referente ao conjunto habitacional implantado em sistema de mutirão.

Entretanto, se provida a pretensão estar-se-ia ofendendo o *Princípio da Separação dos Poderes*, preceituado no art. 2º da Constituição Federal.

Como é sabido, o Poder Público só pode fazer o que a lei manda (Poder Vinculado) ou autoriza (Poder Discricionário). Os atos que se

classificam como vinculados têm seus contornos quase que totalmente delineados pela lei, que deve fielmente ser observada pelo agente público, sob pena de nulidade do ato. Sendo a prática de tais atos um dever da Administração, a **contrario sensu**, constituem um direito dos administrados. Assim, a omissão do agente público na prática de tais atos ou a sua prática sem a fiel observância do enunciado da lei, em todas as suas especificações, traria ofensa a direito do administrado que, no primeiro caso, poderia, através do Poder Judiciário, compelir a Administração à prática do ato, e no segundo, a declarar a sua nulidade. O mesmo não ocorre, porém, com relação aos atos discricionários. Nesta categoria de atos, embora o agente público esteja vinculado à forma legal para a realização do ato, à sua finalidade, que é, sempre, o interesse público, e deva ser competente para praticá-lo, tem liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Cabe, pois, ao agente público escolher sobre a conveniência e oportunidade para prática dos atos discricionários. Nisso não pode o Poder Judiciário substituí-lo.

Nesse sentido, oportunas são as palavras de **Hely Lopes Meirelles**:

‘O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas, pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração’. (In ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 18ª ed., p. 105).

O Judiciário pode, sim, rever o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; o que não pode, repita-se, é determinar que o agente público pratique um ato discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence.

No caso específico destes autos, a municipalidade teria, naturalmente, a *faculdade*, mas não o dever, de regularizar o loteamento segundo critério de conveniência e oportunidade, fundamentada na regra do art. 40 da Lei Federal n. 6.766/1979.

A municipalidade, consoante os interesses da coletividade e os ditames da lei, *poderá* entender conveniente proceder à regularização desta área específica, destinando, para tanto, receita própria; mas, jamais poderá ser condenada a fazê-lo de forma compulsória.

A propósito do art. 40 da mencionada Lei Federal, **Diógenes Gasparini** comenta:

‘É o que indica o dispositivo ao enunciar, nas hipóteses que mencionou que o Município poderá. Esse verbo indica uma faculdade. Destarte, não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto entender nessa outorga uma obrigação, já que as entidades políticas, por legislação ordinária, não impõem deveres ou obrigações’.

(In ‘O Município e o Parcelamento do Solo’, Editora Saraiva, 2ª ed., pp.145/146).

Daí que não pode a pretensão condenatória, no presente feito, ser instrumentalizada, sem que se transforme o juiz em administrador das finanças, obras e prioridades públicas, ferindo o princípio da independência entre os Poderes.

Neste sentido, **Cândido Rangel Dinamarco** esclarece:

‘Outro exemplo muito expressivo e vigorante (da impossibilidade jurídica do pedido) é a incensurabilidade do mérito de ato administrativo em via jurisdicional: chocar-se-ia com o princípio da independência entre os ‘Poderes’ do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios de outro (...)’ (‘A Execução Civil’, 2ª ed., Editora RT, p. 214).

Assim, inclusive, já decidiu o próprio egrégio Tribunal de Justiça, pela Sétima Câmara Civil, que, por votação unânime, deu provimento ao Recurso de Apelação n. 236.882-1/4 da municipalidade. Pede-se vênua para efetuar a transcrição de alguns trechos importantes.

Ademais, se se chegasse à questão de fundo, seria preciso lembrar que o Poder Judiciário não pode substituir o Executivo na determinação das políticas administrativas a cargo deste, pena de se suprimir a Administração à luz das diretrizes hauridas na eleição popular em prol de diretrizes judiciárias formadas à margem da interpretação de lei inexistente.

Não há como interferir, o Judiciário, no âmbito da discricionariedade administrativa, salvo, é claro, o caso de ilegalidade, marcada pelo abuso ou desvio de poder — de que não se cogita, no caso.’

Portanto, resulta que o pedido de condenação consistente na regularização do mutirão, nos parâmetros fixados na Lei Federal n. 6.766/

1979, desconsiderando a legislação municipal específica, é juridicamente impossível, impondo-se, por conseguinte, a decretação da carência da ação.’

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensas aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém, é, em substituição à atividade administrativa do Poder Executivo, determinar que sejam executados.

A função administrativa, no seu sentido objetivo, material ou funcional, exercida pelo Poder Executivo, só se submete ao controle do Poder Judiciário quando inicia o seu ciclo para alcançar a consumação. Em outras palavras, o controle exercido pelo Poder Judiciário é sobre o atuar do Poder Executivo, fazendo com que ele obedeça, no exercício de tal ação, os princípios impostos pelo ordenamento jurídico: legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade e, em determinadas situações, o controle do mérito.”

Além do precedente deste Relator acima transcrito, a matéria discutida já foi apreciada por este Sodalício, conforme as ementas que reproduzo:

“Constitucional — Administrativo — Ação civil pública — Poder discricionário da Administração — Exercício pelo juiz — Impossibilidade — Princípio da harmonia entre os poderes.

— O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público.

— O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer.

— Agravo a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp n. 252.083/RJ, Segunda Turma, DJ de 26.03.2001, Relatora Ministra Nancy Andrichi)

“Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo Estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são ‘dirigentes’ e ‘programáticas’. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as ‘tarefas’ e ‘programas’ preestabelecidos) e para o Judiciário (‘atualização constitucional’). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida.”

(REsp n. 63.128/GO, Sexta Turma, DJ de 20.05.1996, Relator Ministro Adhemar Maciel)

De todo o exposto acima, podemos firmar as seguintes conclusões:

a) há impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade;

b) ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de Administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas;

c) as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes;

d) o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito;

e) as atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

Esse é o posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

Processual Civil. Ação civil pública. Ministério Público x Município de Santo André. Direito à educação. Atendimento em creche. CF, art. 208, IV, ECA, art. 54, V.

1. A tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela à que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias, em função de sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, que dependem, na maioria das vezes, de conformações de natureza política ou administrativa e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. Presentes tais circunstâncias, não se configura a existência de direitos subjetivos imediatamente tuteláveis pelo Poder Judiciário.

2. No que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei n. 8.069/1990, art. 54, V), sujeitos à conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos Municípios, a quem cumpre, prioritariamente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º). Não se pode afirmar, conseqüentemente, que a norma, prevista na Constituição e em Lei Federal, segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade” (Lei n. 8.069/1990, art. 54, V), garanta, imediatamente, um direito subjetivo universal e incondicional de obter essa prestação perante os Municípios.

3. Todavia, isso não significa dizer que ditos preceitos sejam absolutamente destituídos de eficácia. O poder de conformação não é carta de alforria ao ente estatal para descumprir o dever constitucional. Os Municípios devem aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212). A educação às crianças deve ser prestada “com absoluta prioridade” (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III).

4. Assim, por mais elástico que possa ser o campo da atuação conformadora do Município em matéria de educação, é razoável identificar a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa a qualquer poder de discricção administrativa ou política. Há um núcleo mínimo essencial de densidade normativa apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

5. Recurso a que se dá provimento.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de ação civil pública movida pelo MP do Estado de São Paulo em face do Município de Santo André, visando à matrícula de crianças em creche. O Tribunal de Justiça daquele Estado rejeitou os embargos infringentes, confirmando o acórdão da apelação e do reexame necessário, que julgara improcedente o pedido, alinhando as seguintes razões: (a) as decisões judiciais não podem atingir o âmbito discricionário da Administração Pública; (b) “a imposição de ato de fazer vertente à criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças menores de seis anos constitui invasão de ato de gestão governamental, (...) malferindo a norma constitucional que atribui ao Executivo a assinação de suas prioridades administrativas e realizações” (fl. 152); (c) a determinação da prática de ato que importe despesa envolve questões atinentes às diretrizes orçamentárias, que possuem procedimento próprio, e não se cogita, no caso concreto, de desvio de recursos. Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, registrando-se ter sido reconhecido o “dever do Estado de assegurar à criança atendimento em creche (art. 54, IV, do ECA)”, acrescentando-se apenas “que esse entendimento deveria ser feito conforme as condições municipais sem invasão das atribuições reservadas ao Sr. Prefeito” (fl. 167). Interpostos novos embargos, restaram novamente desacolhidos, mencionando-se explicitamente os arts. 208, III, e 213 do ECA (fl. 188).

No especial, o recorrente, amparado na alínea **a** do permissivo constitucional, aponta ofensa aos arts. 54, IV, 208, III, e 213 do ECA, sustentando, em suma, que (a)

os argumentos expendidos no acórdão recorrido não podem ter o condão de afastar a incidência das regras contidas nos dispositivos mencionados, “mormente porque referida legislação ordinária encontra-se em perfeita sintonia com os princípios norteadores contidos na Constituição Federal” (fl. 196); (b) a atuação dos Municípios na educação infantil é prioritária e exclusiva, sendo a oferta de ensino em creches e pré-escolas “direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade” (fl. 197); (c) a legislação prevê os meios processuais para assegurar a efetividade do direito, sendo que “em se tratando de obrigação legalmente imposta, a liberdade de atuação do administrador diz respeito tão-somente à forma como será cumprido o ditame legal, não havendo invocar-se a discricionariedade administrativa para furtar-se ao cumprimento da lei” (fls. 198/199).

O Relator, Ministro José Delgado, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Administrativo e Processo Civil. Ação civil pública para obrigar Município a criar e manter vagas em creches para crianças menores de 06 anos. Intrometimento do Judiciário em função específica da municipalidade. Impossibilidade. Precedentes.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de Administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso não provido.

O Ministro Luiz Fux, em voto-vista, deu provimento ao recurso especial, por entender, essencialmente, que (a) o dever do Estado expresso no art. 54 do ECA consubstancia direito subjetivo das crianças que estejam nas condições ali descritas; (b) “quando a norma constitucional consagra um direito e norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária”.

Pedi vista.

2. Tem-se presente, aqui, um conflito de difícil solução. De um lado, a norma do art. 208, IV, da Constituição, reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990), segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade”. E, de outro, a situação financeira do ente estatal, Município de Santo André (SP), a braços com limitações fiscais para dar cumprimento a esse dever, inclusive em face de outras demandas sociais de igual relevância. Diz o Município, em sua contestação:

“Em nosso Município, em janeiro de 1997, contávamos com 41 EMEIs, 12 Creches, 24 Núcleos de EJA (Educação de Jovens e Adultos), 78 crianças atendidas em Educação Especial, além de inúmeros cursos profissionalizantes.

Havia ainda 11 creches construídas ou em construção, sendo que contavam com a matrícula de 891 crianças, sem que pudéssemos colocá-las em funcionamento por três razões básicas:

a) impossibilidade de contratação de pessoal (monitores, diretores, pessoal de limpeza etc), uma vez que tal procedimento ultrapassaria o limite estipulado na Lei Complementar n. 82, de 27.03.1995;

b) obras inconclusas ou recebidas pelo governo anterior em condições inadequadas e apresentando falta de equipamentos;

c) a abertura dessas creches representaria um acréscimo de custeio da rede municipal de ensino, fato que se tornaria insustentável a partir deste ano (1998), uma vez que teríamos já implantado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Lei n. 9.424/1996).

Diante das mudanças introduzidas na legislação educacional, ao longo de 1996 (Lei n. 9.424/1996 e 9.394/1996), a municipalidade e a SEFP adotaram, e vêm implantando, um conjunto de medidas no sentido de superar as dificuldades da nova situação. Entre elas estão:

a) adequação da folha de pagamento aos preceitos legais, com a redução em 6,25% dos salários e da jornada de trabalho dos profissionais da educação e do conjunto do funcionalismo;

b) realização de ajustes na rede educacional existente no Município, em especial no tocante ao custo-aluno, excessivamente elevado no início da atual gestão.

Esses ajustes, efetuados ao longo de 1997, permitiram a redução significativa desses custos sem o comprometimento da qualidade.

Intensa articulação, com as demais prefeituras do ABC e do Estado, visando construir alternativas de financiamento para a educação infantil e de jovens, junto aos Governos Federal e Estadual.

Garantimos a manutenção do atendimento às crianças em 12 creches já existentes e nas 41 EMEIs, criamos o Mova — SA (Movimento de Alfabetização de Jovens e Adultos e diversos cursos de profissionalização e qualificação profissional).

Também foram criados mais 1.000 (hum mil) novas vagas em 1998, com a abertura de 7 novas creches, construídas na Administração anterior. Essa ação foi possível com o estabelecimento de parceria entre as entidades assistenciais da cidade, a Feasa — Federação das Entidades Assistenciais de Santo André e a Prefeitura Municipal de Santo André, através da SEFP

Por fim essas medidas permitiram que criássemos, em 1998, 3.092 vagas para a 1ª série do 1º grau, iniciando assim o processo de implantação do Ensino Fundamental nas escolas da rede municipal de ensino. Isso é a última referência a ser feita.

Diante do quadro exposto acima — limitações legais, com a obrigatoriedade de atender ao Ensino Fundamental e da ausência de novos mecanismos de financiamento da educação infantil, a municipalidade, impossibilitada de atender toda a demanda de crianças que necessitam de creches no Município, se vê obrigada como afirmamos acima a estabelecer critérios para suas matrículas nas creches municipais.

Os critérios, válidos para todos aqueles que se inscrevem nas creches municipais, visam garantir o atendimento às crianças cujas famílias tenham piores condições socioeconômicas de recursos e, por isso mesmo, são as que mais necessitam de políticas sociais públicas para que se garanta a proteção e o desenvolvimento integral das mesmas.

Assim, todas as famílias que necessitavam de creches na cidade, tiveram a oportunidade de candidatar-se à vaga.

Posteriormente, estas foram avaliadas através de ficha qualificativa pontuada, para apuração das condições socioeconômicas familiares.

Essa ficha, elaborada com base em critérios científicos, é indicada pela Abipeme — Associação Brasileira dos Institutos de Pesquisa de Mercado e foi amplamente utilizada pelos institutos de pesquisas do País.

Resultou desse processo a lista final de classificação das crianças que foram matriculadas nas creches municipais, por ordem crescente da pontuação obtida pela apuração da condição socioeconômica da família das crianças candidatas à vaga em creches.

Assim sendo, a municipalidade encontra-se com as escolas municipais de educação infantil no limite da capacidade de seu atendimento, e a concessão da ordem poderá acarretar sérios prejuízos para os menores, não podendo nesse caso responsabilizar-se pelas conseqüências advindas desse ato.”

3. É sabido que a tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela a que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias, quer no que respeita à proteção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis, o que se deve à sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, e, mais ainda, a atuações que dependem, em regra, da perspectiva autônoma de conformação politicamente assumida pelo legislador e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. É o que se colhe da doutrina, entre outros, de **José Carlos Vieira de Andrade** (“Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 2ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pp. 395/398). Essa conformação político-administrativa não cabe ao Judiciário estabelecer. É função reservada ao legislador e ao administrador, que detêm a faculdade de estabelecer os modos e as condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentária e as demais prioridades de gastos. Nessa perspectiva, em regra, o dever estatal a prestações não faz resultar, como contrapartida necessária e imediata, um direito subjetivo universal e incondicionado por parte do Estado.

4. No que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei n. 8.069/1990, art. 54, V) sujeitos à conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos Municípios, a quem cumpre, prioritaria-

mente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º). Assim, não se pode afirmar que a norma, prevista na Constituição e em Lei Federal, segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade” (Lei n. 8.069/1990, art. 54, V), garante, imediatamente, um direito subjetivo universal e incondicional de obter essa prestação por parte dos Municípios.

5. Todavia, isso não significa dizer que ditos preceitos sejam absolutamente destituídos de eficácia. O poder de conformação não é carta de alforria ao ente estatal para descumprir o dever constitucional. Os Municípios devem aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212). A educação às crianças deve ser prestada “com absoluta prioridade” (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III). Nessas circunstâncias, qualquer que seja a conformação a ser dada ao referido dever estatal, é imperioso concluir que a norma possui, desde logo, um mínimo de efetividade. Por mais elástico que possa ser o campo de atuação discricionária do Município, é inafastável a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa ao poder de discricionariedade administrativa ou política. Pode-se concluir que esse núcleo mínimo essencial de densidade normativa é apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

6. A hipótese dos autos enquadra-se no núcleo mínimo essencial. Quem vem buscar o cumprimento do dever estatal de assistência a seus filhos é mãe necessitada e desassistida pelo Estado, conforme se constata do relatório elaborado pela Assistente Social Judiciário, de fls 27/28:

“Situação Habitacional

A Sra. Miriam e os filhos Elisia, Ana Carolina e Suelem residem em casa alugada por R\$ 80,00, feita de madeira, composta de 02 cômodos, oferecendo pouco conforto aos habitantes, porém, recebendo cuidados satisfatórios em relação à organização e higiene.

Situação Econômica

A Sra. Miriam não tem emprego fixo porque não tem com quem deixar as filhas menores, Elisia e Ana Carolina.

Ela faz bicos de manicure e faxineira, recebe 01 cesta básica da Prefeitura, auxílios da Igreja Evangélica que frequenta e apoio financeiro do ex-companheiro.

Grupo Familiar

A Sra. Maria reside na companhia das 02 filhas, todas de pais diferentes.

Destes não recebe apoio ou ajuda financeira, arcando com todos os cuidados e necessidades do cotidiano.

Referem não poupar esforços para garantir às filhas as condições básicas para as suas necessidades.

Alega necessitar colocação na creche João de Deus, próxima à sua casa, para providenciar trabalho fixo e que lhe garanta melhor suprimento e conforto às filhas.

As crianças

Elisia conta com 01 ano de idade e Ana Carolina com 02 anos e 07 meses, ambas com boa saúde e desenvolvimento pertinente às respectivas idades, a carteira de vacinação encontra-se em ordem, através do Posto de Saúde.

A filha Suelem, 07 anos, cursa a 1ª série escolar, nas mesmas condições, apresenta-se integrada ao grupo familiar e, segundo a genitora, poderia permanecer sozinha quando estiver fora a trabalho.

Sendo assim, parece que a genitora tem enfrentado dificuldades para completa manutenção da família, porém, buscando recursos mínimos e próprios para mantê-las sob cuidados adequados.”

7.Com essas considerações, no caso concreto, acompanho o voto do Ministro Luiz Fux, dando provimento ao recurso especial. É o voto.

VOTO-VISTA (VENCEDOR)

O Sr. Ministro Luiz Fux: Noticiam os autos tratar-se, originariamente, de ação civil pública para cumprimento de obrigação de fazer proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visando compelir o Município de Santo André a matricular criança, menor de 06 anos, em estabelecimento infantil público.

No presente recurso especial, interposto com base na alínea **a**, o *Parquet* Estadual alega, em suas razões, que o acórdão recorrido violou os arts. 54, IV, 208, III, 212 e 213 do ECA (Lei n. 8.069/1990).

O voto do eminente Ministro-Relator foi no sentido de negar provimento ao recurso, tendo em vista a impossibilidade de o juiz substituir-se à Administração Pública, estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos.

Com efeito, pedi vista dos autos porque entendo que a matéria merece ser tratada com menos rigor.

O art. 208 da CF/1988 garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, senão vejamos:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;”

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (9.394/1996), no art. 4º, IV, repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe:

“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade;

(omissis).”

Ora, se é dever do Estado é direito subjetivo da criança.

Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que

todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta inge-
rência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do ad-
ministrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse cam-
po, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a
garantia pética.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disse-
minação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitu-
cionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se
poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano
diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitu-
cionais.

Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se pode-
ria suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou
definidora de direitos.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém
sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca
se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a aciona-
bilidade do direito consagrado no preceito educacional.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda
direitos senão promessas de **lege ferenda**, encartando-se na esfera insindicável
pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

A doutrina do tema assim se posiciona:

“A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever
do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado
mediante a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive
para os que a ele não tiveram acesso na idade própria” (inciso I), bem como
pelo “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência...”
(inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade
da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a
riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino

fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual — dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.” (“O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, **Luís Roberto Barroso**, p. 115, 5ª ed.)

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os poderes, o Judiciário atacado de malfeitorimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a frequência em creche, o Estado, num sentido **lato** deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de **Konrad Hesse**, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, **in casu**, o Estado.

Versando tema análogo, o STF legou princípio a que se deve manter vigília em hipóteses como essa, em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais mercê do respeito e harmonia entre os poderes:

“Mandado de segurança — Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da Republica — Demissão qualificada — Admissibilidade do mandado de segurança — Preliminar rejeitada — Processo administrativo-disciplinar — Garantia do contraditório e da plenitude de defesa — Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial — Validade do ato demissório — Segurança denegada.

1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

(**omissis**)

(MS n. 20.999, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 25.05.1990)”

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

Assim, divergindo do eminente Ministro-Relator, voto no sentido de dar provimento ao presente recurso especial.

É o voto.
