



## Jurisprudência da Primeira Turma



**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**N. 515.808 — RJ (2003/0065544-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Relator p/ o acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Município de Queimados

Procuradores: Jorge Miguel Teixeira e outros

Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**EMENTA**

Processual — Ação civil pública — Taxa — Lei inconstitucional —  
Legitimidade do Ministério Público.

— O Ministério Público tem legitimidade para exercer ação civil  
pública contra a cobrança de taxa, e pedir a declaração incidental de  
inconstitucionalidade da lei que criou o tributo malsinado.

**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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (voto-vista) os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki (voto-vista). Não proferiu voto o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

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

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

---

DJ de 05.04.2004

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento ao recurso especial interposto pela parte agravada, ao entendimento de que o Ministério Público é parte

ativa ilegítima para ajuizar ação civil pública para obstar a cobrança de tributos municipais (taxas) instituídos por Lei Municipal.

Alega-se, em síntese, que:

a) houve fundamento errôneo sobre o qual se assenta o agravo de instrumento apresentado pelo Município ora agravado, que escorou o cabimento desse recurso no art. 522 do CPC, quando o deveria tê-lo feito com base no art. 544, **caput**, do mesmo diploma legal, o qual se presta para impugnar decisão que não admite recurso especial, enquanto aquele serve para atacar decisão proferida por magistrado de primeira instância; com isso, não deveria ter sido conhecido o agravo de instrumento;

b) não se interpôs o necessário recurso extraordinário para atacar o fundamento constitucional do acórdão local, fazendo incidir, assim, a Súmula n. 126/STJ;

c) há de se aplicarem as Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ;

d) a legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos decorre de expressa previsão constitucional (arts. 127, **caput**, e 129, II, III e IX e § 1º), instrumentalizado na Lei n. 7.437/1985, e isto não pode ser afastado por norma infraconstitucional, sob pena de afronta direta ao texto constitucional mencionado, fundamentos não enfrentados na decisão agravada, desde logo prequestionados para fins de interposição ulterior de recurso cabível;

e) a ofensa aos arts. 1º, 2º e 81, da Lei n. 8.078/1990, e 1º e §§ e incisos II e IV, da Lei n. 7.435/1987, parece não ter ocorrido no aresto impugnado pelo especial.

Requer, por fim, a reforma da decisão guerreada.

É o relatório.

Processual Civil. Agravo regimental. Ação civil pública. Declaração da ilegalidade de leis municipais. Cobrança da chamada “cota voluntária” nas contas de energia elétrica. Relação jurídico-tributária estabelecida entre a Fazenda Municipal e o contribuinte. Não-aplicabilidade, ao caso, do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta corte.

1. Agravo regimental contra decisão que proveu o recurso especial da parte agravada, ao entendimento de que o Ministério Público é parte ativa

ilegítima para ajuizar ação civil pública para obstar a cobrança de tributos municipais (taxas) instituídos por Lei Municipal.

2. A fundamentação legal errônea invocada no agravo de instrumento (cabimento do recurso com apoio no art. 522 do CPC, quando o deveria tê-lo feito com base no art. 544, **caput**, do mesmo diploma legal) não impede que se entregue a prestação jurisdicional, se, porventura, estiver devidamente demonstrada a tese jurídica e o direito perseguido. É mero erro material que não pode servir de prejuízo às partes litigantes.

3. Não se faz necessária a interposição de recurso extraordinário para atacar o fundamento constitucional do acórdão local se os fundamentos infraconstitucionais são autônomos independentes daquele e suficientes para que seja analisado o recurso especial e, conseqüentemente, a matéria de fundo.

4. A ação civil pública não se presta como meio adequado à declaração da ilegalidade de leis municipais, referente, **in casu**, à cobrança da chamada “cota voluntária” nas contas de energia elétrica, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, a autorizar o uso da referida ação.

5. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

6. A ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito **erga omnes**, de inconstitucionalidade de lei.

7. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora.

8. Agravo regimental não provido.

### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece reforma. Mantenho-a pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a sua transcrição, **litteratim**:

“O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra o Município de Queimados visando à abstenção da cobrança da Taxa de Iluminação Pública e a devolução das quantias pagas.

O MM. Juiz singular indeferiu a inicial e julgou extinto o feito (art. 267, I, do CPC).

O egrégio Tribunal **a quo** reconheceu a legitimidade ativa do *Parquet*, cassando a r. sentença.

Contra este **decisum** manifestou o Município recorrente, inconformado, recurso especial com espeque no artigo 105, III, **a**, da Constituição Federal. Alega-se que o v. acórdão negou vigência aos arts. 1º, 2º e 81 da Lei n. 8.078/1990, e 1º, II e IV, e 5º, da Lei n. 7.347/1985, ao argumento de ser o autor parte ilegítima para mover ação civil pública no caso em comento.

Relatados, decido.

A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça vem se firmando no sentido de não ser cabível o uso da ação civil pública para fins de obstar a cobrança de tributos municipais, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida nestes casos desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, a autorizar o uso da referida ação. Em outra oportunidade, em caso similar ao analisado, registrei os seguintes argumentos:

“Pertinente se faz a distinção entre os conceitos de consumidor e contribuinte, a qual encontra-se brilhantemente elucidada na sentença **a quo**, de excelente lavra e cujo trecho transcrevo abaixo (fl. 118):

“Seguindo o ensinamento do Professor **De Plácido e Silva**, consumidor, em sentido amplo, designa a pessoa que consome um produto. No sentido fiscal, contudo, possui o vocábulo significação diversa, própria, fazendo-o entender como toda pessoa que adquire mercadorias de um comerciante para seu uso e consumo, sem intenção de revendê-la. Desse modo, toda pessoa que adquire produtos, sejam de que natureza forem, como particular e para uso doméstico ou mesmo profissional, sem intuito de comercializá-los, considera-se consumidor. Ao ato que pratica diz-se consumo, em acepção lata, pois este não compreende unicamente gasto ou destruição da mercadoria pelo uso, mas o aproveitamento de sua utilidade, que pode ser contínuo sem que altere a substância.

Na mesma linha de raciocínio acrescenta **Paulo Afonso de Machado**: ‘Consumidor é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, deve se submeter ao poder de seus titulares. É aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os da-

nos sofridos, conforme acentua **Waldírio Bulgarelli**. Acrescenta, ainda que, desta forma, se supera a condição de adquirente para alcançar, na sua plenitude, todos os que se encontrem numa posição de consumidor. A defesa do consumidor será eficaz na ação civil pública, notadamente, através da ação objetivando o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer'. Na mesma seqüência prossegue: 'Na Suécia o jurista **Bill Dufwa** menciona entre os direitos protegidos, aqueles referentes à responsabilidade pelo produto, ou seja: a) defeitos inerentes à produção; b) defeitos não inerentes à produção propriamente dita; c) culpa ou erro de manutenção (**Machado Paulo Afonso Leme**, 'Ação civil pública, ambiente, consumidor, patrimônio cultural e tombamento')'.

Voltando ao escólio de **De Plácido e Silva**, estabelecemos o que vem a ser contribuinte: 'Genericamente, assim se diz de toda a pessoa que contribuiu com a parte que lhe é atribuída, ou seja, toda a pessoa que faz uma contribuição. No sentido fiscal, com o mesmo sentido de contribuidor, designa a pessoa que é cadastrada ou lançada para pagar impostos'.

Observa-se, desta forma, registrando-se os conceitos de **Antônio Herman V. Benjamin, Orlando Gomes, J. M. Othon Sidou**, todos no mesmo sentido, que as expressões não se equivalem ou confundem e que o fato de estar autorizado o *Parquet* a defender os interesses do consumidor não importa que também o esteja no que pertine aos direitos dos contribuintes.

A relação jurídica que ora se apresenta é entre o contribuinte e a Fazenda Pública Municipal, e enquanto não se identifica aquele na categoria de entidade comercial ou prestadora de serviços, a não ser nas exceções previstas pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, onde a fornecedor se equipara."

Neste mesmo sentido, o eminente Ministro Demócrito Reinaldo (REsp n. 57.465-0/PR), **in verbis**:

"É certo, todavia, que o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985, introduzido pelo art. 117 do CDC, inclui, como passíveis de proteção através da ação civil pública, 'os interesses ou direitos individuais homogêneos'. Não é menos certo, entretanto, numa interpretação sistemática da legislação supracitada, que 'os interesses e direitos individuais homogêneos' somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, quando os seus

titulares sofrerem danos na condição de consumidores. É que a Lei n. 7.347/1985, a começar da sinopse com que é encimada, ‘disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor’ (meio ambiente etc.). E, ainda quando, no seu artigo 21, permite o uso da ação coletiva para a defesa ‘dos interesses coletivos e individuais’, faz remissão expressa ao Título III do Código de Defesa do Consumidor. Pretendeu, pois, a lei, explicitar, com a remissão (ao CDC), ‘que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos possuidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente. É este o entendimento prevalecente na doutrina: ‘os interesses ou direitos individuais podem ser também objeto de defesa coletiva, enquanto significativos de interesses e direitos individuais homogêneos do consumidor (ou seus sucessores), que tenham tido origem ou causa comum, no que diz com fatos geradores de tais interesses ou direitos individuais... São estes interesses ou direitos defensáveis a título coletivo, porque devem ser desprezados e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada consumidor... Quanto a estes aspectos pessoais diferenciados, próprios de cada situação concreta, de cada consumidor (vítima ou sucessor), de forma preferencial, poderão vir a ser postulados pelos próprios interessados, o que deve ocorrer na liquidação da sentença genérica, proferida no processo de conhecimento’(cf. **Arruda Alvim — Thereza**, ‘Código do Consumidor Comentado’, p. 380).”

**In casu**, pretende-se, com a ação civil, a declaração da ilegalidade das Leis Municipais ns. 1.635/1997 e 1.720/1998, referente à cobrança da chamada “cota voluntária” nas contas de energia elétrica, sob a alegativa de ilegalidade das mesmas.

Ora, diante da possibilidade de definição dos contribuintes atingidos pelo referido tributo e, ainda, pela natureza da relação jurídica estabelecida entre a Fazenda Municipal e os contribuintes (de número determinado), assim como pelo fato de tratar-se, como assinalado, de interesses individuais, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si, entendo dever-se concluir pela inadequação da Ação Civil Pública como meio para proteger os interesses daí oriundos e pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para propô-la.

Os interesses advindos da relação jurídica firmada entre o Fisco Municipal e o contribuinte podem muito bem ser defendidos pessoalmente, por cada um de seus titulares, mediante outros meios jurídicos tais como mandado de segurança, ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária etc. Cada contribuinte poderia, na prática, instaurar isoladamente um processo.

Formular-se-ia, cada qual para si, o pedido, por ser, essencialmente pessoal a relação tributária, comportando, inclusive, situações de ajustamento de acordo com a capacidade contributiva de cada sujeito passivo, mediante a verificação de suas condições pessoais.

Com isso, afastar-se-ia, em definitivo, a incidência do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que se destina à defesa do consumidor, ora com conotação preventiva, incisos I e II, ora com conotação reparatória, inciso III, visando à indenização dos danos sofridos por cada participante da relação jurídica. Trago à colação os seguintes arestos desta Corte Superior que desvendam a demanda:

“I - Processual — Ministério Público — Substituição processual — Recurso — Ilegitimidade.

II - Tributário — ICMS — Cana-de-açúcar — Base de cálculo — Índice de rendimento industrial — Pauta fiscal — Novo entendimento do STJ.

I - O Ministério Público carece de legitimidade para recorrer em substituição à parte que, na disputa de interesses individuais disponíveis, conformou-se com a decisão judicial.

II - É lícita a adoção de índice de rendimento industrial estabelecido previamente, como base de cálculo para o lançamento de ICMS sobre aquisição de cana-de-açúcar, utilizada como matéria-prima industrial. Este, o novo entendimento da Segunda Seção do STJ.” (EREsp n. 122.893/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.06.2003)

“Processual Civil — Ação civil pública — IPTU — Taxa de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública — Declaração de inconstitucionalidade de lei — Ministério Público — Ilegitimidade ativa **ad causam** — Precedentes.

— A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.

— O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos, como as taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.

— Contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não do contribuinte.

— Recurso não conhecido.” (REsp n. 252.803/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 14.10.2002)

“Processual Civil. Embargos de divergência. Ação civil pública. Questão jurídico-litigiosa de natureza tributária. Taxas municipais. Ilegitimidade do Ministério Público. CF, artigos 127 e 129, III. Lei n. 7.347/1985.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança de taxas cobradas por serviços públicos. Demais, predita ação vincar-se-ia como ação direta de inconstitucionalidade.

2. Precedentes jurisprudenciais do STF e STJ.

3. Embargos rejeitados.” (EREsp n. 177.052/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 30.09.2002)

“Processual Civil — Ação civil pública — Taxa de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública — Declaração de inconstitucionalidade de lei — Ministério Público — Ilegitimidade ativa **ad causam** — Precedentes.

— A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.

— O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos, como as taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte.

— Contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não do contribuinte.

— Recurso não conhecido.” (REsp n. 242.549/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 27.05.2002)

“Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que deu provimento a recurso especial. Ação civil pública. Tributo municipal (taxas). Cobrança. Relação jurídico-tributária estabelecida entre a Fazenda Municipal e o contribuinte. Não-aplicabilidade, ao caso, do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Corte Superior.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que, com base no art. 557, § 1º, do CPC, deu provimento ao recurso especial interposto pela parte agravada, ao entendimento de que o Ministério Público é parte ativa ilegítima para ajuizar ação civil pública para obstar a cobrança de tributos municipais (taxas) instituídos por Lei Municipal.

2. A ação civil pública não se presta como meio adequado a obstar a cobrança de tributos municipais (taxas) instituídos por Lei Municipal, ante ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, a autorizar o uso da referida ação.

3. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

4. A ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito **erga omnes**, de inconstitucionalidade de lei.

5. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora.

6. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp n. 325.528/MT, Primeira Turma, deste Relator, DJ de 22.10.2001)

“Processual Civil. Ação civil pública para declaração de inconstitucionalidade de lei a defender direitos divisíveis. Legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo. Extinção do processo.

— O Ministério Público só tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação civil pública, quando na defesa de interesse difuso ou coletivo, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de

que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078) de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

— O pedido de suspensão de pagamento de tributo e a respectiva repetição de indébito não se inserem na categoria de interesses difusos ou coletivos, porquanto, são divisíveis e individualizáveis.

— Interesse coletivo, na dicção da lei, não se confunde com interesse público ou da coletividade, pois, aquele, (interesse público) não entende como sendo uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos que o partilham.

— O pedido de sustação de pagamento de tributo, cumulado com repetição de indébito, não tem conteúdo de interesse público, a ser protegido pela ação civil pública, que não pode substituir a de repetição de indébito, pois, se cuida de direito individual, determinado, quantificado, eis que, cada contribuinte efetua pagamento de quantia certa, em período considerado.

— Os contribuintes não são consumidores, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos (Lei n. 7.347, art. 1º, IV).

— Em se tratando, **in casu**, de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, titularidades e quantificáveis, devem ser postulados, na esfera jurisdicional, pelos seus próprios titulares, já que, na sistemática do nosso direito, salvo exceção legal, ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio.

— Recurso improvido. Decisão unânime.” (REsp n. 175.888/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 03.05.1999)

“Processual Civil. Ação civil pública de iniciativa do Ministério Público objetivando a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Extinção do processo, por incompetência do juiz monocrático. Acórdão recorrido estribado em fundamento constitucional concentrado. Questões legais e constitucionais não prequestionadas. Especial não conhecido.

— No âmbito do especial, não se apreciam questões jurídicas não discutidas e decididas, de forma expressa, nas instâncias ordinárias, nem se examina matéria de natureza essencialmente constitucional.

— Ao juiz de primeiro grau descabe declarar a inconstitucionalidade de lei municipal (em face da Constituição Federal) pela via do sistema de controle constitucional concentrado.

— **in casu**, a declaração de incompetência do juiz decorreu de interpretação de texto da Lei Maior constituindo, por isso mesmo, fundamento, por si, suficiente para manter o julgado e erigindo-se em empeco ao conhecimento do especial (Súmulas ns. 126/STJ e 283/STF).

— Recurso especial de que se não conhece. Decisão unânime.”

(REsp n. 125.337/MG, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 02.03.1998)

“Processo Civil. Ação civil pública em matéria tributária.

— A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte — categorias afins, mas distintas.

— Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 113.326/MS, Segunda Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ de 15.12.1997)

“Processo Civil. Ação civil pública em matéria tributária.

— A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte — categorias afins, mas distintas. — Recurso especial conhecido e improvido.”

(REsp n. 106.993/MS, Segunda Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 13.04.1998)

“Ação civil pública. Preceito cominatório. Taxa de iluminação. Constitucionalidade de lei municipal. Unidade do direito.

— Na sentença declarou-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 70/1989. Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade.

— A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos **erga omnes**, o que é absurdo.

— Recurso não conhecido.” (REsp n. 134.979/GO, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 06.10.1997)

“Ação civil pública. Taxa de iluminação. Inconstitucionalidade. Revogação da lei que a instituiu. Extinção do processo. Apuração dos valores cobrados indevidamente. Ação própria.

— Revogada a lei instituidora do tributo questionado, os pedidos se esvaziaram, a nível de ação civil pública resultando na correta extinção do processo sem exame do mérito.

— Não se prestando a ação civil pública a amparar direitos individuais e nem se destinando a reparar prejuízos particulares, a restituição dos valores pagos pelos contribuintes deve ser pleiteada em ação autônoma.”

(REsp n. 094.445/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Hélio Mosimann, DJ de 02.09.1996).

Outrossim, conforme verificado nos precedentes jurisprudenciais supra-referidos, a ação civil pública não pode substituir a ação direta de inconstitucionalidade. Ambas devem ser regidas pelos limites impostos pela lei, guardando-se a organização formal assegurada pelo ordenamento jurídico para o trato das questões referentes ao processo de declaração de inconstitucionalidade de lei.

Essa a posição que sigo, por entender ser a que se harmoniza com o ordenamento jurídico.

Posto isto e amparado pelo art. 544, § 3º, primeira parte, c.c. o art. 557, § 1º, do CPC, conheço do agravo de instrumento e dou provimento ao recurso especial, por reconhecer a ilegitimidade ativa do MPF autor.”

Com relação à irresignação da parte agravante, não vislumbro qualquer novidade em seu recurso, modificadora dos fundamentos supra-referenciados.

A questão de que houve fundamento errôneo sobre o qual se assenta o agravo de instrumento apresentado pelo Município ora agravado, que escorou o cabimento desse recurso no art. 522 do CPC, quando o deveria tê-lo feito com base no art. 544, **caput**, do mesmo diploma legal, o qual se presta para impugnar decisão que não admite recurso especial, enquanto aquele serve para atacar decisão proferida por magistrado de primeira instância, não merece prosperar.

Assim o digo porque a indicação errônea de dispositivo legal não impede que se entregue a prestação jurisdicional, se, porventura, estiver devidamente demonstrada a tese jurídica e o direito perseguido. É mero erro material que não pode servir de prejuízo às partes litigantes.

Por outro lado, a interposição de recurso extraordinário para atacar o fundamento constitucional do acórdão local não se faz necessária, visto que os fundamentos infraconstitucionais são autônomos e independentes daquele e suficientes para que seja analisado o recurso especial e, conseqüentemente, a matéria de fundo.

A questão de ilegitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil pública debatida foi perfeitamente explicitada no decisório agravado.

O que aconteceu, na verdade, é que não foi a questão decidida conforme planejava a parte recorrente, mas, sim, com a aplicação de entendimento diverso. Houve, sim, enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da causa.

Registro, por fim, que a decisão guerreada foi tomada com base em forte jurisprudência corrente neste Tribunal, inclusive com suporte em recente decisão pacificadora da egrégia Primeira Seção (REsp n. 122.893/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.06.2003).

Ante o exposto, desprovejo o agravo regimental.

É como voto.

### VOTO-VISTA

#### (Vencedor)

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, o tema é interessante. O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança de taxas relativas a serviços públicos. O agravante é o Município de Queimados e o agravado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O Sr. Ministro-Relator deu provimento ao recurso especial nos autos do agravo regimental, afirmando que o Ministério Público não tem tal legitimidade e louvando-se em precedentes desta Turma, e negou provimento ao agravo regimental.

Pedi vista dos autos, porque, a meu sentir, a questão da legitimidade do Ministério Público foi revista na nossa jurisprudência.

A Turma, contra meu entendimento, negava legitimidade ao MP, enxergando na ação coletiva contra taxas inconstitucionais uma espécie de controle concentrado que invadia a competência do Supremo Tribunal Federal.

Agora, entretanto, o colegiado percebeu que a declaração de inconstitucionalidade se faz, no caso, **incidenter tantum**, não tendo a temida eficácia **erga omnes**.

Louvado na nova orientação da jurisprudência, que já era minha, peço vênias ao Sr. Ministro José Delgado para dar provimento ao agravo regimental.

## VOTO-VISTA

Processo Civil. Ação civil pública para sustar a cobrança de taxa de iluminação pública e obter a repetição de valores já pagos. Dupla fundamentação: Ilegitimidade da exação e abusividade da forma de cobrança (na conta de consumo da energia elétrica). Cabimento da ação coletiva. Legitimidade do Ministério Público.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática cuja ementa é a seguinte:

“Processo Civil. Ação civil pública. Declaração da ilegalidade de leis municipais. Cobrança da chamada ‘cota voluntária’ nas contas de energia elétrica. Relação jurídico-tributária estabelecida entre a Fazenda Municipal e o contribuinte. Não-aplicabilidade, ao caso, do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Corte.

1. A ação civil pública não se presta como meio adequado à declaração de ilegalidade de leis municipais, referente, **in casu**, à cobrança da chamada ‘cota voluntária’ nas contas de energia elétrica, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo esse último o conceito de consumidor constante do art. 21 da Lei n. 7.347/1985, a autorizar o uso da referida ação.

2. Os interesses e direitos individuais homogêneos de que trata o art. 21 da Lei n. 7.347/1985 somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

3. A ação civil pública não pode servir de meio para a declaração, com efeito **erga omnes**, de inconstitucionalidade de lei.

4. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa julgadora.

5. Agravo conhecido com o provimento do recurso especial (art. 544, § 3º, primeira parte, c.c. o art. 557, § 1º, do CPC)” (fl. 79).

Alega o agravante, em suma, que (a) consta como dispositivo legal que fundamenta a interposição do agravo de instrumento pelo Município o art. 522 do CPC, quando o correto seria o art. 544, o que consubstancia erro “grosseiro”, que “impede a incidência da fungibilidade recursal (...) devendo o processamento do recurso

ser indeferido” (fl. 89); (b) não foi comprovada a interposição de recurso extraordinário para atacar os fundamentos constitucionais do acórdão, suficientes para mantê-lo, incidindo, na hipótese, a Súmula n. 126/STJ; (c) a decisão que negou seguimento ao recurso especial embasou-se na aplicação do entendimento expresso na Súmula n. 07/STJ; (d) a questão referente ao cerceamento de defesa não está prequestionada; (e) “a legitimidade do MPF para propor ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos decorre de expressa previsão constitucional (...) e isso não pode ser afastado por norma legal infraconstitucional, sob pena de direta afronta ao texto constitucional (...) fundamentos não enfrentados na decisão ora agravada, desde logo prequestionados para fins de interposição ulterior de recurso cabível” (fls. 92/93).

O Relator, Ministro José Delgado, negou provimento ao agravo regimental, remetendo à fundamentação da decisão agravada. O Ministro Gomes de Barros, divergindo, considerou presente, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público.

Pedi vista.

2. O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do RJ contra o qual se interpôs o recurso especial tem a seguinte ementa:

“Ação civil pública. Legitimidade. Consoante o disposto no art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, tem o Ministério Público legitimidade para atuar como sujeito ativo em ação civil pública, na defesa de uma coletividade que se insurge contra a cobrança de TIP na conta de consumo de energia elétrica. Recurso provido. Sentença cassada” (fl. 52).

No recurso especial, o Município aponta violação aos arts. 518 do CPC, 1º, 2º e 81 da Lei n. 8.078/1990 e 1º, II e IV, da Lei n. 7.347/1985, alegando, essencialmente, que (a) ser nulo o acórdão do TJ/RJ, pela falta de intimação do Município réu para apresentar contra-razões ao recurso de apelação; (b) não se tratar a relação entre o Fisco municipal e o contribuinte de relação de consumo, a teor dos conceitos traçados no CDC; (c) não se tratar de interesse difuso ou coletivo, mas de direitos individuais homogêneos disponíveis.

A negativa de seguimento ao recurso especial fundamentou-se na consideração de que (a) o acórdão recorrido possui nítida conotação fática, sendo insuscetível de reexame na instância extraordinária; (b) não houve o prequestionamento dos temas versados nos recursos (fl. 12).

3. As questões debatidas no recurso especial, como se constata, têm natureza eminentemente jurídica e não fática, prescindindo, para sua análise, do exame do conjunto probatório. Não impede, pois, o conhecimento do especial o entendimento

contido na Súmula n. 07/STJ. De outra parte, estão prequestionadas as questões veiculadas no recurso, com exceção daquela relativa ao cerceamento de defesa, razão pela qual se afasta igualmente a incidência das Súmulas ns. 282/STF e 211/STJ. Não prosperam, finalmente, as alegações relativas à indicação errônea do dispositivo do CPC que embasa a interposição do agravo de instrumento e à falta de interposição de recurso extraordinário. Quanto à primeira, trata-se de mero erro material que em nada prejudica o conhecimento e processamento do agravo, instruído na forma dos arts. 544 do CPC e 253, parágrafo único, do RISTJ. Quanto à segunda, a circunstância de não haver, no acórdão do Tribunal de apelação, qualquer fundamentação de natureza constitucional torna inexigível a apresentação de recurso extraordinário.

Estando nos autos todos os elementos necessários ao julgamento de mérito, configura-se a hipótese do art. 544, § 3º, segunda parte, do CPC, permitindo, desde logo, o julgamento do próprio recurso especial.

4. Questiona-se a legitimidade ou não do Ministério Público para mover a demanda, invocando o Ministro-Relator, também, o descabimento da própria ação civil pública com o objetivo proposto, qual seja, o de obter provimento destinado (a) a impedir a cobrança, que é efetuada em conjunto com a conta de consumo da energia elétrica, de taxa de iluminação pública criada por lei municipal e (b) a ver restituídos os valores a tal título já cobrados dos consumidores. Centra-se o debate na interpretação dos arts. 1º, 2º e 81 da Lei n. 8.078/1990, relativos à conceituação da relação de consumo e dos direitos passíveis de tutela coletiva.

5. Este temário foi enfrentado em aprofundado estudo a respeito justamente da “contribuição para o custeio da iluminação pública municipal” (“Interesse Público — Revista Bimestral de Direito Público”, 19/203-234), pelo eminente Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Professor Paulo Valério Dal Pai Moraes. Salientando que “o custeio da iluminação pública municipal é um dos assuntos mais controvertidos do Direito Tributário nacional, devido à complexidade das ocorrências fáticas que encerra” (p. 203) e demonstrando que a discussão do tema, em juízo, envolve, não propriamente interesses de cidadãos contribuintes, mas, sobretudo e prevalentemente, de interesses de cidadãos consumidores, lesados coletivamente (p. 227), concluiu o Professor que “a ação coletiva de consumo é a via processual mais adequada” para a sua tutela jurisdicional (p. 234). Esta conclusão, que leva também à legitimidade do Ministério Público, deve ser prestigiada.

6. Com efeito, dois argumentos poderiam ser considerados para sustentar o descabimento da ação ou a ilegitimidade do Ministério Público. Primeiro, o do enquadramento da hipótese na vedação do parágrafo único do art. 1º da Lei n.

7.347/1985 (redação da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001), segundo o qual “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. E o segundo, o de que o reconhecimento, ainda que incidental, da ilegitimidade da cobrança teria eficácia **erga omnes**, razão pela qual a sentença, aqui, produziria resultado equivalente ao de uma ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal instituidora da exação. Todavia, tais limitações não se fazem presentes no caso concreto, que tem especiais peculiaridades.

7. A demanda, aqui, está baseada em dois fundamentos: (a) o da ilegitimidade da exigência da taxa de iluminação, que não atenderia às exigências do CTN e da Constituição; e (b) o da abusividade de sua forma de cobrança, embutida na conta do consumo de energia elétrica, o que violaria o Código do Consumidor. Sobre o cabimento ou não de ação civil pública em que se questiona a constitucionalidade de preceito normativo, proferi voto-vista no REsp n. 440.574/DF (Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ de 25.08.2003), nos seguintes termos:

“Põe-se em foco, no caso dos autos, um problema tipicamente decorrente do sistema misto de controle de constitucionalidade, entre nós adotado, no qual se admite que a legitimidade dos preceitos normativos pode, simultaneamente, ser controlada por via incidental (controle, portanto, em concreto e difuso) e por via de ação direta, cuja competência para julgamento é concentrada no Supremo Tribunal Federal ou, se for o caso, nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e cuja iniciativa é atribuição restrita de entes específicos. No primeiro caso, a declaração de inconstitucionalidade constitui apenas fundamento para a decisão da controvérsia posta, e, como tal, não opera coisa julgada, sendo que a correspondente sentença de mérito tem eficácia subjetiva e objetiva limitada às partes e ao pedido concretamente decidido. Já no segundo caso, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma representa o próprio objeto do pedido, o que significa que o juízo de mérito importa o reconhecimento da sua validade ou da invalidade com eficácia subjetiva universal (**erga omnes**) e efeito vinculante também universal.

Ocorre que também as sentenças proferidas em ações civis públicas para tutela de direitos transindividuais e em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, têm, em certos casos, eficácia subjetiva **erga omnes**, o que pode acarretar, quando nelas se exerce o controle de constitucionalidade, um efeito semelhante ao que decorre do controle abstrato. Esse fenômeno pode ocorrer quando, considerando os termos da demanda promovida,

nela figuram, como substituídos no processo, todos os possíveis destinatários da norma cuja inconstitucionalidade serve de fundamento do pedido. Em situações assim, a sentença de procedência, ainda que não tenha como objeto primeiro a declaração de invalidade da norma, acaba, na prática, tendo a mesma eficácia universal que decorreria da sentença no controle concentrado, já que, por via transversa, retira da norma questionada todo o seu potencial de aplicação, que ficaria inteiramente esgotado. Seria o caso, por exemplo, de uma ação promovida pelo Ministério Público contra um Município, postulando provimento que declare a nulidade dos lançamentos ou imponha ao réu ordem para que se abstenha de lançar determinado tributo, ao fundamento de que é inconstitucional a lei municipal que o criou. Embora a inconstitucionalidade, no exemplo, esteja colocada como fundamento do pedido, a eventual sentença de procedência, porque beneficiaria todos os possíveis destinatários da norma (dos quais o autor é substituto processual), acabaria tendo eficácia subjetiva idêntica à da sentença em ação direta. Induvidosamente, portanto, a ação civil pública estaria sendo um meio indireto de, por via difusa, exercer o controle abstrato da constitucionalidade, o que acarretaria a deformação do sistema e importaria usurpação de competências, tanto dos órgãos que detêm a iniciativa para promover a ação direta, quanto dos que detêm, com exclusividade, a incumbência constitucional de julgá-la”.

No caso presente, entretanto, não há o risco aventado naquele precedente. Não se está postulando, expressamente, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal, e, ainda que tal declaração seja pressuposto para o reconhecimento da procedência do pedido, é certo que a eventual sentença não terá eficácia equivalente à da proferida em ação direta, mormente no que se refere à pretensão condenatória de repetir os valores pagos, esta certamente não comportável no âmbito do controle concentrado.

8. Por outro lado, o segundo fundamento da demanda não tem natureza constitucional, e por si só é suficiente para, em tese, permitir o acolhimento do pedido. É o que diz respeito à abusividade da forma de cobrança da exação. Diz a inicial, no particular, o seguinte:

“Ao dispor sobre práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor proíbe a imposição ao consumidor de operações vinculadas ou casadas.

Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

Na hipótese, a Light Serviços de Eletricidade S/A vale-se de convênio com o Município de Queimados para inserir, na cobrança da relação de consumo de energia, a taxa de iluminação pública. Assim, a Light vinculou de forma inseparável o fornecimento de seu produto, energia elétrica, ao pagamento de taxa de natureza tributária, sem que haja liberdade de opção ao consumidor/contribuinte.

O consumidor não tem a opção de pagar somente a energia consumida pela sua unidade particular. Caso entenda que a taxa de iluminação pública é inconstitucional, só lhe resta abster-se de pagar o total da conta de luz, o que lhe importará em inevitável corte de energia elétrica de sua residência ou estabelecimento pela Light Serviços de Eletricidade S/A. Assim, a companhia concessionária de serviço público incorporou às suas atribuições uma outra *inteiramente ilegal*: arrecadar tributos para o Município de Queimados.

Desta forma, a Light Serviços de Eletricidade S/A viola frontalmente o Código de Defesa do Consumidor. A cobrança de taxa vinculada ao pagamento do consumo de energia elétrica equivale à instituição oficiosa de cláusula abusiva de má-fé. As razões são tantas que podem ser enumeradas:

1ª) A cobrança da taxa vinculada ao pagamento da conta de energia particular, na prática, importa em renúncia ao direito do contribuinte/consumidor de não pagar tributo manifestamente inconstitucional. Qualquer cláusula que importe em renúncia de direitos é nula de pleno direito, segundo o art. 51, inciso I:

Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

2ª) A Light Serviços de Eletricidade S/A informa que repassa os valores arrecadados ao Município, eximindo-se da responsabilidade pela cobrança. Qualquer cláusula que transfira a responsabilidade a terceiros é nula de pleno direito, segundo o art. 51, inciso III, da Lei n. 8.078/1990.

3ª) Por fim, a Light Serviços de Eletricidade S/A, ainda que não receba percentual sobre a cobrança da taxa, obviamente se beneficia

desta cobrança. Não se ignora que os valores arrecadados para o Município podem ser aplicados no mercado financeiro. Além disso, o famigerado convênio permite que tais valores sejam retidos pela Light como compensação de débitos do Município, vantagem imensurável quando se observa as dificuldades inerentes que qualquer particular enfrenta para promover a execução de débitos contra a Fazenda Pública.

Esta última razão evidencia a má-fé da Light Serviços de Eletricidade S/A ao estabelecer obrigação abusiva em prejuízo de seus consumidores. O artigo 51, inciso IV, dispõe que são nulas de pleno direito cláusulas que 'estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade'.

Assim, a presente ação civil pública visa tutelar direitos dos consumidores, na medida exata em que a Light Serviços de Eletricidade S/A e o Município de Queimados contrabandearam para a cobrança de relação de consumo a inseparável, ilegal e inconstitucional taxa de iluminação pública" (fls. 25/27).

Conforme se verifica, a demanda, quanto a esse fundamento, não incorre na vedação do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985, antes referido, nem nas limitações próprias do sistema de controle concentrado de constitucionalidade dos preceitos normativos. Ela representa, pura e simplesmente, uma ação coletiva em defesa dos consumidores, e como tal é cabível e pode ser proposta pelo Ministério Público.

9. Ante o exposto, divergindo do Ministro-Relator, voto pelo provimento do agravo regimental. É o voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 159.974 — MG (1997/0092246-4)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Estado de Minas Gerais

Procuradores: João Lúcio Martins Pinto e outros

Agravado: Luiz Sérgio de Oliveira

Advogados: Eduardo Moreth Loquez e outros

### EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Condenação. Fazenda Pública. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Possibilidade.

Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o advogado nomeado defensor dativo, em processos em que figure como parte pessoa economicamente necessitada, faz jus a honorários, ainda que exista, no Estado, Defensoria Pública, cabendo à Fazenda o pagamento dos honorários devidos.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao 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. 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 agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais, contra decisão que proferi dando provimento ao recurso especial em epígrafe, tendo em vista que é cabível a condenação do ora agravante no pagamento dos honorários advocatícios ao defensor dativo.

Sustenta o agravante, em termos sucintos, que o art. 272 da Constituição Estadual, que rege acerca dos honorários advocatícios ao defensor dativo, só pode ser regulamentado por lei ordinária estadual e, não, por lei federal, como é o caso da Lei n. 8.906/1994, sob pena de violação aos princípios da independência e da autonomia dos Estados.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese os esforços expendidos pelo agravante, tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão atacada, **verbis**:

“Trata-se de recurso especial interposto por Luiz Sérgio de Oliveira, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a**, **b** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que entendeu pela impossibilidade de pagamento de honorários advocatícios para advogado dativo nomeado pelo Juiz em Comarca onde não há Defensoria Pública.

Sustenta o recorrente, em síntese, negativa de vigência aos arts 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994, 1º da Lei n. 1.060/1950 e art. 272 da Constituição do Estado de Minas Gerais, bem como divergência com julgados desta e de outras Cortes. Alega que é indiscutível dever do Estado o pagamento de honorários aos advogados dativos nomeados pelo Juiz para prestar assistência gratuita aos necessitados.

Instado a se manifestar, opinou o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

Relatados, decido.

Tenho que merece guarida a pretensão do recorrente.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o advogado nomeado defensor dativo em processos de réus pobres, faz jus a honorários, ainda que exista, no Estado, Defensoria Pública, cabendo à Fazenda o pagamento dos honorários devidos.

Aliás, sobre a matéria confirmam-se os seguintes precedentes deste Tribunal, **verbis**:

“Recurso em mandado de segurança. Juizado especial criminal. Indicação de advogado dativo. Arbitramento de honorários. Existência de defensora pública. Irrelevância, no caso.

— Conforme precedentes jurisprudenciais deste Tribunal, o advogado nomeado defensor dativo em processos de réus pobres, faz jus a honorários, ainda que exista, no Estado, Defensoria Pública.

— Recurso improvido.” (ROMS n. 8.575/MS; DJ de 06.10.1997; p. 50.021; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

“Processual Civil — Advogado dativo — Honorários profissionais — Leis ns. 1.060/1950, 4.215/1963 (art. 30) e 8.906/1994 (art. 22, § 1º).

1. O advogado regularmente nomeado para o patrocínio de causa do réu juridicamente necessitado, como regra, faz jus aos honorários profissionais.

2. Recurso improvido.” (REsp n. 4.358/SP; DJ de 28.08.1995; p. 26.563; Relator Ministro Milton Luiz Pereira)

“Administrativo. Honorários de advogado. Responsabilidade do Estado.

— Cabível o pagamento pela Fazenda Nacional de verba honorária aos advogados nomeados pelo juiz.” (REsp n. 24.003/SP; DJ de 11.04.1994; p. 7.626; Relator Ministro Américo Luz)

“Recurso especial. Nomeação de defensor dativo. Réus pobres, em processos criminais. Honorários advocatícios. Verba devida.

Inexistindo, ou sendo insuficiente, o serviço oficial de assistência gratuita aos réus pobres, que respondem a processos-crime, admite-se a nomeação de advogado para servir como defensor.

Tendo o advogado cumprido o seu dever, cabe à Fazenda o pagamento dos honorários devidos.” (REsp n. 1.321/SP; DJ de 29.11.1993; p. 25.864; Relator Ministro Hélio Mosimann)

Isto posto, com fundamento no art. 557, § 1<sup>a</sup>-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso.”

Destarte, não tendo o agravante, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL  
N. 633.533 — PR (2003/0236743-3)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Niayra Participações e Empreendimentos Ltda

Advogados: Wania Maria Barbosa de Jesus e outros

Agravados: Serviço Social do Comércio — Sesc e outro

Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outros

### EMENTA

*Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Contribuição social destinada ao Sesc e ao Senac. Empresa prestadora de serviço. Incidência. Revisão do entendimento pela Primeira Seção do STJ. Precedentes.*

1. Agravo regimental interposto contra decisão que proveu o especial dos agravantes.
2. Novo posicionamento da Primeira Seção do STJ no sentido de que as empresas prestadoras de serviço de vigilância, no exercício de atividade tipicamente comercial, estão sujeitas ao recolhimento da contribuição social destinada ao Sesc e ao Senac.
3. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas e da Primeira Seção desta Corte Superior.
4. Agravo regimental não 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, 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), 03 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

DJ de 20.09.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravo regimental oposto contra decisão que proveu o recurso especial da parte agravada, ao entendimento de que, de acordo com o novo posicionamento da Primeira Seção do STJ, as empresas prestadoras de serviço de vigilância, no exercício de atividade tipicamente comercial, estão sujeitas ao recolhimento da contribuição social destinada ao Sesc e ao Senac.

Alega-se, em síntese, que:

- a) as contribuições em debate, destinadas ao custeio do Sesc e do Senac, foram instituídas pelos DLs ns. 8.621/1946 e 9.863/1946, cuja finalidade é

beneficiar os empregados do comércio e suas respectivas famílias, sendo as mesmas recepcionadas pela novel Carta Magna;

b) desde seu projeto, tal contribuição foi criada para beneficiar aqueles que trabalham em empresas comerciais, excluindo, portanto, aquelas que atuam como prestadoras de serviço, como é o caso da agravante, cuja atividade é prestação de serviço, atividade essa civil e não comercial;

c) não há como vender/comercializar a prestação de serviços na área médica, motivo esse que não pode ser a agravante submetida a contribuir para o Sesc/Senac;

d) a própria lei estabelece requisitos para ser beneficiário do Sesc e do Senac, ou seja, ser empregado de estabelecimento comercial, enquadrando-se como integrante de entidade sindical própria do comércio;

e) o art. 577 da CLT, que dispõe sobre o enquadramento das atividades e profissões em seus respectivos sindicatos, não quer dizer que todas as empresas, pessoas jurídicas de direito privado, devam estar filiadas ao respectivo sindicato;

f) a pretensão da agravante é igualmente amparada pela jurisprudência, conforme julgados que cita.

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

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece reforma. Mantenho-a pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a sua transcrição, **litteratim**:

“Vistos etc.

Cuida-se de recurso especial oposto pelo Sesc e outro contra acórdão que decidiu no sentido de inexigibilidade das contribuições ao Sesc/Senac das empresas prestadoras de serviços.

Alega-se violação aos arts. 4º do DL n. 8.621/1946, e 3º do DL n. 9.853/1946. Aduz-se que a empresa recorrida exerce atividade de natureza especulativa, estando abrangida pelo conceito de empresa comercial, incidindo, assim, as aludidas contribuições.

Relatados, decido.

Vinha entendendo, com base em inúmeros precedentes desta Corte e do distinto Tribunal Federal de Recursos, que as empresas prestadoras de serviço, por não exercerem atividade comercial, mas, sim, eminentemente civil, não estavam sujeitas ao recolhimento da contribuição social destinada ao Sesc e ao Senac. No entanto, ao julgar o AgRg no AgRg n. 429.696/RS, revii meu posicionamento. Naquela oportunidade desenvolvi os seguintes fundamentos:

“Vistos etc.

O Serviço Social do Comércio — Sesc interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática de fls. que negou provimento a recurso especial que interpôs, por lhe ter sido negado o direito de não recolher contribuição social destinada ao Sesc e Senac.

Tem razão a parte agravante. Os precedentes citados na minha decisão estão desautorizados, no momento, por novo posicionamento assumido pela Primeira Seção deste Tribunal, conforme assinalado à fl. 141, do modo seguinte:

‘Como assinala o despacho agravado trata-se da *contribuição destinada ao Sesc/Senac por prestadora de serviço*.

Essa matéria foi resolvida no julgamento da Primeira Seção no REsp n. 431.347, Relator Ministro Luiz Fux (decisão unânime). Também a Segunda Turma, no REsp n. 326.491, Relator para o acórdão Ministro Franciulli Netto. A Primeira Turma já se pronunciou em outras oportunidades acompanhando a decisão da Primeira Seção (REsp n. 438.724; AgRg n. 462.122; REsp n. 441.827; REsp n. 461.225).’

Confira-se o teor dos acórdãos citados:

‘Tributário. Contribuição para o Sesc e Senac. Entidade hospitalar. Entidade vinculada à confederação cuja integração é pressuposto da exigibilidade da exação. Recepção do art. 577, CLT e seu anexo pela Constituição Federal. Contribuição compulsória concretizadora da cláusula pétrea de valorização do trabalho e dignificação do trabalhador. Empresa comercial. Autoqualificação, mercê dos novos critérios de aferição do conceito. Verificação de ocorrência de violação da lei à luz do princípio de supradireito determinando a aplicação da norma aos fins sociais a que se destina, à luz de seu resultado, regras maiores de hermenêutica e aplicação do Direito.

1. As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o Sesc e para o Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.

2. Deveras, dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 240, que: 'Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical'.

3. As Contribuições referidas visam concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da 'valorização do trabalho humano' encartado no artigo 170 da Carta Magna: **verbis**: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)'

4. Os artigos 3<sup>a</sup> do Decreto-Lei n. 9.853 de 1946 e 4<sup>a</sup> do Decreto-Lei n. 8.621/1946 estabelecem como sujeitos passivos da exação em comento os estabelecimentos integrantes da Confederação a que pertence e sempre pertenceu a recorrente (antigo IAPC; Decreto-Lei n. 2.381/1940), conferindo 'legalidade' à exigência tributária.

5. Os empregados do setor de serviços dos hospitais e casas de saúde, ex-segurados do IAPC, antecedente orgânico das recorridas, também são destinatários dos benefícios oferecidos pelo Sesc e pelo Senac.

6. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.

7. O Sesc e o Senac têm como escopo contribuir para o bem-estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam.

8. À luz da regra do art. 5º, da LICC — norma supralegal que informa o Direito Tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação, passa por esse aspecto teleológico-sistêmico — impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um ‘direito universal do trabalhador’, cujo dever correspectivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

9. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações **sub judice**, implica em que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutra serviço social, visando evitar relegar ao desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação antiisonômica e injusta.

10. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame recepcionada constitucionalmente em benefício dos empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através da via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

11. Recurso especial improvido.’ (REsp n. 431.347/SC, Ministro Luiz Fux, DJ de 25.11.2002)

‘Recurso especial — Alíneas **a** e **c** — Contribuição social compulsória para o Sesc e o Senac — Empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares — Exigibilidade.

— As empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o Sesc e o Senac.

— O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de

formação profissional vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da Constituição Federal) é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

— Extraí-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o artigo 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988.

— No quadro anexo à CLT, relativo ao artigo 577, há expressão previsão de que os estabelecimentos de serviços de saúde integram o plano da Confederação Nacional do Comércio.

— A exegese dos artigos 4º do Decreto-Lei n. 8.621/1946 e 3º do Decreto-Lei n. 9.853/1946, à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor, leva à conclusão de que as prestadoras de serviços se incluem dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição.

— O novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude maior do que a noção de comerciante. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de ‘estabelecimento comercial’ contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o Sesc e o Senac.

— Divergência jurisprudencial não conhecida, porquanto não há similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados. Os arestos chamados à colação se referem à prestação de serviços de vigilância, enquanto o caso vertente trata das prestadoras de serviços médicos e hospitalares, e àqueles não se afina na especificidade.

— Recurso especial não conhecido.’ (REsp n. 326.491/AM, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 30.06.2003)

‘Tributário. Contribuições ao Sesc e ao Senac. Prestadoras de serviços. Alteração no posicionamento da Primeira Seção do STJ. REsp n. 431.347/SC, unânime.

1. As empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o Sesc e para o Senac, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição Federal (art. 240) e confirmada pelo seu guardião, o STF, a assimilação no organismo da Carta Maior.

2. As contribuições referidas visam concretizar a promessa constitucional insculpida no princípio pétreo da ‘valorização do trabalho humano’ encartado no artigo 170 da Carta Magna (‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...)’).

3. As prestadoras de serviços que auferem lucros são, inequivocamente estabelecimentos comerciais, quer por força do seu ato constitutivo, oportunidade em que elegeram o regime jurídico próprio a que pretendiam se submeter, quer em função da novel categorização desses estabelecimentos, à luz do conceito moderno de empresa.

4. O Sesc e o Senac têm como escopo contribuir para o bem-estar social do empregado e a melhoria do padrão de vida do mesmo e de sua família, bem como implementar o aprimoramento moral e cívico da sociedade, beneficiando todos os seus associados, independentemente da categoria a que pertençam.

5. À luz da regra do art. 5º da LICC — norma supralegal que informa o Direito Tributário, a aplicação da lei, e nesse contexto a verificação se houve sua violação passa por esse aspecto teleológico-sistêmico — impondo-se considerar que o acesso aos serviços sociais, tal como preconizado pela Constituição, é um ‘direito universal do trabalhador’, cujo dever corresponsivo é do empregador no custeio dos referidos benefícios.

6. Consectariamente, a natureza constitucional e de cunho social e protetivo do empregado, das exações **sub judice**, implica que o empregador contribuinte somente se exonere do tributo, quando integrado noutro serviço social, visando evitar relegar ao

desabrigo os trabalhadores do seu segmento, em desigualdade com os demais, gerando situação antiisonômica e injusta.

7. A pretensão de exoneração dos empregadores quanto à contribuição compulsória em exame, recepcionada constitucionalmente, em benefício dos empregados, encerra arbítrio patronal, mercê de gerar privilégio abominável aos que através da via judicial pretendem dispor daquilo que pertence aos empregados, deixando à calva a ilegitimidade da pretensão deduzida.

8. Agravo Regimental improvido.' (AgRg no REsp n. 438.724/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.03.2003)

Isso posto, exercendo o juízo de retratação, reformo a decisão monocrática de fl., para dar provimento ao recurso especial, valendo-me do art. 557 do CPC, haja vista o tema encontrar-se pacificado pela via de jurisprudência pacificada.”

A respeito, registro mais os seguintes procedentes:

“Processual Civil e Tributário — Contribuições ao Sesc e ao Senac — Empresas prestadoras de serviço — Recurso especial com pretensão contrária à jurisprudência dominante do STJ — Negativa de seguimento (art. 557, **caput**, do CPC).

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte, quanto à legitimidade da contribuição para o Sesc e para o Senac pelas empresas prestadora de serviço.

2. Inviável o recurso especial, cuja pretensão é manifestamente contrária à jurisprudência dominante desta Corte.

4. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp n. 500.120/PR, Segunda Turma, DJ de 1<sup>a</sup>.09.2003, Relatora Ministra Eliana Calmon)

“Recurso especial — Alíneas **a** e **c** — Empresa prestadora de serviço de vigilância — Contribuição para o Sesc e o Senac — Exigibilidade — Art. 577 da CLT — Enquadramento sindical — Confederação Nacional do Comércio — Divergência jurisprudencial não configurada.

— O requisito essencial para que determinada pessoa jurídica deva recolher a contribuição compulsória incidente sobre a folha de salários, destinada às entidades privadas de serviço social de formação profissio-

nal vinculadas ao sistema sindical (art. 240 da Constituição Federal) é o seu enquadramento no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, segundo a classificação mencionada nos artigos 570 e 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

— Extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o artigo 577 da CLT tem plena eficácia com o advento da Constituição de 1988.

— No quadro anexo à CLT, relativo ao artigo 577, há expressa previsão de que os estabelecimentos de prestação de serviço de vigilância integram o plano da Confederação Nacional do Comércio.

— Na assentada de 06 de junho de 2002, a egrégia Segunda Turma conclui o julgamento do REsp n. 326.491/AM, da relatoria do subscritor deste, no sentido de que as empresas prestadoras de serviços médicos e hospitalares estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, contribuição para o Sesc e o Senac.

— O mesmo raciocínio se aplica para as empresas prestadoras de serviço de vigilância, consoante restou consignado em sucessivos julgados das Turmas que integram a Primeira Seção (cf. REsp n. 449.786 /RS, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 10.03.2003).

— A exegese dos artigos 4º do Decreto-Lei n. 8.621/1946 e 3º do Decreto-Lei n. 9.853/1946, à luz do novo conceito de empresa e da ordem constitucional em vigor, leva à conclusão de que as prestadoras de serviços se incluem dentre os estabelecimentos comerciais sujeitos ao recolhimento da contribuição.

— O novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em harmonia com esse entendimento, criou a figura do empresário, atribuindo a esse conceito uma amplitude maior do que a noção de comerciante. No caso vertente, o que se verifica é a mera interpretação atual do mesmo conceito de ‘estabelecimento comercial’ contemplado pelos decretos de 1946, que instituíram as contribuições para o Sesc e o Senac.

— Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 489.267/SC, Segunda Turma, DJ de 04.08.2003, Relator Ministro Franciulli Netto)

“Tributário — Contribuição social para o Sesc e o Senac — Empresas prestadoras de serviços de vigilância e segurança — CLT, art. 577 —

Enquadramento sindical — Confederação Nacional do Comércio — Precedentes.

— O art. 577 da CLT foi recepcionado pela nova Carta, reafirmando sua eficácia plena.

— As empresas prestadoras de serviços de vigilância e/ou segurança incluem-se entre as categorias econômicas e profissionais criadas na Confederação Nacional do Comércio e, portanto, inseridas no quadro anexo ao art. 577 da CLT.

— As referidas empresas devem, portanto, a título obrigatório, recolher a contribuição para o Sesc e o Senac, já que enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio.

— Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 449.786/RS, Segunda Turma, DJ de 10.03.2003, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins )

Assim, em face da nova posição desta Corte de Justiça, firmo entendimento no sentido de que as empresas prestadoras de serviço, no exercício de atividade tipicamente comercial, estão sujeitas ao recolhimento da contribuição social destinada ao Sesc e ao Senac.

Esse é o novo posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente com a legislação e a jurisprudência vigentes.

Assim, dou provimento ao especial (art. 557, § 1º, do CPC). Sucumbência total pela recorrida.”

Com relação à irresignação do agravante, neste aspecto, não vislumbro qualquer novidade, em seu agravo, modificadora dos fundamentos supra-referenciados, pelo que nada tenho a acrescentar. As assertivas desenvolvidas no decisório ora impugnado, a meu ver, continuam fortes a esbarrar a pretensão de que seja reformado o **decisum** atacado.

Conforme se constata, a decisão recorrida apoiou-se na nova posição desta Corte de Justiça, no sentido de que as empresas prestadoras de serviço de vigilância, no exercício de atividade tipicamente comercial, estão sujeitas ao recolhimento da contribuição social destinada ao Sesc e ao Senac.

Esse é o mais recente entendimento que passo a seguir.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 341.447 — DF (2001/0100062-0)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Recorrente: Distrito Federal  
Procuradores: Isabel Paes de Andrade Banhos e outros  
Recorrente: Márcio Bennech Vercino  
Advogados: Paulo Roberto Roque Antônio Khouri e outros  
Recorridos: Os mesmos

**EMENTA**

Processual Civil. Convocação de candidatos ao serviço público. Edital que não menciona que seria exclusivamente por intermédio do Diário Oficial a convocação. Lei n. 8.112/1990. Publicação de edital, também em jornal diário de grande circulação. Obrigatoriedade.

— Não mencionando o edital que a convocação de candidatos seria feita exclusivamente por intermédio do Diário Oficial, a Administração está obrigada, também, a divulgar a chamada, mediante publicação em jornal de grande circulação (Lei n. 8.112/1990).

**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 na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retificando decisão proferida em sessão do dia 18.11.2003, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Distrito Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ de 15.03.2004

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Recurso especial (alíneas **a** e **c**), interposto pelo Distrito Federal, desafiando acórdão da Segunda Câmara Cível do TJDF, assim ementado:

“Administrativo — Concurso público — Convocação — Ampla divulgação — Publicação em conformidade com o edital — Lei n. 8.112/1990 — Irregularidade.

Ocorrendo a chamada dos candidatos aprovados na primeira fase do certame quase três anos após a realização das provas e, tendo a Lei n. 8.112/1990 — que dispôs sobre a necessidade de ampla divulgação dos concursos públicos realizados pela Administração Pública — entrado em vigor nesse ínterim, reputa-se irregular o ato de convocação que, embora em consonância com o edital, não observou comando legal de hierarquia superior, segundo o qual o ato deveria ter sido publicado não só no Diário Oficial, como também em jornal de grande circulação.” (Fl. 312)

O recorrente afirma que o acórdão violou os arts. 1º e 2º da LICC, ao dar aplicação à Lei n. 8.112/1990, com respeito ao edital normativo do certame, publicado anteriormente, ferindo o princípio da irretroatividade das leis. Traz à colação julgados do STJ, que apresentariam fundamentos diferentes para a mesma tese da decisão recorrida.

Lembra que o edital é a lei do certame, vinculando a Administração Pública e os candidatos concorrentes, sendo certo que os candidatos ao se inscreverem no pleito aderem às normas ali estatuídas e a elas se subordinam, não sendo crível insurgir-se o autor contra norma de divulgação dos resultados e convocação para etapas posteriores.

Entende estar assente na jurisprudência de nossos tribunais, que o edital do concurso constitui sua lei própria, nele podendo constar tudo que se compatibilize com a finalidade do certame e que não contravenha a Constituição ou a legislação ordinária em vigor (v. ementas de decisões do STJ, fls. 327/329).

Despacho de admissibilidade do recurso, apenas pela alínea c — fls. 368/371.

Contra-razões às fls. 348/365.

Este, o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Refiro-me, inicialmente, ao julgamento, pela Primeira Turma, levado a efeito em 18.11.2003, em que, por unanimidade, negou-se provimento ao recurso especial do Distrito Federal, provendo-se o apelo especial de Márcio Bennech Vercino, consoante certidão de julgamento competente.

Ocorre que houve erro material naquela decisão, constando como também

recorrente, indevidamente, Márcio Vercino, que já tivera seu recurso especial de fls. 235/255 decidido no REsp n. 155.772/DF, cópias de fls. 277/292 e 299/302, emendado em sede de embargos declaratórios: “Superada pelo STJ questão preliminar que impedia o conhecimento do mérito, os autos retornam ao Tribunal **a quo**, para que prossiga o julgamento.” (Fl. 302)

Assim, o mérito foi examinado, em segunda fase, pela Corte Estadual, conforme consta da decisão, em embargos infringentes cíveis, da Segunda Câmara Cível do TJDF, fls. 311/320. A partir desse momento, sim, tem lugar o recurso especial do DF (fls. 322/341), resultando no REsp n. 341.447, ora examinado.

Peço vênia para fazer a transcrição dos votos dos eminentes Desembargadores Sérgio Bittencourt, Asdrubal, Haydevalda e Jair Soares, cujo entendimento se mostra em confronto com as teses defendidas pelo recorrente:

(Sérgio Bittencourt — Revisor e Relator designado)

“No que tange ao mérito, também vencido o eminente Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira, pretende o recorrente, Distrito Federal, a prevalência desse voto, sob o fundamento de que a publicidade do concurso, especificamente quanto à convocação do autor para a outra etapa do certame, foi feita em harmonia com as normas do edital, isto é, através do “Diário Oficial do Distrito Federal”, o que, por si só, já seria suficiente para os fins colimados. Argumenta ainda o embargante que não se aplica ao caso o disposto no art. 12, parte final, da Lei n. 8.112/1990, eis que referida norma só passou a vigorar em data posterior à divulgação do evento. Assim, como é sabido que a lei nova não alcança o ato jurídico perfeito, entendendo-se como tal o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, conforme proclama o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, secundando princípio constitucional inserto no art. 5º, XXXVI, o ato praticado pela Administração, dispondo sobre as regras a que aderiu o embargado, exauriu-se antes do advento do novo regime jurídico dos servidores públicos. Finalmente, alega o recorrente que o conhecimento presumido do regulamento pelo candidato, desautoriza qualquer outra forma de interpretação, pois a publicidade foi feita, e feita de forma ampla, já que o acesso ao Diário Oficial não é restrito a determinado número de pessoas. Sua leitura, ainda que enfadonha era dever do embargado. Interpretar-se de outra forma, seria privilegiar o desidioso, em detrimento dos que se mantiveram atentos às normas a que se submeteram no momento da inscrição.

A questão não é nova, já tendo sido objeto de aprofundados exames por parte de cultos membros desta Casa, sempre em abono da tese minoritária,

conforme se pode observar dos v. acórdãos proferidos nas APC ns. 25.597/1994, Segunda Turma, Relator Desembargador Deocleciano Queiroga; 34.415/1995, Relator Desembargador Dácio Vieira e 34.693/1995, Relator Desembargador Dilermando Meirelles, ambos da Quinta Turma Cível e 36.693/1995, Quarta Turma, Relator Desembargador Estevam Maia.

O caso em exame, entretanto, reveste-se de certas singularidades que, a meu ver, não foram consideradas nos precedentes citados. Com efeito, a chamada dos candidatos aprovados na primeira etapa do certame ocorreu quase três anos após a realização das provas. Nesse ínterim já entrara em vigor a Lei n. 8.112/1990, dispondo sobre a necessidade de divulgação mais ampla dos concursos realizados pela Administração Pública, regra concebida apenas para se harmonizar com o que já proclamava a Constituição Federal (art. 37). Desta forma, tenho que a alegada regularidade da convocação é apenas aparente, pois, ainda que feita de acordo com as normas previstas no edital, não observou comando legal de hierarquia superior.

Com estas considerações, pedindo mais uma vez a mais respeitosa vênua ao eminente Desembargador prolator do voto minoritário, nego provimento ao recurso.”

(Desembargador Asdrubal Nascimento Lima — Vogal)

“Senhor Presidente, ouvi atentamente a sustentação da defesa, bem como o brilhante voto do eminente Relator.

Contudo, sensibilizaram-me bastante os fundamentos do douto voto do eminente Revisor, eis que a matéria é de fundo constitucional, baseando-se no princípio da publicidade.

Realmente, o acesso ao Diário Oficial do Distrito Federal não é tão fácil. Apesar de ser membro do Judiciário, poucas foram as vezes em que tive contato com esse Diário Oficial do Distrito Federal.

Por tais razões, pedindo vênua aos que entendem de modo diferente, acompanho o eminente Revisor.”

(Desembargadora Haydevalda Sampaio — Vogal)

“Senhor Presidente, da leitura dos votos majoritários e minoritários, bem como dos votos prolatados pelos eminentes Relator e Revisor, na presente sessão, embora tenha constado do regulamento que todos os editais e avisos referentes ao concurso seriam publicados no Diário Oficial, entendo que os prolores dos votos majoritários melhor decidiram a matéria, principalmente ante o decurso do tempo.

Com essa consideração, acompanho o eminente Revisor, rogando vênias ao eminente Relator.”

(Desembargador Jair Soares — Vogal)

“Senhor Presidente, o edital, a lei do concurso, estipulou que a divulgação dos resultados seria mediante publicação no Diário Oficial apenas. Fora editado quando não estava em vigência a Lei n. 8.112/1990, que em seu art. 12, § 1º, determina seja mais ampla possível a divulgação dos resultados de concursos públicos, com publicação no Diário Oficial e também em jornal de grande circulação.

Ocorre que a própria Administração não observou o edital. Nas primeiras fases do concurso convocou os candidatos mediante telegramas. Com isso criou-se expectativa de que nas fases seguintes seriam também os candidatos convocados mediante telegrama.

Com essas breves considerações, pedindo vênias ao eminente Relator e também ao eminente Desembargador Lécio Resende, acompanho o eminente Revisor.”

Este julgamento retifica o realizado em 18.11.2003, pela Primeira Turma, no qual foi indevidamente incluído como recorrente Márcio Bennech Vercino, consoante os esclarecimentos que apresentei no preâmbulo deste meu voto.

Em face de todo o exposto, adotando como razões de decidir os votos dos eminentes Desembargadores Sérgio Bittencourt, Asdrubal Nascimento Lima, Haydevalda Sampaio e Jair Soares, acima transcritos, nego provimento ao recurso do Distrito Federal.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 491.171 — SP (2002/0168356-1)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Steven Shuniti Zwicker e outros

Recorrida: Destilaria Porto Velho Ltda

Advogado: Elias Mubarak Junior

### **EMENTA**

Processual Civil. Execução fiscal. Exceção de incompetência. Garantia do juízo. Desnecessidade. Prerrogativa da Fazenda Pública na eleição do foro (CPC, art. 578, parágrafo único).

1. As normas que estabelecem limitações de acesso aos meios de tutela de direitos em juízo devem ser interpretadas restritivamente, e não há qualquer disposição legal que condicione o conhecimento da exceção de incompetência à prévia segurança do juízo da execução.

2. A competência territorial para a ação de execução fiscal segue ordem de preferência estabelecida no **caput** do art. 578 do CPC, observando-se, ainda, a regra do seu parágrafo único segundo a qual, em caso de pluralidade de domicílios ou de pluralidade de devedores, dispõe o Fisco da faculdade de ajuizar a ação no foro de qualquer um deles.

3. Por outro lado, como alternativa para todas as opções ali descritas, reserva-se ao Fisco a faculdade de eleger ou o foro do lugar em que se praticou o ato, ou o do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, ou, ainda, o foro da situação dos bens de que a dívida se originou (CPC, art. 578, parágrafo único), daí se concluindo que o devedor não tem assegurado o direito de ser executado no foro de seu domicílio, salvo se nenhuma das espécies do parágrafo único se verificar.

4. 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), 19 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJ de 16.11.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Cuida-se de recurso especial apresentado em face de acórdão do TRF da 3ª Região que deu provimento a agravo de instrumento que impugnava decisão acerca de exceção de incompetência, nos autos

de execução fiscal movida pelo INSS, à consideração de que (a) o conhecimento de exceção de incompetência não está condicionado à garantia do juízo; (b) o art. 578, **caput**, do CPC estabelece a regra geral de que a execução fiscal será proposta no foro do domicílio do réu, não sendo tal comando alterado pelas disposições insertas nos parágrafos do dispositivo; (c) não é aplicável ao caso a norma do art. 87 do CPC, nem o entendimento da Súmula n. 58 — STJ, porque a fixação da competência ocorre no momento da propositura da ação, e a alteração do domicílio do réu é anterior ao ajuizamento; (d) a execução fiscal, portanto, deveria ter sido ajuizada em Capela — AL.

No especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 16, § 3º, da Lei n. 6.830/1980 e 578, parágrafo único, e 742 do CPC, sustentando, em síntese, que (a) não pode ser admitida exceção de incompetência sem a prévia garantia do juízo, a teor dos arts. 737 e 742 do CPC e 16, § 3º, da LEF; (b) o parágrafo único do art. 578 admite, para o caso específico da execução fiscal, a propositura no local em que ocorreram os fatos de que se originou o débito, ainda que nele não mais resida o réu. Pleiteia a inadmissão da exceção de incompetência, ou, sucessivamente, o reconhecimento da competência do juízo de Nova Granada — SP.

A recorrida, em contra-razões (fls. 275/292), sustenta que (a) o art. 742 do CPC refere-se exclusivamente à hipótese de execução de sentença; (b) nos termos dos arts. 305 e 306 do CPC, as exceções podem ser oferecidas a qualquer tempo, suspendendo a execução até o seu julgamento; (c) o domicílio do devedor é a “regra principal e imperativa” de fixação da competência para o ajuizamento da execução fiscal, entendimento reforçado pela orientação posta na Súmula n. 40 — TFR (“A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da Comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal”). Pugna pela inadmissão, e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. É dominante no STJ o entendimento segundo o qual a exceção de incompetência deve ser apresentada simultaneamente aos embargos à execução, em peças separadas (CC n. 10.056/PR, Segunda Seção, Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 03.04.1995; REsp n. 419.378/DF, Quarta Turma, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJ de 28.10.2002), exceto se for a única matéria nele veiculada (REsp n. 11.175/SP, Terceira Turma, Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 14.03.1994).

A respeito da desnecessidade de garantia do juízo para oferta de exceção de incompetência, no âmbito de ação de execução, assim decidiu o TRF no julgamento do AgRg n. 50.059/RJ, relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

“(…) Para apresentar a exceção de incompetência, a nosso ver, não é requisito necessário a segurança do juízo, mesmo porque tal medida se tornaria inútil diante do juízo incompetente. Além do mais, a apresentação desta medida suspende o processo de execução e nada impede que o devedor apresente a exceção dentro do prazo que tem para efetuar o pagamento. Suspendendo-se a execução antes mesmo de decorrido o prazo para pagamento, não se poderá mais falar em segurança do juízo, porque, com o processo suspenso, neste não se praticará ato algum.

Parece-nos que a lei não exige essa segurança do juízo: o que ela exige é que a exceção de incompetência seja apresentada antes de decorrido o prazo para propositura de embargos, isto é, pode ser apresentada até mesmo antes de iniciar-se o prazo para os embargos, já que para estes o prazo inicia-se com a segurança do juízo.

Finalmente, sendo acolhida a exceção apresentada, a segurança da execução ou o pagamento desta será feito no juízo competente, mesmo porque o devedor não está obrigado a efetuar o pagamento em juízo incompetente (…)” (RTFR 150/23).

Além disso, as normas que estabelecem limitações de acesso aos meios de tutela de direitos em juízo devem ser interpretadas restritivamente, e não há qualquer disposição legal que condicione o conhecimento da exceção de incompetência à prévia segurança do juízo da execução.

Não merece reparos, pois, no ponto, o acórdão recorrido.

2. Sobre a exegese do art. 578 do CPC, que dispõe sobre as regras de fixação da competência para a ação de execução fiscal, assim me manifestei em sede doutrinária (“Comentários ao Código de Processo Civil — volume 8: Do Processo de Execução — arts. 566 a 645”, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 140/141):

“Do que dispõem o art. 578 e seu parágrafo, verifica-se que a competência territorial para a ação de execução fiscal segue ordem de preferência assim estabelecida: a) foro do domicílio do executado, impossibilitada essa hipótese; b) foro da sua residência e, finalmente, frustrada também essa opção; c) foro do lugar onde o devedor for encontrado (**Alcides de Mendonça Lima**. “Comentários...”, cit., p. 199). Em caso de pluralidade de domicílios

ou de pluralidade de devedores, dispõe o Fisco da faculdade de ajuizar a ação no foro de qualquer um deles.

Por outro lado, como alternativa para todas as opções acima, reserva-se ao Fisco a faculdade de eleger ou o foro do lugar em que se praticou o ato, ou o do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, ou, ainda, o foro da situação dos bens de que a dívida se originou (STJ, CC n. 13.641, Primeira Seção, Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.11.1995, p. 39.551; **Milton Flacks**. “Comentários à Lei de Execução Fiscal”. São Paulo: Forense, 1981, p. 164). Daí se conclui que ‘o devedor — o ‘réu’ — não tem assegurado o direito de ser executado no foro de seu domicílio, salvo se nenhuma das espécies do parágrafo único se verificar’ (**Alcides de Mendonça Lima**. “Comentários...”, cit., p. 201).”

Esse mesmo entendimento foi adotado, entre outros, nos seguintes julgados desta Corte: REsp n. 492.756/SE, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ de 09.06.2003; REsp n. 254.199/MS, Segunda Turma, Ministro Franciulli Netto, DJ de 24.06.2002.

3. No caso concreto, a executada tem sua sede em Capela — AL (fl. 249), e, conforme consta da decisão do juiz de primeiro grau, “a dívida é decorrente de débitos previdenciários do estabelecimento situado no Município de Icém”, Comarca de Nova Granada — SP, “sendo este, portanto, o local onde ocorreu o fato gerador” (fl. 27).

É viável, assim, que o INSS, no exercício da opção que lhe faculta o parágrafo primeiro do art. 578 do CPC, ajuíze a ação executiva “no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu”.

4. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial, para negar provimento ao agravo de instrumento. É o voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 494.545 — RS (2003/0006127-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS

Procuradores: Renato de Castro Moreira e outros

Recorrido: Walter Aleshinsky

Advogado: Antonio Luiz Fetter — Curador

Interessada: Lubianca e Companhia Ltda

## EMENTA

Processo Civil. Alienação de bem penhorado. CPC, art. 659, § 4º, com a redação da Lei n. 8.953/1994. Efeitos do registro da penhora.

1. Sem o registro da penhora não se podia, mesmo antes da vigência da Lei n. 8.953/1994, afirmar, desde logo, a má-fé do adquirente do imóvel penhorado. Com o advento do § 4º do art. 659 do CPC (redação dada pela Lei n. 8.953/1994), nada de substancial se operou a respeito.

2. Convém evitar a confusão entre (a) a fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, cuja configuração supõe litispendência e insolvência, e (b) a alienação de bem penhorado (ou arrestado, ou seqüestrado), que é ineficaz perante a execução independentemente de ser o devedor insolvente ou não. Realmente, se o bem onerado ou alienado tiver sido objeto de anterior constrição judicial, a ineficácia perante a execução se configurará, não propriamente por ser fraude à execução (CPC, art. 593, II), mas por representar atentado à função jurisdicional.

3. Em qualquer caso, impõe-se resguardar a situação do adquirente de boa-fé. Para tanto, é importante considerar que a penhora, o seqüestro e o arresto são medidas que importam, em regra, a retirada do bem da posse de seu proprietário. Assim, é lícito que se presuma, em se tratando de bem *móvel*, a boa-fé do terceiro que o adquire de quem detenha a posse, sinal evidente da ausência de constrição judicial. A mesma presunção milita em favor de quem adquire bem imóvel, de proprietário solvente, se nenhum ônus ou constrição judicial estiver anotado no registro imobiliário, presunção que, com maior razão, se estende aos posteriores adquirentes, se houver alienações sucessivas. É presunção **juris tantum**, cabendo ao credor o ônus de desfazê-la. O registro, porém, faz publicidade **erga omnes** da constrição judicial, de modo que, a partir dele, serão ineficazes, perante a execução, todas as posteriores onerações ou alienações do imóvel, inclusive as sucessivas.

4. Recurso especial desprovido.

## 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, negar

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJ de 27.09.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 345/364) interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional em agravo de instrumento de decisão que, em execução de título extrajudicial, considerando não haver prova de que o terceiro adquirente do imóvel penhorado conhecia tal constrição, indeferiu o pedido da exeqüente de reconhecimento de fraude à execução. O acórdão recorrido manteve a decisão ao fundamento de que (a) embora a penhora tenha sido efetuada antes da modificação operada em 1994 no § 4º do art. 659 do CPC, tal regra se aplica ao caso para tutelar o terceiro de boa-fé; (b) “ao invés de prestigiar o credor, tal como acontecia na sistemática anterior, a lei nova passou a proteger o adquirente de boa-fé, de tal modo que o reconhecimento da fraude à execução, de forma presumida **jure et de jure**, somente ocorre quando a penhora estiver registrada no cartório imobiliário”; (c) “as antigas penhoras, diante da nova sistemática, devem ser objeto de registro, sob pena de não se poder presumir a invalidade de eventual venda do bem no próprio processo executivo”; (d) no caso, a exeqüente deve buscar o reconhecimento da fraude à execução nas vias ordinárias.

No recurso especial, alega-se violação aos arts. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e 593, II, do CPC, ao fundamento de que (a) “o acórdão recorrido aplicou lei nova a um ato já devidamente consumado no passado”; (b) “se tanto a penhora quanto a alienação fraudulenta ocorreram antes da vigência do § 4º do art. 659 do CPC, não há falar em aplicação da lei processual para o futuro”; (c) “é suficiente para caracterizar a fraude à execução a citação em demanda capaz de levar o devedor à insolvência, sendo desnecessário o registro da penhora”. A divergência jurisprudencial é apresentada em face de acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo segundo o qual “não é preciso que a penhora esteja inscrita para que se considere a alienação de seu objeto em fraude de execução”, de forma que “o gravame judicial acompanha o bem perseguindo-o no poder de quem quer que o detenha”. Requer seja declarada ineficaz a venda do imóvel penhorado, prosseguindo-se a execução com a alienação desse bem.

Nas contra-razões, a recorrida sustenta a inviabilidade da análise de prova no recurso especial. Por outro lado, aduz não estar adequadamente demonstrado o dissídio pretoriano. Assevera, ainda, inexistir prequestionamento das questões suscitadas no apelo. Por fim, considerando que a jurisprudência do Tribunal de origem é pacífica no sentido do acórdão, propugna pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não merece ser conhecido o recurso quanto à alegada violação ao art. 6º da LICC, ante a falta de prequestionamento (Súmula n. 282/STF). Já o art. 593, II, do CPC foi implicitamente abordado pelo aresto atacado, o que justifica o conhecimento do apelo pela alínea **a**. Quanto ao dissídio jurisprudencial, não merecem prosperar as alegações da recorrida, pois, além de ter havido a indicação do repositório oficial em que consta o acórdão paradigma, o recorrente procedeu ao cotejo analítico dos julgados confrontados. Conhece-se também pela alínea **c**. Por outro lado, não há no recurso contestação à base fática a partir da qual se posicionou o acórdão recorrido, pelo que não incorre o recurso na vedação prevista na Súmula n. 07 desta Corte.

2. Toda a controvérsia gira em torno de se saber se o registro da penhora é ou não pressuposto indispensável à configuração de fraude na alienação do bem imóvel penhorado. Em nossa lei processual, a determinação de registro da penhora de bem imóvel surgiu, formalmente, com a inclusão, pela Lei n. 8.953/1994, do § 4º ao art. 659. Entretanto, mesmo antes disso, a jurisprudência já considerava que o registro constituía prova segura e suficiente para elidir a presunção de boa-fé do adquirente do bem imóvel penhorado. Nesse sentido, aliás, dispunha o art. 245 da Lei n. 6.015/1973 (*a inscrição da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior*). Sobre o tema, antes da vigência da Lei n. 8.953/1994, esta Corte decidiu:

Processual Civil. Fraude à execução. Alienação na pendência de ação de cobrança. CPC, art. 593, II. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Embargos de terceiro. Procedência.

I - O Superior Tribunal de Justiça, ainda que relativamente a casos anteriores à Lei n. 8.953/1994, hipótese dos autos, vem entendendo que não basta

à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no Cartório competente.

II - Ressalva do ponto de vista do Relator.

III - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 103.719/SP, Quarta Turma, Ministro Aldir Passarinho, DJ de 07.05.2001)

Embargos de terceiro. Bem penhorado. Ausência de registro. Hipótese anterior à vigência da Lei n. 8.953/1994.

Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende de se demonstrar que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição.

Prevalência da boa-fé. (REsp n. 225.091/GO, Terceira Turma, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 28.08.2000)

Com o advento do § 4º do art. 659 do CPC, criou-se a presunção absoluta de que a alienação de bem já penhorado em execução é fraudulenta. Entretanto, a ausência do registro não acarreta a invalidade da penhora, tampouco inviabiliza a configuração da fraude. Apenas impõe ao credor o ônus de provar que o adquirente tinha ciência da constrição que pesava sobre o imóvel.

Esse é o entendimento predominante na doutrina:

“Em síntese, o registro somente opera perante terceiros, criando presunção **jure et de jure** de fraude contra a execução. Faltando tal registro, ao invés, a questão se resolve pelas regras do ônus da prova (art. 333, I), cabendo ao credor provar o conhecimento do terceiro quanto à penhora. (...) A norma é inútil e não provocou qualquer mudança.” (Araken de Assis, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 9, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 162)

“Seria um exagero excluir indistintamente a oponibilidade da penhora imobiliária a terceiros, sempre que não levada ao registro imobiliário. Seria ilegítimo negar a fraude quando por outro meio o adquirente do bem penhorado tiver tido conhecimento da penhora e isso ficar provado nos autos. O novo dispositivo, pela sua clareza e pela declarada intenção com que veio ao ordenamento jurídico brasileiro, agrava porém o **onus probandi** a cargo do exequente, em caso de não ter sido registrada a penhora. Mas facilita a sua

defesa (provavelmente nos embargos de terceiro que o adquirente poderá opor), se o registro tiver sido feito”. (**Cândido Rangel Dinamarco**, “A Reforma do Código de Processo Civil”, Melhoramentos, 2001, p. 299)

“A exigência do registro de penhora justifica-se como meio de ser evitado que terceiro de boa-fé, na certeza de estar fazendo um bom negócio, invista os seus recursos na aquisição de um bem imóvel que poderá perder, isso por força de um processo cuja existência nem sempre tem condições de conhecer. É o que acontece, por força de um processo cuja existência nem sempre tem condições de conhecer. É o que acontece, por exemplo, quando atos de excussão de execução por quantia certa são realizados através de carta precatória”. (**Fátima Nancy Andrichi**, “O Registro da Penhora e a Reforma do CPC”, in Revista de Processo 80/7, outubro-dezembro/1995).

Conforme registramos em sede doutrinária (“Processo de Execução — Parte Geral”, 3ª ed. RT, 2004, pp. 225/228), não se pode confundir a fraude à execução, prevista no art. 593, II do CPC, com a fraude consistente na alienação de bem penhorado, embora, no que se refere ao registro da penhora, a orientação seja a mesma:

“Presentes os requisitos objetivos da litispendência e da insolvência, a alienação ou oneração de bens penhoráveis é ineficaz perante a execução, nos termos do inciso II do art. 593, sendo despiciendo qualquer exame sobre as condições subjetivas de culpa ou má-fé. Não se exige, tampouco, prévia constrição judicial do bem por penhora, arresto, seqüestro ou qualquer medida semelhante, e nem, portanto, qualquer registro. Convém evitar a confusão — freqüente na doutrina e na jurisprudência — entre (a) a fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, cuja configuração supõe litispendência e insolvência, e (b) a alienação de bem penhorado (ou arrestado, ou seqüestrado), que é ineficaz perante a execução independentemente de ser o devedor insolvente ou não. Da distinção entre as duas resultam importantes consequências: se o devedor for *solvente*, a alienação de seus bens é válida e eficaz a não ser que (a) se trate de bem já penhorado ou, por qualquer outra forma, submetido a constrição judicial, e (b) que o terceiro adquirente tenha ciência — pelo registro ou por outro meio — da existência daquela constrição; mas, se o devedor for *insolvente*, a alienação será ineficaz em face da execução, independentemente de constrição judicial do bem ou da cientificação formal da litispendência e da insolvência ao terceiro adquirente. Emerge daí a providência elementar e indispensável, quando da celebração de negócios com bens de

maior valor, de atender ao “dever social (...) de se verificar a situação patrimonial daquele que irá transferir ou gravar um bem, examinando, se for o caso de bem imóvel, o seu histórico cartorário, procedendo, mais ainda, em relação ao atual e anteriores proprietários, a um crivo generalizado junto ao foro cível, através da coleta de negativas forenses”.

O problema surge quando o bem adquirido do devedor *insolvente* é objeto de nova alienação. Há quem entende que, “ineficaz, em relação ao credor, a alienação de bem, pendente lide que possa levar à insolvência do devedor, a fraude à execução contamina as posteriores alienações, independentemente de registro da penhora que sobre o mesmo bem foi efetivada”, ressaltando-se aos adquirentes “ação de perdas e danos”. Contudo, em prestígio ao princípio da boa-fé, há de se resguardar a situação dos terceiros que não tinham nem meios e nem razão para suspeitar da origem irregular do bem adquirido. A sujeição de tais bens ao processo executivo supõe, aqui sim, demonstração, a cargo do credor, do **consilium fraudis** nas sucessivas operações.

Se o devedor for *solvente*, isto é, se, apesar da alienação ou oneração de bens, mantiver força patrimonial para suportar a dívida executada, fraude à execução não houve no negócio. Todavia, conforme acima dito, se o bem onerado ou alienado tiver sido objeto de anterior constrição judicial, a ineficácia perante a execução se configurará, não propriamente por ser fraude à execução (CPC, art. 593, II), mas por representar atentado à função jurisdicional. Mesmo assim, impõe-se resguardar a situação do adquirente de boa-fé. Para tanto, é importante considerar que a penhora, o seqüestro e o arresto são medidas que importam, em regra, a retirada do bem da posse de seu proprietário. Assim, é lícito que se presuma, em se tratando de bem *móvel*, a boa-fé do terceiro que o adquire de quem detenha a posse, sinal evidente da ausência de constrição judicial. A mesma presunção milita em favor de quem adquire bem imóvel, de proprietário solvente, se nenhum ônus ou constrição judicial estiver anotado no registro imobiliário, presunção que, com maior razão, se estende aos posteriores adquirentes, se houver alienações sucessivas. É presunção **juris tantum**, cabendo ao credor o ônus de desfazê-la. O registro, porém, faz publicidade **erga omnes** da constrição judicial, de modo que, a partir dele, serão ineficazes, perante a execução, todas as posteriores onerações ou alienações do imóvel, inclusive as sucessivas”.

3. Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento. É o voto.

**RECURSO ESPECIAL N. 527.137 — PR (2003/0047959-4)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrentes: Hefer Construções Cíveis Ltda e outro

Advogados: Tarcisio Araujo Kroetz e outro

Recorrida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT

Advogados: Mário Fernando Martins Rodrigues e outros

**EMENTA**

Administrativo. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT. Contrato de prestação de serviços. Natureza administrativa.

1. Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as construtoras prestadoras de serviços.

2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de direito privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva

3. A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida.

4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública.

5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no direito privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado.

6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão **sub judice** não envolve direito privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos Correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT.

7. Consoante o acórdão **a quo**, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da Súmula n. 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.

8. Recurso especial desprovido.

### 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

---

DJ de 31.05.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Hefer Construções Civis Ltda e Cozan Construções e Empreendimentos insurgem-se, via recurso especial, ao abrigo da alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão, proferido em grau de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que recebeu a seguinte ementa:

“Administrativo. Licitação. Contrato de obra pública. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

1. Por força do inciso XXI do art. 37 da Constituição, o poder público não se submete às condições do Código de Defesa do Consumidor para contratar suas obras e sim ao regime próprio previsto na lei das licitações, no caso o Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente na época da contratação **sub judice**, e atualmente a Lei n. 8.666, de 21.06.1993, mesmo em se tratando de empresa pública que explora atividade econômica, como é o caso dos Correios.

2. Para ter sucesso na ação de revisão do equilíbrio financeiro do contrato a concessionária deveria ter demonstrado alguma ilegalidade cometida pela concedente em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, o que sequer foi aventado na inicial, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, o que não restou provado.

3. Não há ilegalidade ou abusividade na cláusula penal de contrato de obra pública prevista no edital e livremente aceita pelo contratante, que deve mesmo ser rigorosa porquanto o contrato importa dispêndios de recursos que pertencem a toda a coletividade e envolve interesse público na perfeita execução dos serviços. Ademais, o concessionário acaba afastando os outros licitantes ao oferecer proposta mais vantajosa para o Erário, razão por que não pode frustrar incólume a execução da obra, quando um terceiro poderia tê-la realizada na forma e no prazo previsto no edital.

4. Apelação improvida.”

Originariamente, a empresa Hefer Construções Civis Ltda e outra ajuizaram contra a ECT ação cautelar preparatória e, posteriormente, ação ordinária de revisão de cláusula contratual, com pedido alternativo de rescisão contratual c.c. pedido de indenização por perdas e danos, aduzindo que foram vencedoras em procedimento licitatório instaurado pela ECT para a construção de duas agências no interior do Estado do Paraná e que, ao celebrar os respectivos contratos, estipularam regras relativas aos reajustes dos preços de materiais e mão-de-obra. Entretanto, alegaram as construtoras que ocorreu desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, motivo pelo qual ficaram impossibilitadas de dar continuidade à execução das obras.

A ECT moveu reconvenção contra as empresas, visando a rescisão dos contratos com a incidência das penalidades previstas, além de indenização pelos

danos causados devido à paralisação das obras, nela incluídas a deterioração das instalações e aluguéis de outros imóveis para possibilitar o desempenho das atividades.

Em 1º grau de jurisdição, julgando simultaneamente as ações, o MM. julgador singular extinguiu a ação cautelar sem julgamento de mérito; julgou improcedente o pedido da ação ordinária e deu parcial procedência aos pedidos formulados na reconvenção, para rescindir os contratos ajustados e condenar as construtoras, com base na cláusula 8ª do contrato, a pagarem a multa moratória, bem como os aluguéis pagos pela ECT, no período compreendido entre a paralisação da obra e a interdição judicial. Sobreveio apelação, que restou improvida, nos termos da ementa acima transcrita.

As empresas opuseram embargos de declaração para fins de prequestionamento, mas foram rejeitados, sob a invocação de ausência de omissão a ser sanada.

Na presente impugnação especial, interposta pela alínea **a**, alegaram as recorrentes que o acórdão violou os seguintes dispositivos da Lei n. 8.078/1990:

a) *art. 6ª* “São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

b) “*art. 29* Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

c) *art. 51* São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que”.

As recorrentes sustentam que o acórdão recorrido não acatou a tese de que a relação jurídica contratual entre a ECT e as construtoras seria de direito privado, sendo aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de manter o equilíbrio financeiro da relação contratual.

Às fls. 263/272, consta o recurso extraordinário dirigido ao egrégio STF, admitido na origem.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do apelo extremo às fls. 286/287, subiram os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso, posto que a matéria federal foi devidamente questionada no acórdão atacado.

A questão versa sobre a natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT e as construtoras prestadoras de serviços, ora recorrentes. Sustentam as empresas, no recurso especial, que a relação jurídica é de direito privado, sendo aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor.

O recurso não merece prosperar.

Deveras, a ECT é empresa pública **que**, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida.

**Celso Antônio Bandeira de Melo**, ao definir empresa pública, assim leciona:

“Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de direito privado; mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas administrações indiretas com predominância acionária residente na esfera federal.” (“Curso de Direito Administrativo”, 14ª ed. p. 164)

Seus empregados são contratados sob o regime da legislação trabalhista (CLT). Todavia, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação, vencimentos, entre outras previstas na Constituição Federal.

O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública, com a amplitude definida no **caput**, expressado nos seguintes termos:

“Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

No que pertine aos contratos, as empresas públicas também se curvam ao procedimento licitatório, previsto na Lei n. 8.666/1993. Sobre o tema, **Celso Antônio Bandeira de Melo**:

“Os contratos que tais empresas firmem para atendimento das finalidades a que estão legalmente propostas — e assim também os efetuados pelas empresas estatais encarregadas da promoção de obras públicas — são contratos administrativos, nos mesmos termos e condições em que o seriam os trava-

dos pela Administração direta. Ademais, ditas pessoas são obrigadas a adotar o procedimento pré-contratual da licitação.” (Op. cit. p. 189)

Na precisa lição de **Hely Lopes Meirelles**:

“1) as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (incluindo-se neste conceito aquelas que dão suporte à Administração) de qualquer dos entes federados continuam subordinadas às normas gerais da Lei n. 8.666, de 1993, podendo ter, todavia, normas simplificadas adaptadas às suas necessidades, mas sempre obedecendo ao regramento da Lei n. 8.666;

2) as empresas públicas ou sociedades de economia mista que explorem ou desenvolvam atividade econômica, estas, sim, podem ter regulamentos especiais para suas licitações e contratações, também sob a égide do Direito Privado, mas atendendo aos princípios administrativos, desde que tais regulamentos tenham esteio em lei. Isso quer dizer que não podem licitar ou contratar de qualquer forma ou com a mesma liberdade como as entidades do setor privado: evidentemente, continuam sujeitas aos princípios basilares que regem a Administração Pública, também norteadores das licitações: legalidade, moralidade, publicidade, competitividade etc.” (“Licitação e Contrato Administrativo”, 13ª Ed. p. 188)

Por seu turno, a Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente, **in casu**, a ECT, poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no direito privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado, podendo, inclusive, suspender sua execução. Constitui uma viga-mestra do Direito Administrativo contratual, que só é compreensível na sua inteireza quando se tem em consideração que a outra viga-mestra é a garantia do equilíbrio econômico-financeiro assegurada ao contratado.

Na linha do magistério de **Hely Lopes Meirelles**:

“Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contrato. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a

presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque di Droit Public*, pois, como observa **Laubadère**: “*C’est en effet la présence de telles clauses dans un contrat que est le critère par excellence de son caractère administrati*” (Op. cit. p. 189)

Forçoso concluir que à luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão **sub judice** não envolve direito privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos Correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT.

Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.

Todavia, consoante assentado no acórdão **a quo**, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da Súmula n. 07.

Não obstante, conquanto o objetivo dos recorrentes seja a incidência das normas de direito do consumidor para evitar prática contratual considerada abusiva, consigne-se que esta mesma tese poderia ter sido prequestionada sob outro enfoque, considerando a natureza administrativa da avença, posto que o princípio da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro também é assente nas relações jurídicas de Direito Administrativo.

**Caio Tácito**, lecionando sobre o assunto, afirma que:

“O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão de serviço público” (in, o “Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público”)

Nesse mesmo sentido, o saudoso professor **Hely Lopes Meirelles**:

“A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem raiz constitucional. A Constituição anterior, ao cuidar da concessão de serviço público, estabelecia que as tarifas devem assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 167, II). Todavia, a Carta de 1988 expressamente a estendeu a todos os contratos administrativos, no art. 37, XXI, quando deter-

mina a obrigatoriedade de serem ‘mantidas as condições efetivas da proposta’. Portanto, é a partir da proposta apresentada pelo contratado que se inicia a proteção à equação econômico-financeira do contrato. São numerosos os preceitos da Lei n. 8.666, de 1993, que se referem a este tema, como, por exemplo, os arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, **d**, e § 6º.” (Op. cit. p. 193)

Isto posto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 553.582 — SE (2003/0114166-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Flavio Queiroz Rodrigues e outros

Assistente: União

Recorrida: Elisabete Teles dos Santos

Advogados: Luiz Eduardo Ayres de Freitas Britto e outros

### **EMENTA**

Processual Civil. Recurso especial. Efeito translativo. Conhecimento de ofício de questões de ordem pública (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º). Possibilidade, nos casos em que o não-enfrentamento dessas questões conduz a um julgamento sem nenhuma relação de pertinência com a demanda proposta.

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (CF, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem.

2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma *causa* e, portanto, a uma situação em *espécie* (Súmula n. 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).

3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao Tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.

4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Tratam de correção monetária do FGTS, quando a demanda diz respeito a contrato de financiamento habitacional. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa.

5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental.

### 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, conhecer do recurso especial para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental, 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), 21 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJ de 22.11.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de ação declaratória em que se postula a revisão do contrato de mútuo para aquisição de imóvel residencial, a fim de que seja observado, no cálculo das prestações, o percentual de comprometimento inicial da renda dos mutuários. O pedido foi julgado improcedente pela sentença de primeira instância, sob o fundamento de que “o contrato celebrado entre as partes é ato jurídico perfeito e eficaz, devendo ser respeitado entre os pactuantes” (fl. 65). Após a interposição de apelação, a parte autora requereu a homologação da desistência da ação em razão do acordo extrajudicial firmado com a Caixa Econômica Federal (fl. 93). Intimada a se manifestar, a CEF apresentou agravo

inominado (fls. 98/133), argumentando que a questão referente à incidência dos expurgos inflacionários dos planos econômicos na correção dos saldos das contas vinculadas ao FGTS não está completamente pacificada nos tribunais superiores, sendo inaplicável ao caso o disposto no art. 557 do CPC. O TRF - 5ª Região negou provimento ao agravo, registrando o acórdão que “os titulares das contas vinculadas de FGTS possuem direito adquirido aos cálculos de seus rendimentos, com base nos percentuais e respectivos meses concedidos no **decisum** monocrático” (fl. 143). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

No recurso especial, ao amparo da alínea **a** e **c** da previsão constitucional, a recorrente aponta violação dos arts. 4º da Lei n. 8.036/1990, 178, § 10, III, do Código Civil, 4º do DL n. 4.597/1942, 12 do DL n. 2.284/1986, 16 do DL n. 2.335/1987, 6º da Lei n. 8.024/1990, 17, I, da Lei n. 7.730/1989, 12 e 17 da Lei n. 8.177/1991, pleiteando, em suma, sejam excluídos as diferenças de correção monetária a incidir sobre as contas vinculadas ao FGTS.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (CF, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, ínsita à natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar de seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma “causa”, e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada. Ilustrativa síntese da polêmica foi desenvolvida por **Gleydson Kleber Lopes de Oliveira**, em seu “Recurso Especial” (São Paulo, RT, 2002, pp. 336/342).

2. Com a razão, em meu entender, a segunda corrente. Embora destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é, entretanto, uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Não se pode desconhecer a sua condição de instrumento para julgar uma causa determinada. Era assim na sua gênese, o recurso extraordinário, ainda submetido ao disposto na Súmula n. 456/STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. E é o que está no Regimento Interno do STJ: “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma *causa*, a uma situação em *espécie*. Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.

3. O caso dos autos é paradigmático. O recurso atende os requisitos formais de admissibilidade, inclusive o do prequestionamento. Todavia, as questões federais nele postas não guardam nenhuma compatibilidade com a controvérsia original a ser dirimida. Já quando da apreciação do agravo interno pelo TRF ocorreu o divórcio com o decidido em primeiro grau, uma vez que, do despacho que concedeu prazo para a CEF manifestar-se acerca do pedido de desistência formulado pela parte autora, houve a interposição do referido agravo no qual se fez referência aos cálculos de correção monetária dos saldos de contas vinculadas ao FGTS, o que, como se constata da inicial da ação de conhecimento juntada às fls. 02/07, não é a hipótese dos autos. Induzido pelas razões do agravo interno, o acórdão do TRF manteve a referência errônea, reconhecendo o direito dos autores à revisão do cálculo de seus rendimentos. A CEF, no especial, não se deu conta disso, e deduziu razões que mantêm o descompasso. Ora, desconhecer a nulidade e julgar as teses postas no recurso atende, sob o aspecto formal, o requisito do prequestionamento; mas o que daí resultará é um julgamento de cunho acadêmico, inútil para o caso em espécie, cuja matéria de trato é outra.

A solução, portanto, é o conhecimento de ofício da nulidade processual, que vem desde o acórdão recorrido, a fim de que o Tribunal de origem renove o julgamento do recurso submetido à sua apreciação, atentando para os termos da controvérsia originalmente posta.

4. Pelas razões expostas, conheço do recurso especial para, de ofício, anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido, como de direito. É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 572.205 — SC (2003/0132498-8)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Tapuia S/A, Indústria, Comércio e Mineração

Advogados: João Zanotto Filho e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Carlos dos Santos Doyle e outros

**EMENTA**

Tributário. Recurso especial. Embargos à execução fiscal. Desistência. Adesão ao Refis. Honorários advocatícios. Condenação. Cabimento.

I - A egrégia Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 475.820/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, na sessão de 08.10.2003, consolidou o entendimento de que a incidência ou não da verba honorária deve ser examinada caso a caso.

II - Em se tratando de embargos à execução fiscal promovida pelo INSS, em que não há, portanto, a inclusão do encargo legal do Decreto-Lei n. 1.025/1969, a desistência acarreta a condenação em honorários advocatícios.

III - Nessa hipótese, os honorários advocatícios devem ser fixados conforme determinação expressa de preceito legal, qual seja, o artigo 5º, § 3º, da Lei n. 10.189/2001, que estabelece que, nos casos em que o contribuinte desiste da ação judicial, os honorários advocatícios hão de ser suportados pelo executado, no percentual de até 1% (um por cento) do valor do débito consolidado.

IV - Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. 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 especial interposto por Tapuia S/A Indústria, Comércio e Mineração, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu ser cabível a condenação em honorários advocatícios, fixados no valor de 10% (dez por cento) do débito discutido, do devedor desistente dos embargos em face da adesão ao Refis.

Sustenta a recorrente violação a dispositivos infraconstitucionais, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que é incabível a fixação de honorários advocatícios em função da desistência dos embargos, efetuada como condição para o ingresso no Refis. Alega que, ainda que se admita o cabimento de honorários advocatícios, estes não podem ser arbitrados em proporção superior a 1% (um por cento) sobre o valor do débito.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente recurso merece guarda.

Vinha entendendo, de acordo com a orientação adotada pela colenda Primeira Turma, correta a posição de negar a condenação em honorários advocatícios do devedor desistente dos embargos em face da adesão ao Refis, porquanto, tal gravame se distancia da natureza jurídica do benefício fiscal.

Entretanto, a Egrégia Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 475.820/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, na sessão de 08.10.2003, consolidou o

entendimento de que a incidência ou não da verba honorária deve ser examinada caso a caso. Em se tratando de embargos à execução fiscal promovida pelo INSS, em que não há, portanto, a inclusão do encargo legal do Decreto-Lei n. 1.025/1969, a desistência acarreta a condenação em honorários advocatícios.

Nessa hipótese, os honorários advocatícios devem ser fixados conforme determinação expressa de preceito legal, qual seja, o artigo 5º, § 3º, da Lei n. 10.189/2001, que possui o seguinte teor, **litteris**:

“Na hipótese do § 3º do artigo 13 da Lei n. 9.964, de 2000, o valor da verba de sucumbência será de até um por cento do valor do débito consolidado, incluído no Refis ou no parcelamento alternativo a que se refere o art. 12 da referida lei, decorrente da desistência da respectiva ação judicial.”

Como se pode depreender, o referido dispositivo legal estabelece que, nos casos em que o contribuinte desiste da ação judicial, os honorários advocatícios não de ser suportados pelo executado, no percentual de até 1% (um por cento) do valor do débito consolidado.

Eis, a propósito, os seguintes precedentes, **verbis**:

“Processual Civil. Adesão ao Refis. Desistência da ação. Honorários advocatícios.

1. É assente, no âmbito da Segunda Turma deste Tribunal Superior, que, havendo a adesão ao Refis, é cabível a condenação em honorários advocatícios, até o limite máximo de 1% (um por cento) sobre o valor do débito consolidado, nos termos do art. 13, § 3º, da Lei n. 9.964/2000 e art. 5º, § 3º, da Lei n. 10.189/2001.

2. Recurso especial a que se nega provimento” (REsp n. 525.041/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 29.09.2003, p. 227).

“Processo Civil. Recurso especial. Adesão ao Refis. Desistência da ação. Cabimento de honorários advocatícios. Alteração do percentual. Impossibilidade. Arts. 26 do CPC, 2º, 3º, I, e 13, § 3º, da Lei n. 9.964/2000.

A embargante, que optou pelo parcelamento do débito através da adesão ao Refis, com a conseqüente desistência da ação, deve submeter-se ao pagamento de honorários advocatícios (artigos 26 do CPC, 2º, 3º, I, e 13, § 3º, da Lei n. 9.964/2000).

Os honorários advocatícios são devidos à base de 1% (um por cento) sobre o valor do débito consolidado, uma vez que o percentual foi fixado por lei especial, não se aplicando, portanto, as regras do Código de Processo Civil referentes à fixação dos honorários (artigo 5º, § 3º, da Lei n. 10.189/2001).

Recurso especial não conhecido” (REsp n. 413.775/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.06.2003, p. 316).

“Processo Civil — Embargos à execução fiscal — Desistência — Refis — Adesão — Honorários advocatícios — Cabimento.

— A desistência da ação é condição exigida pela Lei n. 9.964/2000 para que uma empresa, em débito com a Previdência Social, possa aderir ao programa de recuperação fiscal denominado “Refis”.

— A teor do art. 26, do CPC, (“Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.”).

— Cabimento da condenação em honorários advocatícios no percentual de 1%.

— Recurso especial provido” (REsp n. 409.290/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 27.05.2002, p. 140).

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso especial, fixando os honorários advocatícios na base de 1% (um por cento) do valor do débito consolidado.

É o meu voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 572.905 — SC (2003/0130024-7)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Márcia Pinheiro Amantea e outros

Recorridos: Artile Ficagna-Microempresa e outros

Advogado: Isaias Grasel Rosman

### EMENTA

Tributário. Contribuição social incidente sobre os pagamentos efetuados a autônomos, administradores e avulsos. Prazo prescricional. Termo **a quo**. Resolução do Senado Federal.

I - A egrégia Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 423.994/MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, na sessão de 08.10.2003, desenvolveu a tese segundo a qual, na hipótese de declara-

ção de inconstitucionalidade, em controle difuso, de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional é o da data da publicação da Resolução do Senado Federal.

II - Seguindo a recente orientação da Egrégia Primeira Seção, o termo **a quo** do prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição social incidente sobre os pagamentos efetuados a autônomos, administradores e avulsos começa a fluir a partir de 28.04.1995, data da publicação da Resolução do Senado Federal n. 14, a qual, em data anterior ao julgamento na ADIn n. 1.102/DF, suspendeu as expressões avulsos, autônomos e administradores, declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade (RE n. 177.296/RS).

III - Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. 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 especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo qual ficou assentado que o prazo para se pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título da contribuição social incidente sobre os pagamentos efetuados a autônomos e administradores, por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, é a própria homologação, expressa ou tácita, quando efetivamente se tem por constituído o crédito tributário.

Sustenta o recorrente que o v. acórdão vergastado negou vigência a dispositivos infraconstitucionais, bem como divergência jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que no presente caso, o direito de se pleitear a compensação/restituição das parcelas recolhidas indevidamente, da exação em comento, restou alcançado pelo instituto da prescrição.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente recurso especial merece provimento.

Vinha entendendo que o prazo prescricional quinquenal para se pleitear a compensação ou a restituição das parcelas pagas indevidamente a título de contribuição social incidente sobre a folha de salários dos valores pagos aos empregados avulsos, autônomos e administradores, começa a fluir da data do julgamento proferido na ADIn 1.102/DF, em 05.10.1995, quando foi declarada inconstitucional a expressão “autônomos” e “administradores”, contidas no inciso I, artigo 22, da Lei n. 8.212/1991.

Entretanto, a egrégia Primeira Seção, no julgamento do EREsp n. 423.994/MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, na sessão de 08.10.2003, consolidou o entendimento de que, quando houver declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo a **quo** é o da data da publicação da Resolução do Senado Federal.

Na hipótese em referência não podemos olvidar que a mesma questão foi também dirimida pela Corte Suprema, desta feita em controle difuso de constitucionalidade, quando julgado o RE n. 177.296/RS, em 15.09.1994.

Naquela oportunidade foi declarada a inconstitucionalidade das expressões “avulsos, autônomos e administradores”, pelos mesmos fundamentos utilizados no julgamento da ADIn 1.102/DF, qual seja, a necessidade de lei complementar para a instituição da referida contribuição, em face do disposto no § 4º, do artigo 195, da CF.

A suspensão das expressões declaradas inconstitucionais pelo Recurso Extraordinário n. 177.296/RS foi efetivada pela Resolução do Senado Federal n. 14, publicada em 28.04.1995.

Com este panorama, o termo inicial do prazo prescricional, conforme o mais recente posicionamento desta Egrégia Primeira Turma, deve fluir a partir de 28.04.1995, data da publicação da Resolução do Senado Federal n. 14, que em data anterior ao julgamento na ADI n. 1.102/DF, suspendeu as expressões suso

referidas e declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade (RE n. 177.296/RS).

Na hipótese dos autos, tendo sido a ação ajuizada somente em 19 de abril de 2002, o direito das recorridas à restituição dos valores pagos indevidamente pela via judicial restou alcançado pelo instituto da prescrição.

Isto posto, *dou provimento* ao presente recurso especial.

É o meu voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 584.498 — DF (2003/0158550-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: José Silva Quintas

Advogados: Fábio Lima Quintas e outros

Recorrida: União

#### EMENTA

Recurso especial. Servidor público. Cargo ou função comissionada. Contribuição previdenciária. Ilegalidade.

1. À mingua de dispositivo legal que defina, como base de cálculo, a incidência de contribuição sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada, constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), inculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição, bem como o princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração de contribuição e o que se reverte em benefícios, posto que, na aposentadoria, o servidor receberá tão-somente a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o **quantum** proporcional àquele sobre o qual contribuiu.

2. Os valores remuneratórios de função comissionada ou cargo comissionado não integram a base de cálculo conceituada no art. 1º da Lei n. 9.783/1999. (Precedentes do STJ)

3. O egrégio STF, apreciando a constitucionalidade da Lei n. 9.783/1999 na ADIn na MC n. 2.010/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, concluiu que: “o regime contributivo é por essência, um regime

de caráter eminentemente retributivo” pelo que “deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.”

4. Seguindo esta orientação, as Turmas de Direito Público do STJ consagraram posicionamento no sentido de afastar, a partir da edição da Lei n. 9.783/1999, o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação, visto que a contribuição não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário.

5. A **ratio essendi** dos precedentes está em que: “O arcabouço previdenciário vigente está esteado em bases rigorosamente atuariais, de sorte que, se não houve lamentáveis distorções, deve haver sempre equivalência entre o ganho na ativa e os proventos e as pensões da inatividade.

Por essa razão, é defeso ao servidor inativo, em vista da nota contributiva do regime previdenciário, perceber proventos superiores à respectiva remuneração no cargo efetivo em que se deu a aposentação.

Se é certo que no ensejo da aposentadoria não será percebida a retribuição auferida na ativa concernente ao exercício de cargo em comissão, não faz o menor sentido que sobre o percebido a título de função gratificada incida o percentual relativo à contribuição previdenciária (cf. ROMS n. 12.686/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 05.08.2002 e ROMS n. 12.590/DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 17.06.2002). (ROMS n.12.455, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 12.05.2003)

6. Recurso 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, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por José Silva Quintas, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Previdenciário — Contribuição social dos servidores públicos (Lei n. 9.783/1999) incidente sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada: Constitucionalidade.

1. A Contribuição Social dos Servidores Públicos Civis não é cobrada exclusivamente para o custeio da sua aposentadoria, mas de todos os benefícios que integram a seguridade social: licença para tratamento de saúde; licença à gestante, à adotante e licença-paternidade; assistência à saúde, dentre outros.

2. A retribuição pelo exercício de função comissionada, embora não mais se incorpore aos proventos de aposentadoria, em face da revogação do art. 193 da Lei n. 8.112/1990 pela Lei n. 9.527/1997, não foi excluída da incidência da contribuição social dos servidores públicos civis instituída pela Lei n. 9.783/1999, que dela somente afastou as parcelas taxativamente enumeradas no seu art. 1º, parágrafo único.

3. Não há direito adquirido a regime jurídico de natureza estatutária, como não há, no Direito Administrativo, “compensação” financeira automática, deduzida em mera interpretação por equidade, não autorizada, quando revogado algum benefício ou vantagem de repercussão pecuniária, à míngua de previsão legal e não competindo ao Poder Judiciário legislar.

4. Apelação e remessa oficial providas.

5. Peças liberadas pelo Relator em 08.10.2002 para publicação do acórdão.”

Opostos embargos de declaração com o intuito de prequestionamento, os mesmos restaram rejeitados, consoante a ementa a seguir transcrita:

“Embargos de declaração: Art. 535 do CPC — contribuição social dos servidores públicos (Lei n. 9.783/1999) incidente sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada: Constitucionalidade — inocorrência da alegada “omissão” — embargos rejeitados.

1. Destinam-se os embargos declaratórios a aclarar eventual *obscuridade*, resolver eventual *contradição* (objetiva: intrínseca do julgado) ou suprir eventual *omissão* do julgado, consoante art. 535 do CPC, de modo que, inócurre qualquer das hipóteses que ensejam a oposição deles, a inconformi-

dade da embargante ressoa como manifesta contrariedade à orientação jurídica que se adotou no acórdão, o que consubstancia evidente caráter infringente, a que não se presta a via ora eleita.

2. Não há argüir “omissão” do julgador, à mingua de pronunciamento expreso sobre um ou outro argumento da parte, quando o julgamento se orienta, fundamentalmente, por via decisória que não a sustentada pelo autor.

3. Embargos de declaração rejeitados.

4. Peças liberadas pelo Relator em 04.12.2002 para publicação do acórdão.”

Noticiam os autos que o recorrente impetrou mandado de segurança, com pedido de tutela antecipada, objetivando a declaração de inexigibilidade da cobrança da contribuição previdenciária incidente sobre as função comissionada, prevista na Lei n. 9.783/1999.

Em primeira instância, após o deferimento da liminar, sobreveio a sentença de concessiva da segurança (fls. 40/45). Interposta apelação, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento ao recurso, reformando a sentença, consoante a ementa acima transcrita.

O recorrente, nas razões do recurso especial, sustenta, em síntese, que o acórdão atacado infringiu os arts. 458, II e 535, II do CPC, bem como divergiu da interpretação dada à matéria pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A União, em contra-razões (fls. 170/178), pugna pela inadmissibilidade do recurso, ou, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Às fls. 150/163, encontra-se o recurso extraordinário dirigido ao egrégio STF, admitido na origem.

Juízo de admissibilidade positivo do recurso especial à fl. 186, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, o recurso especial revela-se admissível pelas letras **a** e **c**, porquanto a matéria federal restou prequestionada e a divergência foi devidamente demonstrada nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ.

Com efeito, a mencionada violação do art. 535 do CPC não restou configurada, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre todas as questões postas nos autos. Saliente-se, ademais, como cediço, que o

magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Melhor sorte assiste ao recorrente no que pertine à alínea **c** do permissivo constitucional, uma vez que demonstrou analiticamente o dissídio entre o aresto recorrido e o indicado como paradigma, autorizando o seu conhecimento.

Consoante é de sabença, a Previdência Social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez, aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

Por seu turno, o artigo 195, § 5<sup>o</sup> da Carta Magna, determina que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Assim, a concessão dos benefícios restaria inviável não houvesse contraprestação que assegurasse a fonte de custeio.

Como é cediço, o sistema de previdência social vem sendo reformulado no afã de imprimir uma melhor distribuição de rendas, bem como reduzidas as desigualdades sociais, como revelou-se o escopo da Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998, que trouxe novos contornos à Previdência Social, que assim dispõe, **in verbis**:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2<sup>o</sup>.”

No que pertine aos servidores públicos, dita redação foi mantida no artigo 40 do mesmo diploma legal, **in verbis**:

“Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

Consoante se observa, foi assegurado aos servidores públicos regime de previdência de caráter contributivo, verificando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, bem como previstas regras gerais de aposentadoria para os servidores titulares de cargos efetivos, sem alterar, no entanto, a forma de incidência da mencionada exação.

Por essa razão, era assente na Turma que a contribuição social do servidor público, que incide também sobre a função em comissão, não viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade ou da vedação ao confisco, visto que estes valores financiam não só a previdência social, mas também os direitos relativos à saúde e à assistência social.

Deveras, entendia a Corte que o fato ensejador da contribuição previdenciária não é a relação custo-benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo servidor, ou seja, tratando-se de verba recebida em virtude de prestação do serviço exercido, deverá, necessariamente, contribuir para a previdência social.

Todavia, precedentes recentes da Turma, inspirados no voto do eminente Ministro Maurício Corrêa, proferido em Sessão Administrativa do STF, de 18.12.2002, afirmam a não-incidência da contribuição previdenciária sobre função comissionada não incorporável.

Na decisão administrativa, determinou-se que o custeio do regime previdenciário dos servidores públicos deve observar a proporcionalidade entre a contribuição e o benefício dela decorrente, deixando claro que a contribuição previdenciária deve atender à relação custo-benefício.

Nessa mesma linha de entendimento, o egrégio STF, apreciando a constitucionalidade da Lei n. 9.783/1999 na ADIn na MC n. 2.010/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, concluiu que: “o regime contributivo é por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo” pelo que “deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.”

Segue-se, abaixo, o texto da decisão proferida em sede administrativa pelo egrégio STF:

“Examinando a questão, no que pelo sistema antigo, o servidor podia aposentar-se com as vantagens do cargo efetivo, acrescido das vantagens do cargo em comissão (atualmente função comissionada). Isso ocorria pela

aposentadoria no cargo efetivo com a opção pelo cargo em comissão, ou com a aposentadoria no próprio cargo em comissão (artigo 193 da Lei n. 8.112/1990). Também era facultado ao servidor incorporar os chamados quintos, ou seja, a partir do exercício de uma determinada função, seu valor ia sendo incorporado definitivamente ao vencimento, vantagem essa que, ao final, compunha os proventos de aposentadoria.

A Constituição Federal, por sua vez, previa em seu artigo 40 que o servidor se aposentaria com proventos integrais. No § 5º fazia alusão à totalidade dos vencimentos. Portanto, no sistema constitucional e legal anterior à Emenda n. 20/1998, o servidor público ocupante de função comissionada podia levar para a aposentadoria vantagens pecuniárias decorrentes desse exercício, sendo mesmo lógico que incidisse a contribuição previdenciária sobre essa parcela.

O sistema, no entanto, foi sensivelmente alterado pela EC n. 20/1998. O § 3º do artigo 40 da CF passou a ter a seguinte redação:

‘§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração dos servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração’.

Portanto, a aposentadoria passou a ter por parâmetro exclusivamente o cargo efetivo, não mais se cogitando do cargo em comissão ou função comissionada. Por outro lado, o artigo 193 foi revogado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997, que também extinguiu a incorporação de quintos.

A nova sistemática, portanto, não autoriza que o servidor se aposente com as vantagens decorrentes do exercício do cargo em comissão, seja diretamente, ou mesmo indiretamente por via da incorporação de quintos. Salvo direitos adquiridos, preservados a título de vantagens pessoais, é certo que a função comissionada não é hoje considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária. Nem mesmo a opção pode ser levada para inatividade, dado que ela configura um acréscimo à remuneração do cargo efetivo, não a integrando, portanto (artigo 5º da Lei n. 10.475/2002).

Nesses termos, parece igualmente lógico que não incida a contribuição previdenciária sobre essa parcela, até em face do que dispõem os artigos 40, § 12, c.c. o artigo 201, § 11, e o artigo 195, § 5º, todos da Constituição Federal.

Por outro lado, tenho que o sistema legal também não autoriza a cobrança. A Lei anterior (9.630/1996) adotava como base de cálculo para a contri-

buição a remuneração do servidor prevista na Lei n. 8.852/1994, ou seja, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei n. 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas: (...)

É de observar que as retribuições pelo exercício da função comissionada constavam expressamente no conceito de remuneração adotado pela lei para fins de contribuição previdenciária. Além dela, incluíam-se na base de cálculo os vencimentos e todas as demais vantagens a eles inerentes.

Atualmente vige a Lei n. 9.783/1999, que adotou outra base de cálculo, que denominou 'remuneração de contribuição', nos seguintes termos:

'Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou outra paga sob o mesmo fundamento, excluídas: (...)'

Vê-se, desde logo, que não há mais menção expressa quanto aos valores decorrentes do exercício de função comissionada. Portanto, a lei nova, hoje em vigor, manteve na base de cálculo da contribuição o vencimento e as vantagens a ele inerentes, quaisquer que sejam elas, e não mais tratou da função comissionada (artigo 62), até porque, como visto, o sistema constitucional vigente não mais autoriza que essa parcela específica integre os proventos de aposentadoria.

Registro que não é possível considerar a retribuição do cargo em comissão como quaisquer vantagens, por ausente qualquer correlação com o cargo efetivo. Na verdade, o cargo em comissão é circunstancial, eventual e transitório. O servidor pode ser nomeado e demitido a qualquer momento. Tanto assim é que na lei anterior o legislador teve que expressamente incluir a parcela na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Finalmente, é importante distinguir seguridade social e previdência social. A primeira, além de abranger a segunda, inclui a assistência social e a saúde. Essas duas últimas, porém, não são custeadas pelas contribuições dos servidores que se limitam a colaborar com o ente público no custeio do regime de previdência e não da seguridade social como um todo (CF, artigo 40, **caput**, e artigo 1º da Lei n. 9.873/1999). *Além disso, o sistema contributivo pressupõe uma necessária correlação entre a contribuição e o benefício.*

Por outro lado, o Procurador-Geral da República, ao emitir parecer nos autos da AO n. 945/RO, de minha relatoria, defendeu essa mesma tese nos seguintes termos:

‘Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, o regime contributivo e a correspondência entre montantes globais de contribuição e benefício foi mantido, mas a correspondência passou a ter caráter individual, para cada servidor. A parcela com a qual o servidor contribuiu para a previdência deve equivaler, no futuro, ao benefício por ele percebido por ocasião de sua aposentadoria, não devendo incidir sobre as parcelas não incorporáveis ao seu vencimento a contribuição previdenciária. Portanto, de acordo com a legislação atual, a contribuição previdenciária do servidor público tem caráter de capitalização coletiva e há correção entre benefício e a contribuição.’

Após mencionar a já citada decisão do TCU e a ADIMC n. 2.010, Celso de Mello, DJ de 12.04.2002, assim conclui o Professor Geraldo Brindeiro:

‘Ora por ser de capitalização coletiva e de correlação entre o valor das contribuições e dos benefícios o regime atualmente adotado, por ser inviável a incorporação aos proventos da retribuição pelo exercício da função comissionada e ante a ausência de menção a essa retribuição, expressamente arrolada na legislação anterior, na vigente Lei n. 9.783/1999, não se revela possível integrá-la na base de cálculo da contribuição previdenciária.’

A mencionada ação originária foi extinta por decisão monocrática.

Portanto, penso que a proposta da Administração está correta e bem fundamentada. A partir da Lei n. 9.873/1999 e na forma do sistema atualmente em vigor, não cabe mais o desconto de contribuição previdenciária sobre a retribuição devida pelo exercício de função comissionada.”

Por fim, à luz do princípio da legalidade (art. 37 da CF), a Administração está, em toda a sua atividade, aprisionada aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispuser. Desta forma, a lei funciona como balizamento mínimo e máximo na atuação estatal. Qualquer ato deve estar atrelado a sua amplitude, sob pena de invalidade e conseqüente responsabilidade de seu autor.

No mesmo diapasão, a doutrina de **Hely Lopes Meirelles**, in “Direito Administrativo Brasileiro”:

“A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei, já que na Administração Pública não há liberdade nem vontade

pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’, para o administrador público significa ‘deve fazer assim’ (...).”

“Vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (**ex facto temporis**), ou pelo desempenho de funções especiais (**ex facto officii**), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (**propter laborem**) ou, finalmente, em razão de condições especiais do servidor (**propter personam**). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimentos e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração.

Certas vantagens incorporam-se automaticamente ao vencimento (**v.g.**, por tempo de serviço) e o acompanham em todas as mutações, inclusive quando se converte em proventos de inatividade (vantagens pessoais subjetivas); outras apenas são pagas com o vencimento, mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor (vantagens de função ou de serviço); outras independem do exercício do cargo ou da função, bastando a existência da relação funcional entre o servidor e a Administração (**v.g.** salário-família), e, por isso, desde que subsista o fato ou a situação que as gera (vantagens pessoais objetivas)”. (**Hely Lopes Meirelles**, in “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 22ª ed.)

Forçoso concluir que, à mingua de dispositivo legal que defina, como base de cálculo, a incidência de contribuição sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada, constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), insculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição, bem como o princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração de contribuição e o que se reverte em benefícios, haja vista que os proventos do servidor serão calculados sobre a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o **quantum** proporcional àquele sobre o qual contribuiu.

Seguindo esta orientação, as Turmas de Direito Público do STJ consagraram posicionamento no sentido de afastar, a partir da edição da Lei n. 9.783/1999, o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação, visto que a contribui-

ção não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário. A propósito, trazemos à colação os seguintes julgados da Primeira Seção do egrégio STJ, assim ementados:

“Previdenciário. Contribuição previdenciária. Função comissionada. Base de cálculo. Lei n. 9.783/1999.

1. Pela regra do art. 195, § 5º, da Constituição Federal ‘nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total’.”

‘Não se pode criar fonte de custeio sem o benefício correspondente’

ADIn n. 790-4/DF.

2. ‘Os valores remuneratórios de função comissionada ou cargo comissionado não integram a base de cálculo conceituada no art. 1º da Lei n. 9.783/1999’. Decisão n. 683/2001-Plenário do TCU.

3. ‘A função comissionada não é hoje considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária. Nem mesmo a opção pode ser levada para inatividade, dado que ela configura um acréscimo à remuneração do cargo efetivo, não a integrando, portanto artigo 5º da Lei n. 10.475/2002’ — STF — Proc. n. 316.794/2002.

4. A contribuição previdenciária tem natureza tributária pelo que não se admite a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

5. **In casu**, a Lei n. 1.004/1996 expressamente veda a acumulação da função comissionada com a remuneração recebida pelo titular do cargo efetivo, pelo que não remanesce dúvida quanto à não-incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas que não serão incorporadas aos vencimentos dos servidores no exercício de funções comissionadas.

6. Recurso ordinário provido.” (ROMS n. 14.707, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.12.2003)

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Contribuição previdenciária. Repercussão sobre os valores decorrentes do exercício de função comissionada para efeito de aposentadoria. Impossibilidade.

1. O regime previdenciário dos servidores públicos tem caráter contributivo (EC n. 20/1998), constituindo verdadeiro confisco o desconto de contribuição previdenciária sobre vantagens pecuniárias não integrantes das parcelas remuneratórias do cargo efetivo para fins de aposentação.

2. A natureza contributiva do desconto para a previdência deverá limitar-se ao benefício a ser recebido.

3. Recurso ordinário conhecido e provido.” (ROMS, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 22.09.2003)

“Previdenciário — Contribuição — Servidores comissionados — Base de cálculo — Lei n. 9.783/1999.

1. Os servidores que exercem cargos em comissão, funções comissionadas ou gratificadas, pela Lei n. 9.783/1999 (art. 2<sup>a</sup>), passaram a recolher com base na remuneração e mais o valor da função, mesmo não integrando a gratificação a base de cálculo para a auferição dos futuros proventos.

2. Entendimento administrativo do STJ no sentido de só fazer incidir a contribuição sobre os vencimentos do cargo efetivo, porque suspensa a eficácia do art. 2<sup>a</sup> da Lei n. 9.783/1999 pelo STF (ADIn n. 2.010/DF, Relator Ministro Celso de Mello).

3. Recurso ordinário provido.” (RMS n. 12.686/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Por derradeiro, vislumbra-se que o TCU também se manifestou sobre a matéria na Decisão do Plenário n. 684/2001, de cuja ementa merece transcrição:

“Administrativo. Representação formulada por unidade técnica do TCU. Dúvida acerca da incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela correspondente à remuneração da função comissionada, ante o disposto na Lei n. 9.783/1999. Análise da matéria. Preservação do equilíbrio financeiro-actuarial. Não-incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada. Emenda Constitucional n. 20/1998. Considerações.”

Extrai-se do voto a seguinte conclusão:

“Desse modo, se com a promulgação da EC n. 20/1998, a correspondência entre contribuições e benefícios passou a ser individual e esses benefícios não podem incluir a retribuição da função comissionada, esta retribuição da função comissionada não deve compor a base de cálculo das contribuições, aplicando-se este raciocínio às vantagens transitórias não incorporáveis aos proventos de aposentadoria ou pensões. Assim, entendo que a partir da vigência da EC n. 20/1998 deverá ser excluída a remuneração da função comissionada ou do cargo em comissão da base de cálculo da contribuição previdenciária.”

Por todos esses fundamentos, *dou provimento* ao recurso especial.

É o voto.

### VOTO-VENCIDO

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

**RECURSO ESPECIAL N. 624.340 — PE (2003/0228872-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Sindicato das Industrias Gráficas Editoriais de Cartonagem e Envelopes e Formulários — Sindgraf

Advogados: Luiz Ricardo Castro Guerra e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Maria da Conceição e Silva Lima e outros

**EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança coletivo. Compensação de créditos da contribuição previdenciária indevidamente recolhida. Legitimidade ativa de sindicato. Direitos individuais homogêneos. Desnecessidade de autorização expressa e relação nominal dos sindicalizados. Precedentes do colendo STF e desta Corte Superior.

1. Nos termos da vasta e pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem legitimidade ativa o sindicato para propor ação mandamental coletiva na qual se almeja a compensação de créditos da contribuição previdenciária indevidamente recolhida, relativa a todas as empresas a ele associadas, independentemente de autorização dos sindicalizados e da relação nominal destes, por se tratar de direitos individuais homogêneos.

— “Nos moldes de farto entendimento jurisprudencial desta Corte, os sindicatos não dependem de expressa autorização de seus filiados para agir judicialmente em favor deles, no interesse da categoria por ele representada.” (REsp n. 410.374/RS, Quinta Turma, DJ de 25.08.2003, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

— “A Lei n. 8.073/1990 (art. 3º), em consonância com as normas constitucionais (art. 5º, incisos XXI e LXX, CF/1988), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa (cf. STF, AgRg no RE n. 225.965/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 05.03.1999)”. (REsps ns. 444.867/MG, DJ de 23.06.2003, 379.837/MG, DJ de 11.11.2002, e 415.629/RR, DJ de 11.11.2002, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezini)

— “Os precedentes jurisprudenciais desta egrégia Corte vêm decidindo pela legitimidade ativa **ad causam** dos sindicatos para impetrar mandado de segurança coletivo, em nome de seus filiados, sendo desnecessária autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos.” (REsp n. 253.607/AL, Segunda Turma, DJ de 09.09.2002, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins )

— “Tem o sindicato legitimidade para defender os direitos e interesses de seus filiados, prescindindo de autorização destes.” (REsp n. 352.737/AL, Primeira Turma, DJ de 18.03.2002, Relator Ministro Garcia Vieira)

— “Conforme já sedimentado, os Sindicatos possuem legitimação ativa, como substitutos processuais de seus associados, para impetrar mandado de segurança em defesa de direitos vinculados ao interesse da respectiva categoria funcional, independentemente de autorização expressa de seus filiados. Interpretação conjugada dos artigos 8º, III e 5º, XVIII, da Constituição Federal. Precedentes: MS n. 4.256/DF, Corte Especial — STJ; MS n. 22.132/RJ, Tribunal Pleno — STF.” (MS n. 7.867/DF, Terceira Seção, DJ de 04.03.2002, Relator Ministro Gilson Dipp)

— “Não depende o sindicato de autorização expressa de seus filiados, pela assembléia geral, para a propositura de mandado de segurança coletivo, destinado à defesa dos direitos e interesses da categoria que representa, como entendem a melhor doutrina nacional e precedentes desta Corte e do STF.” (MS n. 4.256/DF, Corte Especial, DJ de 1º.12.1997, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

2. Precedentes das Primeira, Segunda, Quinta e Sexta Turmas, das Primeira e Terceira Seções e da Corte Especial, do STJ, e do colendo STF.

3. Recurso provido, nos termos conclusivos do voto.

## 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros 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). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 29 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

DJ de 27.09.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Sindicato das Indústrias Gráficas Editoriais de Cartonagem e Envelopes e Formulários — Sindgraf, com fulcro no art. 105, III, **c**, da Carta Magna, contra v. acórdão segundo o qual os sindicatos, em ação de segurança coletiva objetivando a defesa dos interesses e direitos de seus associados, têm que apresentar a relação nominal dos seus sindicalizados, com a indicação dos respectivos endereços.

O decisório recorrido está assim ementado (fl. 185):

“Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Sindicato. Substituição processual. Pressuposto processual. Relação nominal dos associados-substituídos. Lei n. 9.494/1997. Medida Provisória n. 1.798-2.

1. A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual com fulcro no disposto no art. 5º, LXX, **b**, da Constituição da República, e não o fenômeno da representação previsto no inciso XXI do mesmo artigo, ou ainda da hipótese do inciso IX do art. 103 da Carta Política de 1988, não se exigindo, nessa hipótese, autorização expressa dos associados.

2. Nas ações coletivas propostas por entidade associativa, abrangidos os sindicatos, na defesa dos interesses e direitos de seus associados, contra órgãos da Administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é necessária a relação nominal dos associados com a indicação dos respectivos endereços, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.494/1997, alterado pela Medida Provisória n. 1.798-2 e reedições posteriores.

3. Apelação e remessa oficial providas.

4. Apelação do impetrante prejudicada.”

Aponta-se dissídio jurisprudencial com julgados desta Corte Superior, no sentido de ser possível a impetração do *writ* coletivo sem a relação nominal dos seus associados.

Sem oferecimento de contra-razões.

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

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Restou devidamente comprovada a divergência jurisprudencial, merecendo, assim, ser conhecido o apelo extremo.

Quanto à questão debatida (desnecessidade de relação nominal dos associados para que o sindicato promova, em mandado de segurança coletivo, a tutela de direitos individuais homogêneos de seus sindicalizados), a jurisprudência deste Sodalício tem-se pronunciado nos seguintes termos:

*“Processual — Sindicato — Legitimidade — Mandado de segurança coletivo — Interesses coletivos — Interesses individuais — Autorização — Desnecessidade — Art. 5º, XXI, da CF — Não incidência. I - Quando pedem mandado de segurança coletivo, em favor de seus associados, os sindicatos não os representam mas os defendem, como substitutos processuais. Por isso, não dependem de autorização dos substituídos;*

*II - A defesa dos associados, pelo sindicato, envolve, tanto os interesses coletivos, quanto os individuais da categoria;*

*III - A legitimação do sindicato, para requerer mandado de segurança coletivo, em defesa de seus membros, tem como pressuposto, apenas, a circunstância de a entidade estar ‘legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano.’*

*IV - A restrição estabelecida pelo Art. 5º, XXI, da Constituição Federal não incide em relação ao sindicato.”*

(ROMS n. 16.137/RJ, Primeira Turma, DJ de 10.11.2003, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros)

*“Processual Civil e Tributário. Ação civil pública. Abstenção da cobrança de contribuição social previdenciária. Legitimidade ativa de sindicato. Direitos individuais homogêneos. Desnecessidade de autorização expressa dos sindicalizados. Precedentes do colendo STF e desta Corte Superior.*

1. Nos termos da vasta e pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, tem legitimidade ativa o sindicato para propor ação civil pública na qual se almeja a abstenção de cobrança de contribuição social

previdenciária, relativo a todos os servidores a ele associados, independentemente de autorização dos sindicalizados, por se tratar de direitos individuais homogêneos.

— ‘Nos moldes de farto entendimento jurisprudencial desta Corte, os sindicatos não dependem de expressa autorização de seus filiados para agir judicialmente em favor deles, no interesse da categoria por ele representada.’ (REsp n. 410.374/RS, Quinta Turma, DJ de 25.08.2003, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

— ‘A Lei n. 8.073/1990 (art. 3<sup>ª</sup>), em consonância com as normas constitucionais (art. 5<sup>ª</sup>, incisos XXI e LXX, CF/1988), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa (cf. STF, AgRg no RE n. 225.965/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 05.03.1999)’. (REsps ns. 444.867/MG, DJ de 23.06.2003, 379.837/MG, DJ de 11.11.2002, e 415.629/RR, DJ de 11.11.2002, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini)

— ‘Os precedentes jurisprudenciais desta egrégia Corte vêm decidindo pela legitimidade ativa **ad causam** dos sindicatos para impetrar mandado de segurança coletivo, em nome de seus filiados, sendo desnecessária autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos.’ (REsp n. 253.607/AL, Segunda Turma, DJ de 09.09.2002, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins )

— ‘Tem o sindicato legitimidade para defender os direitos e interesses de seus filiados, prescindindo de autorização destes.’ (REsp n. 352.737/AL, Primeira Turma, DJ de 18.03.2002, Relator Ministro Garcia Vieira)

— ‘Conforme já sedimentado, os sindicatos possuem legitimação ativa, como substitutos processuais de seus associados, para impetrar mandado de segurança em defesa de direitos vinculados ao interesse da respectiva categoria funcional, independentemente de autorização expressa de seus filiados. Interpretação conjugada dos artigos 8<sup>ª</sup>, III e 5<sup>ª</sup>, XVIII, da Constituição Federal. Precedentes: MS n. 4.256/DF, Corte Especial — STJ; MS n. 22.132/RJ, Tribunal Pleno — STF.’ (MS n. 7.867/DF, Terceira Seção, DJ de 04.03.2002, Relator Ministro Gilson Dipp)

— ‘Não depende o sindicato de autorização expressa de seus filiados, pela assembléia geral, para a propositura de mandado de seguran-

ça coletivo, destinado à defesa dos direitos e interesses da categoria que representa, como entendem a melhor doutrina nacional e precedentes desta Corte e do STF' (MS n. 4.256/DF, Corte Especial, DJ de 1º.12.1997, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

2. Precedentes das Primeira, Segunda, Quinta e Sexta Turmas, das Primeira e Terceira Seções e da Corte Especial do STJ.

3. Recurso não provido.”

(REsp n. 530.201/RS, Primeira Turma, DJ de 20.10.2003, deste Relator)

“Recurso especial. Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Servidores. Gratificação. Sindicato. Substituição. Relação nominal e autorização. Desnecessidade. Precedentes. Impetração contra lei em tese. Dissídio não configurado. Controvérsias distintas.

— Desnecessária é a apresentação, por sindicato que impetra ação mandamental na qualidade de substituto processual, de relação nominal dos seus associados, bem como de autorização expressa para tanto. Precedentes.

— Não se conhece da alegação no tocante à alínea **c**, considerando-se distintas as situações entre o aresto recorrido e o paradigma desta Corte, sendo inaplicável, ainda, a Súmula n. 266 — STF

— Recurso não conhecido quanto à alínea **c** e desprovido quanto à alegada afronta à legislação federal.”

(REsp n. 329.093/PB, Quinta Turma, DJ de 12.05.2003, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

“Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Servidores. Greve. Penalidade. Embargos declaratórios. Matéria discutida. Violação ao art. 535 do CPC não caracterizada. Tutela antecipada. Possibilidade. Sindicato. Legitimidade. Desnecessidade de autorização.

— As matérias citadas nos embargos declaratórios foram devidamente tratadas pelo acórdão embargado, ainda que não tenha havido citação expressa dos dispositivos infraconstitucionais respectivos.

— As alegações contra a concessão de tutela antecipada não têm pertinência na hipótese, considerando que a discussão versa sobre a manutenção de uma situação existente no momento, como não efetuar exonerações ou descontos inerentes à greve deflagrada pelos servidores. Excepcionalidade do caso. Precedentes análogos.

— Nos moldes de farto entendimento jurisprudencial desta Corte, os sindicatos não dependem de expressa autorização de seus filiados para agir judicialmente em favor deles, no interesse da categoria por ele representada.

— Recurso desprovido.”

(REsp n. 410.374/RS, Quinta Turma, DJ de 25.08.2003, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca)

“Processual Civil — Recurso especial — Servidores públicos federais — Sindicato — Ação ordinária — Defesa de interesses dos filiados — Desnecessidade de autorização — Legitimidade ativa **ad causam** — Lei n. 8.073/1990 — Reajuste de 28,86% — Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993 — Não indicação dos dispositivos tidos por afrontados — Deficiência na fundamentação — Súmula n. 284, do STF — Valores devidos a todos, independentemente da data de admissão, observada, entretanto a devida compensação — Dissídio pretoriano comprovado.

1. Não sendo sequer mencionada na peça recursal qual a legislação violada, nem mesmo de que maneira a decisão atacada teria infringido normas legais, o recurso especial não merece ser conhecido, pela alínea **a** do art. 105, III, da Constituição Federal. Aplicação da Súmula n. 284 — STF

2. A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, restou comprovada a divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea **c**, da CF), já que foi trazida à colação a inteireza do julgado paradigma, bem como foi feito o devido confronto analítico, ensejando, por consequência, o conhecimento do dissídio aventado.

3. A Lei n. 8.073/1990 (art. 3<sup>o</sup>), em consonância com as normas constitucionais (art. 5<sup>o</sup>, incisos XXI e LXX, CF/1988), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa (cf. STF, AgRg no RE n. 225.965/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 05.03.1999).

4. Outrossim, esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional já decidiu ser devido aos servidores públicos federais, observada a devida compensação quando da execução do julgado (EDcl no RMS n. 22.307/7), o reajuste de 28,86% concedidos aos militares por força das Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993. Desta forma, ‘tal reajuste, por ser inerente ao cargo, deve ser estendido aos servidores que ingressaram na Administração Pública em data posterior àquelas leis’ (cf. REsp n. 329.407/DF, Relator Ministro José Arnaldo, DJ de 29.10.2001).

5. Recurso conhecido nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente o pedido do autor, invertendo-se o ônus da sucumbência já fixado na r. sentença monocrática.”

(REsp n. 444.867/MG, Quinta Turma, DJ de 23.06.2003, Relator Ministro Jorge Scartezini)

“Processual Civil — Recurso especial — Servidores públicos federais — Sindicato — Ação ordinária — Defesa de interesses dos filiados — Desnecessidade de autorização — Legitimidade ativa **ad causam** — Lei n. 8.073/1990 — Reajuste de 28,86% — Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993 — Valores devidos a todos, independentemente da data de admissão, observada, entretanto a devida compensação — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para comprovação e apreciação do divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível, sob este prisma, conhecer do dissídio.

2. A Lei n. 8.073/1990 (art. 3º), em consonância com as normas constitucionais (art. 5º, incisos XXI e LXX, CF/1988), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa (cf. STF, AgRg no RE n. 225.965/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 05.03.1999).

3. Outrossim, esta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional já decidiu ser devido aos servidores públicos federais, observada a devida compensação quando da execução do julgado (EDcl no RMS n. 22.307/7), o reajuste de 28,86% concedidos aos militares por força das Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993. Desta forma, ‘tal reajuste, por ser inerente ao cargo, deve ser estendido aos servidores que ingressaram na Administração Pública em data posterior àquelas leis’ (cf. REsp n. 329.407/DF, Relator Ministro José Arnaldo, DJ de 29.10.2001).

4. Recurso parcialmente conhecido e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, restabelecer a r. sentença monocrática, em todos os seus termos.”

(REsp n. 379.837/MG, Quinta Turma, DJ de 11.11.2002, Relator Ministro Jorge Scartezzini)

“Processual Civil — Recurso especial — Servidores públicos federais — 3,17% — Sindicato — Ação ordinária — Defesa de interesses dos filiados — Desnecessidade de autorização ou relação dos substituídos — legitimidade ativa **ad causam** — Lei n. 8.073/1990 — Dissídio pretoriano não comprovado.

1. Esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do divergência jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível, sob este prisma, conhecer do dissídio.

2. A Lei n. 8.073/1990 (art. 3<sup>o</sup>), em consonância com as normas constitucionais (art. 5<sup>o</sup>, incisos XXI e LXX, CF/1988), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. Desnecessária, desta forma, autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos (cf. STF, AgRg no RE n. 225.965/DF e STJ, RMS n. 11.055/GO e REsp. n. 72.028/RJ).

3. Recurso conhecido, nos termos acima explanados e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, afastar a ilegitimidade **ad causam** do sindicato-autor e determinar o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** para exame do mérito.”

(REsp n. 415.629/RR, Quinta Turma, DJ de 11.11.2002, Relator Ministro Jorge Scartezzini)

“Processual Civil e Previdenciário — Mandado de segurança coletivo — Sindicato — Legitimidade ativa **ad causam** — Violação de leis federais não configurada — Prequestionamento ausente — Súmulas n. 282 e 356/STF — Divergência jurisprudencial não demonstrada — Súmula n. 13 — STJ — Servidor público — Contribuição previdenciária — Aumento da alíquota — Medida Provisória n. 560/1994 — Tema constitucional — Competência do STF — CF, art. 102, III.

— Os precedentes jurisprudenciais desta egrégia Corte vêm decidindo pela legitimidade ativa **ad causam** dos sindicatos para impetrar mandado de segurança coletivo, em nome de seus filiados, sendo desnecessária autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos.

— Se o v. aresto, ao decidir a questão da legitimidade ativa **ad causam** do sindicato, sequer mencionou os preceitos legais inquinados de violados no recurso especial e não foram opostos embargos de declaração suscitando a apreciação dos temas por eles abordados, carece o apelo do requisito indispensável à sua admissibilidade, o questionamento.

— Paradigmas oriundos do mesmo Tribunal prolator do v. aresto hostilizado não se prestam à demonstração da divergência interpretativa.

— A discussão em torno do aumento da alíquota da contribuição previdenciária dos servidores públicos, estabelecida pela MP n. 560/1994 é de cunho exclusivamente constitucional a ser dirimida pelo Pretório excelso, em sede de recurso extraordinário.

— Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 253.607/AL, Segunda Turma, DJ de 09.09.2002, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins )

“Processual Civil — Recurso especial — Disposições de natureza constitucional — Matéria de fato — Não-cabimento — Mandado de segurança — Autoridade coatora — Legitimidade ativa do sindicato.

— Decidindo o Tribunal de origem a questão acerca da aplicabilidade das alterações instituídas pela Lei n. 9.783/1999, com base em fundamento de índole constitucional, não compete a este Superior Tribunal de Justiça reapreciar a matéria em sede de recurso especial.

— Não cabe apreciar, na via excepcional, questão relacionada à ilegitimidade ativa de servidores substituídos, se decidida na instância ordinária com fulcro nos elementos de prova do processo (Súmula n. 07 do STJ).

— A autoridade coatora é a pessoa responsável pelo pagamento dos salários aos servidores, tendo poderes para ordenar o desconto da contribuição previdenciária instituída pela Lei n. 9.783/1999.

— Tem o sindicato legitimidade para defender os direitos e interesses de seus filiados, prescindindo de autorização destes.

— Recurso da União não conhecido.

— Recurso do Ibama parcialmente conhecido, mas improvido.”

(REsp n. 352.737/AL, Primeira Turma, DJ de 18.03.2002, Relator Ministro Garcia Vieira)

“Mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Sindicato. Legitimidade. Servidor público. Vencimentos/proventos. Reajuste. Resíduo de 3,17%. Artigos 28 e 29 da Lei n. 8.880/1994. Direito líquido e certo violado.

I - Conforme já sedimentado, os sindicatos possuem legitimação ativa, como substitutos processuais de seus associados, para impetrar mandado de segurança em defesa de direitos vinculados ao interesse da respectiva categoria funcional, independentemente de autorização expressa de seus filiados. Interpretação conjugada dos artigos 8º, III e 5º, XVIII, da Constituição Federal. Precedentes: MS n. 4.256/DF, Corte Especial — STJ; MS n. 22.132/RJ, Tribunal Pleno — STF.

II - A teor da uníssona jurisprudência deste Tribunal, é devido aos servidores públicos federais, ativos e inativos, o resíduo de 3,17%, oriundo da aplicação dos artigos 28 e 29 da Lei n. 8.880/1994. A subtração deste índice caracteriza nítida violação ao direito líquido e certo da categoria. Precedentes: MS ns. 6.359/DF; 4.380/DF; 4.000/DF; 6.209/DF e 4.146/DF.

III - Segurança concedida.”

(MS n. 7.867/DF, Terceira Seção, DJ de 04.03.2002, Relator Ministro Gilson Dipp)

“Recurso especial. Administrativo. Servidores do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Benefício-alimentação. Sindicato. Ilegitimidade ativa. Decadência. Julgamento **ultra petita**. Ausência de prequestionamento. Utilização do mandado de segurança como ação de cobrança. Impossibilidade.

1. Este Tribunal firmou já entendimento no sentido de que a Lei n. 8.073/1990 conferiu às entidades sindicais e associações de classe nela mencionadas legitimidade **ad causam** para representar em juízo seus associados, confirmando entendimento proclamado pela Constituição de 1988.

2. Em estando o sindicato regularmente constituído e em normal funcionamento, conforme reconhecido na decisão impugnada, tem o mesmo legitimidade para, na qualidade de substituto processual, postular em juízo em prol dos direitos da categoria, independentemente de autorização em assem-

bléia geral, sendo suficiente cláusula específica constante do respectivo estatuto.

3. O ato que suspendeu o pagamento do benefício-alimentação devido aos servidores possui efeito permanente e, na hipótese de relação que envolve prestações de trato sucessivo, a lesão renova-se periodicamente. Precedentes.

4. A questão referente à ocorrência de julgamento **ultra petita** não foi debatida na decisão impugnada, nem embargos declaratórios para suprir-lhe a falta foram opostos. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do STF. A excelsa Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento quanto à imprescindibilidade da oposição de embargos declaratórios para fins de prequestionamento da matéria, mesmo quando a questão federal surja no acórdão recorrido (cf. EREsp n. 99.796/SP, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, **in** DJ de 04.10.1999).

5. O artigo 1<sup>o</sup> da Lei n. 5.021/1966, de modo indireto, veda a cobrança de vencimentos e de vantagens pecuniárias pagos em atraso, por meio de mandado de segurança. Aplicação das Súmulas ns. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.”

(REsp n. 236.229/DF, Sexta Turma, DJ de 17.09.2001, Relator Ministro Hamilton Carvalhido)

“REsp — Processual Civil — Administrativo — Sindicato — Legitimidade ativa **ad causam** — Desnecessidade de autorização expressa dos filiados — Reajuste de vencimentos — Servidores públicos — 28,86%.

1. O sindicato não depende de autorização expressa de seus filiados para propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses da categoria que representa.

2. Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 295.875/MT, Quinta Turma, DJ de 26.03.2001, Relator Ministro Edson Vidigal)

“Constitucional e Administrativo. Servidor público. Vencimentos. Reajuste. Leis ns. 8.622/1993 e 8.627/1993. Sindicato. Legitimidade ativa.

— Nos termos de pacífica orientação desta Corte, entidade representativa de classe — Sindicato — não depende de autorização expressa dos seus

filiados para agir judicialmente no interesse da categoria que representa. E ademais, como trata-se de sindicato representante de específica classe de servidores públicos federais do Estado do Goiás — UFG, mesmo tendo em conta que diferenciado o reajuste eventualmente devido para as diversas categorias integrantes do funcionalismo federal (RMS n. 22.307/DF do colendo STF), torna-se, aqui, viável o reconhecimento da controvérsia.

— Recurso provido.”

(REsp n. 262.306/GO, Quinta Turma, DJ de 25.09.2000, Relator Ministro Felix Fischer)

“Processual Civil. Mandado de segurança. Indeferimento da inicial. Documento comprobatório da filiação sindical. Contracheque demonstrativo de desconto da contribuição sindical.

— O mandado de segurança é ação de natureza constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública, em razão do que deve atender aos requisitos exigidos no artigo 283 de nosso diploma processual civil, aplicado subsidiariamente por força do artigo 6º da Lei n. 1.533/1951 sob pena de indeferimento da inicial, no que tange aos documentos indispensáveis à propositura da ação.

— Os sindicatos têm legitimidade para, na qualidade de substitutos processuais, defender judicialmente, na via do **mandamus**, os interesses individuais de seus filiados, desde que comprovada de plano a filiação do substituído, sendo suficiente a cópia do contracheque demonstrativo do desconto da contribuição sindical.

— Recurso ordinário provido.”

(ROMS n. 8.317/MG, Sexta Turma, DJ de 23.08.1999, Relator Ministro Vicente Leal)

“FGTS. Taxa progressiva dos juros. Aplicabilidade. Sindicato. Parte ativa legítima. CEF. Legitimidade passiva **ad causam**. Prescrição trintenária.

I - O sindicato tem legitimidade para representar seus associados nas ações que versem sobre contribuições do FGTS.

II - A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que tratam da aplicação dos juros sobre os saldos das contas fundiárias.

III - A prescrição, neste caso, é trintenária. Súmula n. 210 — STJ.

IV - Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei n. 5.958/1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, conforme dispositivo no art. 4º da Lei n. 5.107/1966. Súmula n. 154 — STJ.

V - Recurso conhecido e improvido.”

(REsp n. 149.338/SP, Segunda Turma, DJ de 07.12.1998, Relator Ministro Adhemar Maciel)

“Mandado de segurança coletivo. Entidade sindical. Desnecessidade de autorização expressa dos filiados. Art. 5º, LXX, Constituição Federal. Precedentes. Contribuição social de custeio da seguridade. Inexigibilidade de instituição pela via da lei complementar. Existência de causa constitucional suficiente para a majoração das alíquotas e ampliação da base de cálculo. Inocorrência da redução de vencimentos (art. 37, XV, da Constituição). Irrelevância da arrecadação pela Receita Federal, uma vez estabelecido no texto da norma que a contribuição se destina ao custeio da seguridade social. Precedentes do STF. Segurança denegada.

I - Não depende o sindicato de autorização expressa de seus filiados, pela assembléia geral, para a propositura de mandado de segurança coletivo, destinado à defesa dos direitos e interesses da categoria que representa, como entendem a melhor doutrina nacional e precedentes desta Corte e do STF.

II - Nos termos da consolidada jurisprudência do Pretório excelso, a ampliação dos percentuais de desconto, relativos ao custeio da Seguridade Social, não importa na redução dos vencimentos, vedada pelo art. 37-XV da Constituição, uma vez que ‘o citado direito não afasta a incidência de contribuição geral que visa à determinada contraprestação, tendo, assim, caráter remuneratório’ (ADI n. 790-4).

III - Segundo já assentou o STF, em sua missão de intérprete constitucional, a instituição da contribuição de custeio da Seguridade Social pelo servidor público não se subordina à forma da lei complementar.

IV - A determinação constitucional, além da redação do parágrafo 2º do art. 231 da Lei n. 8.112/1990, de que a Seguridade Social dos servidores públicos seria custeada pela União e pelas contribuições dos servidores, em oposição ao sistema anterior que atribuía à União a responsabilidade pela aposentadoria e pensões de seus servidores, constitui causa suficiente para a majoração dos percentuais de descontos, em homenagem ao ‘equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e servidores’ (ADI n. 790-4).

V - É irrelevante, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, não conduzindo à inconstitucionalidade da norma que institui a contribuição, o fato de sua arrecadação ser atribuída à Receita Federal, sendo importante considerar, apenas, que ela se destina ao financiamento da Seguridade Social (RE n. 138.284).”

(MS n. 4.256/DF, Corte Especial, DJ de 1<sup>a</sup>.12.1997, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

“Mandado de segurança. Administrativo. Funcionário público. Arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/1994. Resíduo de 3,17%. Sindicato. Legitimidade. Correção de ilegalidade.

1. A Corte Especial, na espécie, decidiu no sentido da legitimidade ativa do Sindicato dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias do Estado da Bahia-Sindifisp — BA. Ademais, não mais se discute acerca de legitimidade dos sindicatos para, em juízo, defender direitos de seus filiados. Em se tratando de impetração coletiva, não há que se exigir a expressa autorização referida no inciso XXI do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal, que contempla hipótese de representação e a espécie em comento traduz caso de substituição processual (CF — art. 5<sup>o</sup>, LXX, **b**).

2. A busca do percentual de 3,17%, em conformidade com os arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880, de 1994, não estereotipa pleito de pagamento de vencimentos (transformando o *writ* em ação de cobrança) mas, antes de tudo, correção de patente ilegalidade consubstanciada na subtração do percentual outorgado pela lei.

3. Segurança concedida.”

(MS n. 4.001/DF, Terceira Seção, DJs de 30.06.1997 e de 22.06.1998, Relator Ministro Fernando Gonçalves)

No mesmo sentido, o distinto STF:

“Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado por sindicato em favor de seus sindicalizados.

— Tendo o órgão prolator da sentença civil jurisdição nacional, como o Superior Tribunal de Justiça a tem, não se aplica a ele a exigência feita, na parte final do parágrafo único do artigo 2<sup>o</sup> da Lei n. 9.494/1997 na redação dada pela MP n. 1.798-2/1999 e reedições posteriores, de que a inicial da ação coletiva deverá ser acompanhada da relação nominal dos associados-substituídos das entidades associativas substitutas processuais deles.

— Recurso a que se dá provimento para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que, afastada a preliminar processual que deu margem à extinção do processo sem julgamento do mérito, continue a julgar o mandado de segurança em causa como entender de direito.”

(RMS n. 23.566/DF, Primeira Turma, DJ de 12.04.2002, Relator Ministro Moreira Alves)

Portanto, tem legitimidade ativa o sindicato para propor ação mandamental coletiva na qual se almeja a compensação de créditos da contribuição previdenciária indevidamente recolhida, relativa a todas as empresas a ele associadas, independentemente de autorização dos sindicalizados e da relação nominal destes, por se tratar de direitos individuais homogêneos.

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

Por tais razões, *dou* provimento ao recurso e determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal **a quo** a fim de que o mesmo retome o julgamento da apelação do INSS e da remessa oficial, desta feita, nos demais aspectos que envolvem a lide.

É como voto.

### VOTO-VISTA

Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Inaplicabilidade da exigência de instrução da inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e de seus respectivos endereços (Lei n. 9.494/1997, art. 2<sup>o</sup>-A). Orientação pacificada nos Tribunais superiores. Voto pelo provimento do recurso especial.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato das Indústrias Gráficas, Editoriais, de Cartonagem, de Envelopes e de Formulários Contínuos do Estado de Pernambuco — Sindgraf/PE pleiteando o reconhecimento do “direito à compensação dos créditos dos filiados do impetrante, por pagamento indevido a título de contribuição ao INSS incidente sobre a remuneração paga a administradores e autônomos, com parcelas vencidas e vincendas das contribuições para a seguridade social a cargo da pessoa jurídica” (fl. 24). O acórdão do TRF deu provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, reformando a sentença de procedência, para denegar a ordem, alinhando as seguintes razões: (a) o STF pacificou o entendimento no sentido de que a legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações para a segurança coletiva é extraordinária, cuidando-se de substituição, e não de representação processual, nos moldes do art. 5<sup>o</sup>, LXX, **b**, da Constituição, e não se exigindo, nesses casos, autorização expressa dos associados; (b) “consoante disposto no art. 2<sup>o</sup>-A da Lei n. 9.494/1997, na redação dada pela MP n. 1.798-2 e suas reedições posteriores, a inicial de ação coletiva deverá ser acompanhada da relação nominal dos associados-substituídos das entidades associativas substitutas processuais” (fl. 181).

A autora, no especial, amparada na alínea **c** do permissivo constitucional, aponta divergência entre o entendimento adotado pelo acórdão recorrido e aquele

firmado pelo STJ em julgados nos quais se decidiu pela desnecessidade de autorização expressa ou de apresentação da relação dos filiados para a propositura de mandado de segurança coletivo por sindicato ou entidade de classe.

O Relator, Ministro José Delgado, deu provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para apreciação das demais questões tratadas na apelação do INSS e na remessa oficial, por entender, amparado em julgados desta Corte, que “tem legitimidade ativa o sindicato para propor ação mandamental coletiva na qual se almeja a compensação de créditos da contribuição previdenciária indevidamente recolhida, relativa a todas as empresas a ele associadas, independentemente de autorização dos sindicalizados e da relação nominal destes, por se tratar de direitos individuais homogêneos”.

Pedi vista.

2. O objeto do recurso especial limita-se à questão da necessidade ou não de que da inicial de mandado de segurança coletivo impetrado por entidade associativa conste a relação nominal dos substituídos, sendo pacífica a orientação desta Corte e do Supremo Tribunal Federal em sentido negativo. Refogem ao âmbito da discussão, neste momento, considerações acerca da natureza dos direitos pleiteados (se homogêneos ou não).

3. Com essas considerações, acompanho o Relator, dando provimento ao recurso especial, para que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das demais questões tratadas nas apelações e na remessa oficial. É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 639.057 — MG (2004/0014210-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: José Luiz Gomes Rolo e outros

Recorrida: Casa Atacadista São Luiz Ltda

Advogado: Nelson Xisto Damasceno

**EMENTA**

Tributário. Imposto de renda pessoa jurídica. Omissão de receita. Base de cálculo. Interpretação dos arts. 8º, § 6º, do Decreto-Lei n. 1.648/1978, e 400, § 6º, do RIR/1980. Precedentes.

1. Existindo omissão de receita, conforme o art. 8º, § 6º, do Decreto-Lei n. 1.648/1978, o lucro líquido a ser arbitrado, para efeito de cálculo do imposto de renda devido, corresponderá a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos.

2. Os conceitos de receita e renda são diversos. O imposto de renda não deve incidir sobre a integralidade da receita auferida, mas apenas à renda efetiva obtida a partir dela.

3. Atrita com o sistema de uniforme justiça fiscal a pretensão do Fisco Federal de arbitrar como lucro líquido o total das receitas omitidas quando o contribuinte tem escrita organizada, e só com 50% do mesmo valor na hipótese de inexistirem registros contábeis ou estes serem desclassificados por se apresentarem inidôneos. Em ambas as hipóteses, é razoável que o lucro corresponda a 50% da receita omitida.

4. Precedentes desta Corte Superior.

5. Recurso especial conhecido e improvido.

### 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, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Denise Arruda.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

DJ de 13.09.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A Fazenda Nacional interpõe recurso especial (fls. 180/188) com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra v. acórdão (fls. 154/159) proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 159):

“Tributário. IRPJ. Omissão de receita. Lançamento. Base de cálculo. Finsocial. Majoração. Correção monetária pela TRD.

I - Verificada a ocorrência de omissão de receita, o lucro líquido, para fins de lançamento do IRPJ — e lançamentos reflexos —, deve corresponder a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos (DL n. 1.648/1978, art.8<sup>o</sup>, § 6<sup>o</sup>).

II - É inconstitucional a majoração da alíquota do Finsocial, além de 0,5% (meio por cento), para as empresas comerciais e mistas. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RE n. 150.764-1/PE, DJ de 02.04.1993).

III - É legítima a correção de tributos pela TRD, no período de fevereiro a dezembro/1991, nos termos do art. 9<sup>o</sup> da Lei n. 8.177/1991, não declarado inconstitucional.

IV - Provimento parcial da apelação e da remessa”.

Tratam os autos de ação declaratória ajuizada pela empresa Casa Atacadista São Luiz Ltda contra a Fazenda Nacional com o objetivo de reconhecer a inexistência de relação jurídica que a obrigue ao recolhimento de exigências consubstanciadas em diversos autos de infração lavrados na data de 1<sup>o</sup> de novembro de 1991 (por falta de recolhimento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica dos exercícios de 1987, 1988, 1989, 1990 e 1991, anos-base de 1986, 1987, 1988, 1989 e 1990). O pedido assim foi deduzido:

a) sofrer tributação de 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos, considerados legalmente como lucro líquido, de acordo com o art. 8<sup>o</sup>, § 6<sup>o</sup>, do Decreto-Lei n. 1.648/1978 e o Parecer Normativo CST n. 68/1979;

b) como consequência, Finsocial/Faturamento, PIS/Faturamento e PIS/Dedução somente podem ter como base de cálculo 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos;

c) o Finsocial/Faturamento relativo aos meses de março e abril de 1990 apenas pode ser exigido à alíquota de 0,6% (seis décimos por cento);

d) declaração de inexistência de norma legal válida que autorize a atualização monetária de tributos devidos pela Taxa Referencial Diária no período compreendido entre 1<sup>o</sup> de fevereiro e 31 de dezembro de 1991.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, reconhecendo-se a ausência de relação jurídica que autorizasse a fiscalização tributária a proceder à autuação por falta de recolhimento de Finsocial em alíquota superior a 0,5%, e permitisse correção monetária dos créditos tributários apurados com base na TR/TRD, considerando, no mais, válidos os autos de infração lavrados.

Inconformada, apelou a autora, e o Colegiado **a quo** deu-lhe provimento parcial para determinar que os lançamentos — principal e reflexos — tenham por

base de cálculo apenas 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos, segundo o art. 8º, § 6º, do Decreto-Lei n. 1.648/1978, e estabeleceu que a correção dos tributos, de fevereiro a dezembro de 1991, seja feita pela TRD, nos termos da redação primitiva do art. 9º da Lei n. 8.177/1991.

Insatisfeita com o v. acórdão de fls. 154/159, a Fazenda opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pela Segunda Turma Suplementar do TRF-1ª Região, por unanimidade, com a seguinte ementa (fl. 176):

“Processo Civil. Embargos de declaração. Omissão inexistente. Prequestionamento.

I - Somente são cabíveis embargos de declaração quando o julgado contiver obscuridade, contradição ou omissão sobre ponto em relação ao qual o órgão julgador deveria pronunciar-se (CPC, art. 535), hipótese inócurrenente no caso.

II - O entendimento corrente no STJ é no sentido da desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida — hipótese destes autos (Corte Especial, EDcl nos REsps ns. 144.844/RS, 155.321/SP, 159.983/SP e 163.137/SP).

III - Embargos de declaração rejeitados”.

Neste momento, com esteio na alínea a do permissivo constitucional, alega a Fazenda contrariedade dos seguintes preceitos legais:

— do Decreto-Lei n. 2.065/1983:

• art. 8º (“A diferença verificada na determinação dos resultados da pessoa jurídica, por omissão de receitas ou por qualquer outro procedimento que implique redução no lucro líquido do exercício, será considerada automaticamente distribuída aos sócios, acionistas ou titular da empresa individual e, sem prejuízo da incidência do Imposto sobre a Renda da pessoa jurídica, será tributada exclusivamente na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento)”);

— do Decreto-Lei n. 4.657/1992 (*Lei de Introdução ao Código Civil*):

• art. 2º, § 1º (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”).

Sustenta, em síntese, que:

a) o art. 8º, § 6º, do Decreto-Lei n. 1.648/1978 somente se aplica às hipóteses de lucro arbitrado e não ao lucro real, pois o mesmo só se imporá ao contribuinte nas ocasiões que for descumprida obrigação acessória;

b) o acórdão contrariou e negou vigência ao art. 8º do Decreto-Lei n. 2.065/1983, pois a autoridade fazendária fez lançamento suplementar com base no lucro real da empresa, através de seus documentos;

c) ao negar vigência ao art. 8º do Decreto-Lei n. 2.065/1983, o aresto recorrido aplicou dispositivo diverso daquele previsto legalmente para o caso em tela, afrontando, em consequência, o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A recorrida não apresentou contra-razões.

Juízo positivo de admissibilidade (fl. 190), desta maneira ementado: .

“Tributário — Imposto de renda de pessoa jurídica — Contribuição para o Fundo de Investimento Social — Finsocial — Programa de Integração Social — PIS — Omissão de receita — Lucro arbitrado — Lucro real — Art. 8º, § 6º, do Decreto-Lei n. 1.648/1978 — Art. 8º do Decreto-Lei n. 2.065/1983 — Aplicação.

I - Observados os pressupostos genéricos e específicos do recurso especial, a tese exposta na peça recursal deve ser submetida ao Superior Tribunal de Justiça.

II - Recurso especial admitido”.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do presente recurso pela alínea invocada.

Pretende a recorrente desconstituir o acórdão que entendeu que, verificada a ocorrência de omissão de receita, o lucro líquido, para fins de lançamento do IRPJ — e lançamentos reflexos —, deve corresponder a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos, conforme estabelece o art. 8º, § 6º, do Decreto-Lei n. 1.648/1978.

Para o deslinde da questão, necessário se faz confrontar os textos dos arts. 181 e 400, § 6º, do RIR/1980:

“Art. 181. Provada, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a omissão de receita, a autoridade tributária poderá arbitrará-la com base no valor dos recursos de caixa fornecidos à empresa por administradores, sócios da sociedade anônima, titular de empresa individual, ou pelo acionista controlador da companhia, se a efetividade de entrega e a origem dos recursos não forem comprovadamente demonstrados (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 123, § 3º, e Decreto-Lei n. 1.648/1978, art. 1º, II).”

“Art. 400. A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentagem da receita, quando conhecida.

§ 6º - Verificada a ocorrência de omissão de receita será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos.”

Se o dispositivo se encontra vigente e eficaz, não há o que discutir. Renda e receita são dois conceitos diferentes. A omissão da receita não implica o favorecimento da empresa, com a obtenção de recursos considerados como renda, em sua integralidade, ou seja, se houve a omissão de receita no montante discutido não implica ter a empresa auferido uma renda superior, em detrimento do pagamento do imposto.

Diante da impossibilidade de calcular, por meras suposições, o lucro que poderia ser obtido, com a adição da receita omitida à declarada (e daí determinar a renda que serviria de base de cálculo para o imposto), o Regulamento estipulou que a suposta renda corresponderia a 50% da receita omitida, um percentual razoável, que não favorece a empresa nem lhe prejudica, beneficiando o Fisco com um valor compatível com a realidade econômica do mercado. A mesma regra incide quando o Fisco procede à sua reconstituição a partir da escrita da empresa.

Em reforço à tese aqui sustentada, transcrevo trecho do voto emitido pelo Sr. Ministro Torreão Braz, na AC n. 103.540/AL (TFR), in DJ de 26.05.1988:

“Lucro real é o determinado com base na escrituração que o contribuinte deve manter, com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei n. 1.598/1977, art. 7º).

O lucro arbitrado somente é admissível na ausência de escrituração ou quando ela contém vícios, defeitos e anomalias que a tornem imprestável à determinação do lucro real.

O lucro presumido é o prefixado por lei, consoante normas especiais. No caso de omissão de receita, as regras legais aplicáveis consideram lucro líquido, sujeito ao imposto à alíquota de 30%, sem prejuízo das penalidades, 50% (cinquenta por cento) das receitas omitidas.

Na hipótese em discussão, assinala a r. sentença apelada que a imposição fiscal assentou nos registros contábeis da apelada, daí resultando não haver espaço para o arbitramento do lucro medida excepcional a cujo respeito escreve o citado tributarista **J. L. Bulhões Pedreira** (ob. cit. p. 871):

A tributação com base no lucro real depende da escrituração, que o contribuinte tem o dever legal de manter, e da elaboração das demonstrações financeiras exigidas pela lei. Se o contribuinte cumpre essas

obrigações acessórias, a autoridade tributária não pode recorrer ao arbitramento; mas deve determinar o lucro real com base na escrituração e nas demonstrações financeiras do contribuinte, ainda que este não tenha apresentado declaração de rendimentos. Somente quando a escrituração contém vícios, erros ou deficiências que a tornam imprestável para determinar o lucro real, ou revela evidentes indícios de fraude, é que a autoridade tributária pode desclassificá-la e arbitrar o lucro.’

É exatamente a situação a que alude a Súmula n. 76 deste colendo TFR.

A colocação excogitada pela apelante atrita com o sistema.

No arbitramento, a lei estabelece critérios que servem de roteiro ao Fisco na fixação do lucro e, portanto, da base de cálculo, cabendo ao Ministro da Fazenda determinar a percentagem respectiva, à vista da natureza da atividade econômica do contribuinte. Não obstante os critérios legais, o funcionário fiscal goza de certa liberdade no arbitramento do lucro, salvo quando verificar omissão de receita, porque aí existe a presunção legal de que o lucro líquido corresponde a 50% dessa receita.

A legislação aplicável não autoriza — como pretende a recorrente — tratamento diverso quando o contribuinte mantém escrituração regular na forma das leis comerciais e fiscais. Se, em tal circunstância, é defeso à Fazenda Pública arbitrar o lucro, como seria possível, sem permissão legal, abri-lhe exceção no atinente apenas à receita omitida?”

A matéria em deslinde já foi apreciada em outras ocasiões nesta Corte Superior, senão vejamos algumas ementas a respeito:

“Tributário. Imposto de renda. Contribuição social. Omissão de receita. Lucro líquido. Cálculo. Interpretação do art. 400, § 6º, do Regulamento do Imposto de Renda — RIR/1980. Precedentes.

1. Cabível o mandado de segurança o qual busca a interpretação judicial da regra do art. 400, § 6º, do Regulamento do Imposto de Renda — RIR/1980, com o fito de anular auto de infração supostamente irregular, sendo a matéria eminentemente de direito, não comportando dilação probatória.

2. Havendo omissão de receita, conforme a norma constante no dispositivo acima mencionado, vigente e eficaz, o lucro suplementar a ser arbitrado, para efeito de cálculo do imposto de renda devido, corresponderá a 50% (cinquenta por cento) da receita omitida.

3. Os conceitos de receita e renda são diversos. O imposto de renda não deve incidir sobre a integralidade da receita auferida, mas apenas à renda efetiva obtida a partir dela.

4. Diante da impossibilidade de calcular o lucro proveniente da receita omitida, aplica-se a norma legal que estabelece o percentual de 50% da mesma, com base de cálculo do tributo em questão.

5. Atrita com o sistema de uniforme justiça fiscal a pretensão do Fisco Federal de arbitrar como lucro líquido o total das receitas omitidas quando o contribuinte tem escrita organizada e só com 50% do mesmo valor na hipótese de inexistirem registros contábeis ou estes serem desclassificados por se apresentarem inidôneos.

6. A adoção de um só critério para as duas situações imprime uma plena segurança jurídica para o contribuinte, aplicando-se a presunção legal de que, em ambas as hipóteses, é razoável que o lucro corresponda a 50% da receita omitida.

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso especial provido”. (REsp n. 383.344/PR, Relator Ministro José Delgado, **in** DJ de 18.03.2002)

“Tributário. Imposto de renda. Pessoa jurídica. Omissão de receita. RIR/1980, art. 400, § 6º. Precedentes.

Consoante entendimento assente nas duas Turmas da egrégia Primeira Seção do STJ, ratificando tese esposada pelo extinto TFR e na conformidade da lei, havendo omissão de receita, para efeito de imposto de renda, será considerado lucro líquido o correspondente a 50% dos valores omitidos.

Recurso especial conhecido e provido”. (REsp n. 159.913/PE, Relator Ministro Peçanha Martins, **in** DJ de 27.03.2000)

“Tributário — Imposto de renda — Omissão de receita — Lucro líquido.

Havendo omissão de receita, toma-se como lucro líquido suplementar para efeito de imposto de renda, valor correspondente a 50% da receita omitida.

Recurso provido”. (REsp n. 234.557/PE, Relator Ministro Garcia Vieira, **in** DJ de 28.02.2000)

“Tributário — Imposto de renda — Omissão de receita — Art. 400 do RIR/1980.

1. O Decreto-Lei n. 2.065/1983 não derogou o art. 400, § 6º, do RIR/1980.

2. A teor do Art. 400 do Regimento do Imposto de Renda de 1980, em havendo omissão de receita, toma-se como lucro líquido suplementar, para efeito de Imposto de Renda, valor correspondente a cinquenta por cento da

receita omitida”. (REsp n. 150.874/CE, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *in* DJ de 1<sup>a</sup>.03.1999)

“Recurso especial. Tributário. Imposto de renda. Omissão de receita.

Não se confundem os conceitos de receita e renda.

Ocorrendo omissão de receita, será considerado lucro líquido, para efeito de cálculo do imposto de renda devido, o valor correspondente a 50% dos valores omitidos”. (REsp n. 30.001-4/CE, Relator Ministro Hélio Mosimann, *in* DJ de 21.02.1994)

Portanto, reitera-se o **decisum** do Tribunal **a quo**, que limitou em 50% (cinquenta por cento), dos valores omitidos, o lucro líquido para fins de lançamento do IRPJ e reflexos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial examinado.

É como voto.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 664.427 — RN (2004/0075946-6)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Antônio Henrique Freire Guerra e outros

Recorridos: Antônio de Araújo Targino e cônjuge

Advogado: Getúlio Jorge Torres

### EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Legitimidade passiva da CEF. Levantamento de FGTS para quitação da casa própria fora do SFH. Possibilidade.

1. A Caixa Econômica Federal na qualidade de agente operador e centralizador do FGTS, incumbindo-lhe a prática de atos necessários à liberação das contas vinculadas, ostenta **legitimatío ad causam** passiva para figurar na ação em que se pleiteia o levantamento do fundo. Precedentes da Corte: *AgRg no Ag n. 76.868/RJ*, Ministro-Relator Adhemar Maciel, DJ de 16.06.1997; *REsp n. 240.920/PR*, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 27.03.2000.

2. A enumeração dos casos que segue prevista no do art. 20 da Lei n. 8.036/1990, não é taxativa, sendo possível, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como, **v.g.**, o endividamento do mutuário com o inadimplemento da casa própria, passível de conduzir à rescisão do contrato. Precedentes da Primeira Turma do STJ.

3. O julgador, na tarefa da aplicação da lei, em que realiza a sub-sunção do fato à norma, deve atender os princípios vetores que regem o ordenamento e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5<sup>a</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil).

4. Recurso especial a que se nega provimento.

### 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, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

---

DJ de 22.11.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: A Caixa Econômica Federal — CEF interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal — 5<sup>a</sup> Região, assim ementado (fl. 92)

“Processual Civil. Ação ordinária. Amortização do saldo devedor do financiamento da casa própria. Financiamento fora do Sistema Financeiro da Habitação. Recursos do FGTS. Possibilidade. Precedentes do STJ. Apelação provida. Sentença reformada.

1. Ação ordinária, objetivando a liberação da conta do FGTS dos apelantes para amortização do saldo devedor do financiamento para aquisição da casa própria, obtido junto à Funcef, entidade de previdência privada patrocinada pela Caixa Econômica Federal.

2. 'Atente a finalidade da lei o levantamento do saldo do FGTS para quitação de financiamento de imóvel destinado à casa própria, mesmo quando feito fora do âmbito do SFH' (AgRg no REsp/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.08.2003, DJ de 15.09.2003, p. 236)

3. É cabível a utilização dos valores das contas vinculadas do FGTS dos mutuários, para fins de amortização do saldo devedor ou de liquidação do respectivo contrato de financiamento fora do Sistema Financeiro de Habitação.

4. Apelação provida. Sentença reformada.”

Os recorridos interpuseram ação ordinária com pedido de antecipação de tutela em face da Caixa Econômica Federal, com a finalidade de ver liberados os valores relativos ao FGTS, para quitar prestações dos financiamentos habitacionais obtidos através da Funcef — Fundação dos Economizadores Federais, e/ou liquidação dos saldos devedores.

A antecipação pleiteada foi concedida no que se refere à liberação do FGTS, determinando que os depósitos fundiários fossem transferidos diretamente ao credor hipotecário, para a amortização excepcional dos débitos dos financiamentos em questão. Entretanto, a decisão que concedeu a antecipação de tutela foi revogada à fl. 42, sob o argumento de contrariedade ao disposto na MP n. 2.197-43/2001.

O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, uma vez que não se permite a liberação do FGTS para amortização do saldo devedor quando o financiamento da casa própria é feito fora das condições do Sistema Financeiro de Habitação. Irresignados, os autores apelaram. A apelação restou julgada conforme ementa acima transcrita.

Em sede de recurso especial, a Caixa Econômica Federal alegou a sua ilegitimidade passiva **ad causam** e violação do art. 20, incisos V e VI, da Lei n. 8.036/1990, já que o financiamento não se deu nas condições vigentes para o SFH. Alegou também violação ao art. 126 do CPC, uma vez que a possibilidade do saque no caso não encaixa nas possibilidades previstas em lei.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 110, verso.

O recurso foi admitido na instância de origem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Inicialmente, no que pertine à alegação de ilegitimidade por parte da CEF, desassiste razão à recorrente. A Caixa Econômica

Federal é o agente operador e centralizador, incumbindo-lhe a prática de atos necessários à liberação das contas vinculadas ao FGTS, resultando daí a sua legitimidade exclusiva para figurar no pólo passivo da presente lide, consoante reiterados julgamentos deste Tribunal.

A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de liberação dos saldos existentes na conta vinculada do FGTS para o pagamento de resgate do mútuo perante o SFH.

Nesse contexto, a recorrente alega que o **decisum** confrontado não poderia ter interpretado o artigo supracitado de forma extensiva, posto de conceder possibilidade de a recorrida levantar o FGTS para efetuar o pagamento de resgate do mútuo, haja vista não estar em dia com as prestações.

Sustenta, em seguimento a esse raciocínio, que o conselho curador do FGTS é que detém competência para a concessão de benefícios, motivos pelos quais negou-se vigência ao § 2º, do referido dispositivo.

Deveras, é assente que em casos de dificuldades financeiras que conduzam o mutuário ao estado de inadimplência perante o SFH, configura-se a hipótese de “necessidade grave e premente”, disposta no art. 8º, II, **c**, da Lei n. 5.107/1966, hipótese não elencada no art. 20 da Lei n. 8.036/1990, mas prestigiada pela Primeira Turma através de interpretação extensiva, de forma a autorizar os mutuários a levantarem os depósitos das contas do FGTS, com a finalidade única, de saldar as prestações em atraso.

Nesse sentido, evidenciam os seguintes acórdãos:

“Sistema Financeiro de Habitação — FGTS — Levantamento — Pagamento de prestação vencida.

A Lei n. 5.107/1966 e o Decreto n. 59.820/1966 autorizam o empregado a utilizar sua conta vinculada para aquisição da casa própria, autorização constante, também, da Lei n. 8.036/1990. No caso dos autos, o atraso nos pagamentos enquadra-se na ‘necessidade grave e premente’.

Recurso improvido”.

(REsp n. 300.646/PR, Ministro-Relator Garcia Vieira, DJ de 05.11.2002)

“Sistema Financeiro de Habitação. Utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para pagamento de prestações atrasadas de financiamento para a aquisição de casa própria. Necessidade demonstrada.

O entendimento predominante nesta Corte é no sentido de ser possível a utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para a quitação de

prestações atrasadas de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação, desde que evidenciada a necessidade do mutuário.

Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 247.654/SC, Ministro-Relator Paulo Gallotti, DJ de 03.09.2001)

“Administrativo — FGTS — Levantamento para pagamento de prestações do SFH.

1. As Leis ns. 5.107/1966 e 8.036/1990 permitem a utilização do FGTS para pagamento de prestações em atraso do financiamento do SFH. 2. Inexistência de óbice legal se satisfeitas as condições exigidas em lei.

3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp n. 241.759/RS, Ministra-Relatora Eliana Calmon, DJ de 04.12.2000)

“FGTS — Saque — Possibilidade — Doença grave não prevista na legislação de regência — Lupus eritomatoso sistêmico.

O saldo relativo ao FGTS é do trabalhador e pode por ele ser utilizado nas suas necessidades prementes.

O julgador deve procurar, no espírito da lei, a decisão justa.

Recurso improvido.” (REsp n. 240.920/PR, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 27.03.2000)

“Administrativo. Mandado de segurança. Liberação do FGTS para construção de moradia própria. Loteamento pela Terracap. Recurso especial inadmitido. Confirmação da decisão agravada por se encontrar em perfeita sintonia com o posicionamento desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. É de se homenagear decisão que negou seguimento de recurso especial contra acórdão que entendeu viável a utilização do FGTS para a construção de moradia, mesmo à margem do SFH, solucionando o problema habitacional do empregado.

2. O caráter social de que se reveste o FGTS tem levado este Tribunal a entender do mesmo modo como o fez o aresto impugnado.

3. Decisão proferida em sede de agravo de instrumento em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 118.837/DF, Relator Ministro José Delgado, DJ de 16.08.1999)

“Processual Civil. Recurso especial. Decisão de Relator em agravo de instrumento. Agravo ‘regimental’. Levantamento de FGTS. Pagamento de prestações em atraso com o SFH: Possibilidade.

I - Hipótese de grave dificuldade financeira de mutuário, levando a inadimplência perante o SFH, caracteriza a 'necessidade grave e premente' da Lei n. 5.107/1966, a autorizar o levantamento do FGTS, para saldar as prestações em atraso. Precedentes.

II - Agravo 'regimental' improvido."

(AgRg no Ag n. 76.868/RJ, Ministro-Relator Adhemar Maciel, DJ de 16.06.1997)

Forçoso, assim, concluir, que o saque do FGTS, em caso de necessidade familiar grave e premente, não pode ser suprimido por norma inferior, não só por afrontar o princípio da hierarquia das normas, mas também por contrariar a própria finalidade do fundo de garantia, que é a de proporcionar melhoria das condições sociais ao trabalhador.

Insta acrescentar, que revelaria incongruência conceder a utilização do fundo para o trabalhador pagar prestações futuras, e negar a utilização do mesmo para aqueles que, com mais razão necessitam de, mediante os seus saldos, em razão do estado de insolvabilidade que se encontram, na iminência de perderem suas casas, por não poderem desembolsar as importâncias correspondentes à prestações vencidas.

É cediço que, ao aplicar a lei, o julgador não deve restringir-se à subsunção do fato à norma, mas ao invés, estar atento aos princípios vetores do ordenamento e aos fins sociais a que a lei se dirige (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Ao instituir o sistema do FGTS, o legislador pátrio teve por meta garantir ao trabalhador o direito a uma espécie de poupança forçada, da qual ele pudesse lançar mão em situações de dificuldade iminente, como a perda do emprego em caso de doença grave, ou para adquirir a moradia própria, mediante o Sistema Financeiro de Habitação.

Diante do exposto, conclui-se que a determinação de liberação dos saldos do FGTS, no caso dos autos, não afrontou a letra e o espírito do art. 20 da Lei n. 8.036/1990, motivo pelo qual, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.