

Jurisprudência da Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 283.168 – SP**

(Registro n. 2000.0106491-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: União
Agravado: David Dorival Mann Flitterman
Advogados: Marçal de Assis Brasil Neto e outros

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental no recurso especial – Sentença homologatória de cálculo do contador – Interposição de agravo de instrumento quando o recurso cabível era o de apelação – Recurso especial conhecido pela alínea c e provido para que o tribunal de origem aprecie o agravo de instrumento interposto – Aplicação dos princípios da fungibilidade dos recursos e da instrumentalidade das formas.

Se o erro na escolha do recurso interposto não denota negligência ou má-fé do advogado, o princípio da fungibilidade deve ser prestigiado. Precedentes jurisprudenciais.

O processo não detém finalidade própria. É apenas um instrumento em prol da efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto pela Fazenda Nacional contra decisão que proferi dando provimento ao recurso especial interposto por David Dorival Mann Flitterman, o qual versava sobre a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos para viabilizar a apreciação de agravo de instrumento interposto contra sentença homologatória de liquidação por cálculo do contador nos autos de ação de repetição de indébito. Na hipótese, o órgão jurisdicional **a quo** havia decidido que o recurso correto seria o de apelação e, por considerar a interposição de recurso diverso “erro grosseiro”, não conheceu do agravo de instrumento.

A decisão agravada é do seguinte teor:

“Trata-se de recurso especial interposto por David Dorival Mann Flitterman, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal Federal da 3ª Região, cuja ementa está vazada nos seguintes termos, **verbis**:

‘Processual Civil. Agravo de instrumento. Homologação de cálculos de liquidação. Índices expurgados de correção monetária.

I – Tratando-se de sentença que homologou cálculo de liquidação, o recurso cabível é o de apelação, a teor do art. 513 do CPC.

II – Configurando-se erro grosseiro, não há como aplicar-se o princípio da fungibilidade dos recursos, já que a lei expressamente prevê o recurso cabível.

III – Agravo de instrumento não conhecido.’

O Agravante sustenta divergência jurisprudencial em relação a arestos desta Corte de Justiça, onde se discutiu sobre o mesmo tema versado no acórdão recorrido, porém, conferindo-se-lhe solução diversa, tanto no que respeita ao recurso cabível da sentença que homologa os cálculos de liquidação, quanto no que concerne à aplicação do princípio da fungibilidade.

O dissídio restou bem demonstrado, tendo sido observados os requisitos insertos no art. 255 e parágrafos, do RISTJ, motivo pelo qual conheço do recurso especial.

Verifico que o órgão fracionário do Tribunal **a quo**, ao não conhecer do recurso interposto, deixou de enfrentar o **meritum causae** (índices de correção monetária aplicáveis) para se ater, exclusivamente, à questão processual. Neste ponto, tenho que o presente recurso especial merece acolhida.

É que a matéria não comporta mais discussão desde o julgamento do incidente de uniformização jurisprudencial suscitado no REsp n. 31.345-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado pela Corte Especial em 14.4.1994, DJ de 19.9.1994, cuja decisão originou a Súmula n. 118-STJ com o seguinte enunciado, **verbis**:

‘O agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo da liquidação.’

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido, ao decidir contrariamente, discrepou da orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, § 1^o-A, do Código de Processo Civil, *dou provimento* ao presente recurso para que o colendo Tribunal **a quo** examine o agravo interposto, decidindo-o como de direito.

Publique-se. Intimem-se.”

A Fazenda-agravante torna a sustentar os mesmos fundamentos articulados nas contra-razões do recurso especial, aduzindo, em síntese, que a sentença homologatória de conta de liquidação põe fim àquele processo, devendo ser atacada por meio de recurso de apelação. Pugna pelo não-conhecimento do agravo de instrumento, ao argumento de que este último só é cabível da sentença que homologa *atualização* do cálculo de liquidação de conta, uma vez que para resolver questão incidente à execução de sentença. Pede, portanto, a reconsideração do **decisum**, para que seja negado provimento ao recurso especial. Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo não merece provimento. E assim penso porque não vislumbro, **in casu**,

erro grosseiro na interposição de um recurso pelo outro, ainda mais porque o agravo de instrumento encontra-se bem instruído e foi oferecido dentro do prazo para interposição da apelação.

Com efeito, a questão processual versa sobre o recurso cabível contra sentença homologatória de cálculo em processo de liquidação que precede execução de sentença. A questão foi exaustivamente debatida nos Tribunais de todo o País. E isto porque, com a implementação da primeira fase da reforma do Código de Processo Civil (lei), a hipótese da liquidação de sentença por cálculo do contador fora extirpada do nosso estatuto processual, sobejando somente a possibilidade de liquidação por arbitramento ou por artigos. Nesse contexto, o Juízo de 1ª grau proferiu sentença homologatória de cálculos meramente aritméticos, procedidos pela Contadoria Judiciária, quando aqueles poderiam ter sido oferecidos diretamente pela parte vencedora no processo de execução da sentença condenatória contra a Fazenda Pública. Ora, a prestação jurisdicional concedida na ação ordinária encontrava-se bem individuada (valor do indébito principal devidamente atualizado, mais juros de 1%, custas processuais e honorários advocatícios de 5%, conforme consta do dispositivo da sentença juntada às fls. 59/61 dos autos), de forma que, pela nova norma procedimental, dispensável o processo de liquidação (art. 603 do CPC).

O recurso em tela foi interposto concomitantemente à entrada em vigência da lei processual nova (setembro de 1994), quando ainda pairavam dúvidas sobre a natureza jurídica da sentença recorrida. A jurisprudência orientou-se no sentido de que, em casos que tais, tratando-se de uma primeira conta, a natureza da decisão era a de verdadeira sentença, cabendo apelação; tratando-se de decisão que homologa a simples atualização da memória de cálculo fornecida diretamente pelo exequente, estaríamos diante de decisão interlocutória agravável de instrumento. Daí a Súmula n. 118-STJ.

Tenho para mim que, em qualquer das duas situações jurídicas, a impugnação dos cálculos merece ser analisada de forma exaustiva, ou seja, também em grau recursal. Se o erro na escolha do recurso interposto não denota negligência ou má-fé por parte do advogado, o princípio da fungibilidade dos recursos deve ser prestigiado. O processo não pode ser visto como detentor de uma finalidade própria e exauriente em si mesmo, mas, sim, como um instrumento nas mãos das partes, advogados e juizes, em prol da efetiva realização dos verdadeiros escopos da jurisdição, como a distribuição da Justiça e a pacificação social advinda da solução dos litígios.

O obstáculo processual utilizado como fundamento pelo v. acórdão recorrido para não conhecer do agravo de instrumento, retirou da parte vencedora no processo ordinário de repetição de indébito, a possibilidade de receber a tutela jurisdicional plena, o que, a meu ver, não é razoável, já que a questão do direito material discutida nos autos que originaram a liquidação de sentença (direito à repetição de quantia indevidamente paga a título de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos) encontra-se, de há muito, pacificada. O mesmo pode ser dito do direito à restituição integral do indébito, ou seja, sem os expurgos dos Planos Verão e Collor.

Assim é que, em face da comprovada divergência jurisprudencial, e tendo em vista os princípios da fungibilidade dos recursos e da instrumentalidade das formas, mantenho a decisão agravada.

Posto isto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 299.388 – SC

(Registro n. 2001.0003080-7)

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Unimed de Blumenau – Cooperativa de Trabalho Médico

Advogados: Andrietta Kretz e outros

Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Luiz Cláudio Portinho Dias e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos de declaração – Omissão.

1. O acórdão deve ser expedido de modo que aprecie todos os fundamentos nucleares para a decisão e que foram apresentados pelas partes.

2. Reconhecimento, pelo aresto embargado, de que as cooperativas são equiparadas à empresa para fins de aplicação da legislação do custeio da Previdência Social, pelo que estão obrigadas ao

recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes dos serviços que lhes são prestados por profissionais autônomos (médicos).

3. Decisão que não negou vigência à Lei n. 5.764/1971, nem descaracterizou, para fins fiscais, o denominado ato cooperativo.

4. Embargos acolhidos, porém, sem qualquer efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 12 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 10.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: A Unimed de Blumenau – Cooperativa de Trabalho Médico, em sede de embargos de declaração, aponta a existência de omissão no acórdão de fls. 293/299 por:

a) não ter havido pronunciamento sobre a alegada contrariedade à Lei n. 5.764/1971:

b) não haver sido analisado o principal diferenciador entre uma sociedade mercantil e uma entidade cooperativista, por nesta não existir pretensão de lucro;

c) não ter sido apreciada a tese alegada de que as cooperativas não se confundem com as demais sociedades;

d) não haver analisado que as cooperativas não devem ser confundidas ou equiparadas, para efeitos fiscais, a uma sociedade civil não específica, muito menos a uma sociedade mercantil.

A Embargante requer, ao final dos fundamentos desenvolvidos, o seguinte (fls. 316/317):

“Ante o exposto, requer-se o conhecimento do presente recurso de *embargos de declaração*, com seu provimento, para aclarar, completar e ou corrigir o acórdão nas questões que restaram omissas e obscuras, conforme todo o arrazoado supra, constando os motivos da total descon sideração da Lei n. 5.764/1971, bem como o fundamento e análise dos artigos 3º, 4º, I, V e VII; 79, 83 e 87, todos da Lei do Cooperativismo, além dos arts. 146, III, c; 174, § 2º, e 195, todos da Constituição Federal, totalmente afrontados, através da decisão ora atacada, por ser uma questão de *justiça!*”

Requer-se, ainda, a concessão do prazo de 5 (cinco) dias para juntada do substabelecimento original, em face do presente, ser cópia do fac-símile, e, finalmente, que todas as publicações do Diário Oficial inerentes ao presente recurso sejam efetuadas em nome da procuradora Cleudir Maria Goedert Beckhäuser.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O acórdão embargado, quanto aos fundamentos essenciais desenvolvidos, está assim posto (fls. 295/297):

“Quanto ao mérito, dou provimento ao recurso.

A relação jurídica estabelecida, na situação examinada, é formada pelos seguintes elementos fáticos:

- a) os profissionais médicos mantêm com a Cooperativa uma situação de cooperado;
- b) os serviços por eles prestados são colocados à disposição de terceiros;
- c) a Cooperativa exerce coordenação, supervisão e controle sobre as atividades desenvolvidas pelos médicos;
- d) a Cooperativa paga diretamente honorários aos médicos;
- e) os clientes, usuários dos serviços, pagam mensalmente uma quantia fixa e uniforme, independentemente de utilizarem ou não os serviços oferecidos pela Cooperativa.

O objetivo, portanto, da Cooperativa é colocar serviços profissionais médicos à disposição dos que aderem aos planos oferecidos. Ela

é quem firma relação contratual com o profissional e quem o paga, de forma direta, os honorários fixados de modo uniforme para a categoria.

Depreende-se, do exposto, que as cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços médicos praticam, com características diferentes, dois tipos de relação jurídica: a) a primeira, caracterizada como atos cooperados, que é constituída pelo exercício das atividades em benefício dos seus associados, os médicos, que prestam serviços a terceiros; a segunda, que é formada por atos não-cooperados por serem serviços de administração oferecidos a quem adquire os seus planos de saúde.

O panorama descrito sobre a relação jurídica formada demonstra que as cooperativas médicas efetuam pagamento de honorários aos médicos, estes atuando como profissionais autônomos, o que dá origem ao fato gerador previsto no art. 1º, I e II, da Lei Complementar n. 84/1996, cujo teor transcrevo:

‘Art. 1º. Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:

I – a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas, e

II – a cargo das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas.’

Do exposto, verifica-se que no caso especial das cooperativas de trabalho, a contribuição previdenciária passou a ser exigida sobre as remunerações pagas, a qualquer título, distribuídas ou creditadas aos seus próprios cooperados (associados), quando lhes prestem serviços como autônomos.

A Lei Complementar n. 84/1996, em seu art. 1º, II, equiparou, portanto, as cooperativas de trabalho, para fins de contribuição

previdenciária, às empresas em geral, inclusive aos outros tipos de cooperativa, quando ocorre pagamento dos serviços prestados por autônomos.

O assunto examinado já foi objeto de pronunciamento da Primeira Turma do STJ, no REsp n. 205.383-SP, relatado pelo eminente Ministro Garcia Vieira.

Na oportunidade do julgamento mencionado, a Turma acompanhou o voto do Relator, cujos termos transcrevo (fls. 233/234):

‘Com referência à incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos médicos cooperados, não concordo com o v. aresto hostilizado porque entendo que elas incidem sobre os honorários pagos pela Cooperativa a seus médicos autônomos. Estes recebem seus honorários médicos da Embargante e isso está bem claro em seu regimento (fls. 137/142), artigos 38, 39 e 40 (fl. 141). Ora, se os médicos cooperados recebem, diretamente da Unimed, seus honorários pelos serviços executados, mês a mês (Regimento Interno), é irrelevante que os serviços sejam prestados por eles a terceiros. Como muito bem sustenta o Instituto em sua resposta (fl. 147), ‘A Cooperativa de trabalho está equiparada à empresa, para todos os efeitos de direito previdenciário e fiscal ...’.

Estabelece o parágrafo único do artigo 5º do Decreto n. 89.312/1984 que:

‘Equiparam-se à empresa o trabalhador autônomo que remunera serviço a ele prestado por outro trabalhador autônomo, a cooperativa de trabalho, a sociedade civil de direito e de fato, o prestador de serviços, o empregador do médico, a missão diplomática estrangeira no Brasil e o respectivo membro, em relação a emprego admitido a seu serviço.’

Como se vê, a cooperativa de trabalho é equiparada à empresa.

É bom lembrar que a Previdência Social urbana é custeada pelas empresas em geral (art. 122, VII) e as empresas que se utilizam dos serviços de trabalhador autônomo o reembolsa, por

ocasião do respectivo pagamento, de 10% (dez por cento da retribuição a ele devida a qualquer título) até o limite do seu salário-base (art. 122, § 1º, do decreto citado). (STJ, REsp n. 205.383, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 28.6.1999, p. 65).⁷

Não se pode deixar sem consideração, na análise do tema, que o Decreto n. 3.048, de 6.5.1999 (Regulamento da Previdência Social) considera como trabalhador autônomo aquele associado à cooperativa que, nessa qualidade, presta serviços a terceiros. Enquadram-se, de modo indubitável, nesse contexto, os médicos associados das Cooperativas e que atendem os pacientes que lhes procuram, sem receberem deles qualquer remuneração direta, por tal ser feito pela entidade associativa, seguindo tabela específica.

Outrossim, compatível com nosso ordenamento jurídico é a regra do art. 12, parágrafo único, do Decreto n. 3.048, de 6.5.1999 (regulamento já citado) que considera empresa, para os efeitos da aplicação das normas regulamentares, a entidade cooperativa.

Sendo a cooperativa considerada empresa para fins de exigência da contribuição previdenciária, encontra-se ela subordinada aos ditames do art. 201, II, do regulamento acima referido, ao determinar que ‘a contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, é de quinze por cento sobre o total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado trabalhador autônomo ou a este equiparado, pelos serviços prestados sem vínculo empregatício.’

Isto posto, dou provimento ao recurso.

É como voto.”

O exame das razões que servem de base para o provimento do recurso especial revela que, embora não tenha havido pronunciamento expresso sobre a Lei n. 5.764/1971, o acórdão não negou que as cooperativas sejam forma de sociedade prestadora de serviços aos associados, sem fins lucrativos, pelo que apresentam características distintas com as demais sociedades ou empresas que atuam nos variados setores econômicos.

A Lei n. 5.764, portanto, não recebeu negação de vigência em seu aspecto fundamental.

Por outro ângulo, o aresto não afastou os benefícios fiscais aplicados aos denominados atos cooperativos, conforme definidos no art. 79 da Lei n. 5.764/1971, nem, também, impôs qualquer restrição ao regime tributário

das Sociedades Cooperativas, conforme previsto na Constituição Federal e na Lei n. 5.764/1971.

Negado, também, não foi pelo acórdão embargado o fato de que a cooperativa simplesmente intermedia o interesse de seus associados, ou seja, atua na captação de clientes (pessoas físicas) para os médicos associados.

Toda a discussão da demanda está inserida em pólo diverso do visualizado pela Embargante.

O assentado pelo acórdão está refletido em sua ementa, cujos termos reproduzo (fl. 294):

“Direitos. Tributário e Previdenciário. Cooperativas médicas. Contribuição social.

1. As cooperativas são equiparadas à empresa para fins de aplicação da legislação do custeio da Previdência Social (art. 12, parágrafo único, do Decreto n. 3.048, de 6.5.1999 – Regulamento da Previdência Social).

2. Estão as cooperativas médicas obrigadas ao recolhimento da contribuição social a ser calculada sobre os valores apurados mensalmente e pagos aos médicos, seus associados, pelos serviços prestados a terceiros.

3. Os médicos, não obstante situados como cooperados, prestam serviços a terceiros em nome da cooperativa, como autônomos, e dela recebem diretamente os honorários fixados em tabela genérica.

4. As pessoas que mantêm vínculos de associação com as cooperativas não efetuam pagamento de honorários aos médicos. Pagam, de modo fixo, mensalmente, determinada quantia à cooperativa para que essa administre e ponha à disposição os serviços oferecidos.

5. A relação jurídica do serviço é firmada entre, no caso, o médico e a cooperativa. Esta supervisiona, controla e remunera os serviços prestados pelo profissional.

6. Recurso do INSS provido para que as cooperativas recolham as contribuições previdenciárias exigidas pela Lei Complementar n. 84/1996, art. 1º, I.”

Ora, como visto, as cooperativas efetuam pagamentos mensalmente apurados aos médicos em decorrência dos serviços prestados, pelo que estão obrigadas ao recolhimento das contribuições exigidas pela Lei Complementar n. 84/1996, art. 1º, I.

A lei equiparou as cooperativas às empresas para fins da legislação do custeio da Previdência Social. Os médicos trabalham para as cooperativas como autônomos. Deve, portanto, o tomador de tais serviços, no caso, as cooperativas, recolherem as contribuições devidas.

Isto posto, recebo os embargos para, com os esclarecimentos supra-desenvolvidos, complementar o acórdão, sem, contudo, alterar a conclusão de provimento do recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.547 – RJ

(Registro n. 2000.0116479-1)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Super Mercado Zona Sul S/A
Advogados: José Oswaldo Corrêa e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrados: Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro,
Inspetor de Fiscalização Especializada – IFE 9.909 e
Procurador-Chefe da Procuradoria da Dívida Ativa do
Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Sérgio Pyrrho e outros

EMENTA: Tributário – Procedimento administrativo-fiscal – Instância especial – Possibilidade – Precedentes.

1. Não viola a Constituição Federal (incisos LIV e LV do art. 5º da CF) disposição legal que permite recurso hierárquico especial de decisão de Conselho de Contribuintes para o Secretário de Estado da Fazenda.

2. O fundamento da instância especial está vinculado ao fato de o julgamento realizado pelo órgão colegiado ser de natureza definitiva, pelo que é de bom tom ser revisto, por provocação da Fazenda, à autoridade superior.

3. O recurso hierárquico da Fazenda, desde que regulado por lei específica, não fere o princípio da isonomia processual e não viola o devido processo legal.

4. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 26 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 22.4.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Super Mercado Zona Sul S/A, visando à reforma do v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual denegou a segurança, ratificando a legalidade da interposição, pelo Estado-recorrido, de recurso ao seu Secretário da Fazenda, contra decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes. O **decisum a quo** está assim espelhado (fl. 121):

“Tributário. Ilegitimidade passiva dos 2º e 3º impetrados. Recurso administrativo para o Secretário de Estado de Fazenda. Admissibilidade. Efetuado o ato administrativo pela Secretaria de Estado de Fazenda, nos limites de suas atribuições, evidencia-se sua legitimidade como autoridade coatora. Se o impetrante foi vencido na esfera administrativa, há a garantia constitucional para se socorrer da via judicial, pelo que a decisão administrativa não atinge direito do impetrante. *Recurso improvido.*”

Nas razões recursais alega-se desatenção ao art. 5^o, LIV e LV, da CF/1988, ao argumento de que a autoridade coatora praticou ato arbitrário e ilegal ao reformar, fulcrado em legislação revogada pela nova ordem constitucional, decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, prolatada em favor do ora recorrente, nos autos de feito administrativo.

Afirma, ainda, que o recurso privativo da Fazenda de que trata o art. 266, III, do Código Tributário Estadual, é incompatível com os direitos à igualdade processual, ampla defesa e devido processo legal garantidos no novel Texto Maior.

O Ministério Público Federal opinou, preliminarmente, pelo não-cohecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A questão debatida nos presentes autos já mereceu apreciação da egrégia Primeira Turma, quando do julgamento do RMS n. 11.976-RJ, em que fui relator. Os fundamentos arrolados naquela ocasião foram os seguintes:

“O tema central do presente mandado de segurança está concentrado na pretensão da Recorrente de anular autuação fiscal que ‘não concordou com o critério usado pela empresa que se creditou, em sua escrita, de verbas de ICMS embutidas em faturas de consumo de energia elétrica em seus estabelecimentos ao pretexto de que tais despesas consistiriam em custo operacional, uma vez que utilizada aquela energia para acionar aparelhos de refrigeração e conservação das mercadorias de seu comércio’.

No âmbito administrativo, após o Conselho de Contribuintes do Estado haver desconstituído a autuação fiscal, a Fazenda Estadual recorreu, por via do recurso hierárquico, ao Sr. Secretário de Estado de Fazenda, que reformou a decisão, mantendo, conseqüentemente, a validade da autuação.

A Impetrante, ora recorrente, reivindicou, em juízo, o reconhecimento da ‘inconstitucionalidade do ato praticado pelo Ex.^{mo} Sr. Secretário de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro’, apontando ‘flagrante ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5^o da Lei Maior’, a fim de que lhe

fosse ‘garantido o seu direito líquido e certo de submeter-se aos efeitos do Acórdão de n. 3.022, exarado pelo Pleno do egrégio Conselho de Contribuintes ...’.

O acórdão recorrido denegou a segurança valendo-se dos fundamentos expostos no parecer do Ministério Público Estadual (fls. 126/128), cujos termos transcrevo:

‘Passando ao exame do mérito, parece-nos que a Autora não tem razão alguma, com todo o respeito e em que pese o brilho da argumentação de seu ilustre patrono.

A matéria não é pacífica, como demonstram as manifestações trazidas à colação pela Impetrante. Entretanto, tanto quanto sabemos, a posição por ela ali sustentada é minoritária e, a nosso pensar, não tem fundamento sólido.

Consoante muito bem exposto pelo Estado, a nosso sentir, as medidas que as inúmeras leis processuais criam em favor de uma das partes, não rompem o equilíbrio ou o princípio da igualdade entre os litigantes, mas, muito ao contrário, na maior parte das vezes, senão sempre, têm por finalidade, exatamente, preservar esse equilíbrio.

É o caso do duplo grau obrigatório dos prazos especiais em favor de determinadas partes, da ciência pessoal em certos casos e assim por diante.

Vale lembrar aqui a famosa e lapidar frase atribuída ao grande jurista que foi **Rui Barbosa**, ao dizer que ‘não há maior injustiça que tratar igualmente aos desiguais.’ Assim, se as partes não estão em situação de igualdade em qualquer lide, nada mais justo nem mais jurídico do que a lei estabelecer regras para preservar ou restabelecer o sempre desejado equilíbrio.

No caso concreto, como resultou muito bem esclarecido, o recurso contra o qual se insurge a Impetrante foi instituído em lei porque das decisões dos órgãos colegiados do contencioso administrativo-tributário, quando favoráveis à Fazenda, o contribuinte sempre tem recurso ao Judiciário, quando esgotada aquela instância, já quando contrárias à Fazenda, esta não tem a quem recorrer, pois não se admite que venha a juízo litigar contra um órgão de sua própria estrutura.

A dar-se razão à Autora, se estaria, ainda que indiretamente, suprimindo ao conhecimento do Judiciário o mérito da questão debatida e atribuindo-se à decisão do órgão administrativo a força de coisa julgada, sempre que decidisse contra o Fisco, com o que, aí, sim, se estaria afrontando o princípio constitucional de que nenhuma questão de direito pode ser subtraída ao conhecimento da Justiça.

Quer-nos parecer que, a toda a evidência, a Impetrante tem todo o direito de inconformar-se com a decisão do primeiro impetrado e trazer o mérito da questão ao debate perante o Judiciário, pelas vias próprias, mas não como aqui pretende, simplesmente negar validade àquele ato e obter a seu favor, impedindo a discussão da matéria perante a Justiça, a proteção de uma decisão proferida por órgão do contencioso administrativo, à qual quer emprestar caráter definitivo e inquestionável de coisa julgada material.'

Está correto o acórdão recorrido, a meu pensar, haja vista que não há que se falar no fenômeno da não-recepção da legislação estadual citada, quando da promulgação da CF, 1988.

Há, conforme está nos autos, regramento específico regulando o procedimento fiscal no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, que permite o recurso especial para o Secretário de Estado ou Fazenda, conforme demonstrado nas informações de fls. 80/83:

'Rebela-se, pois, a Impetrante contra dispositivos legais que prevêm o recurso para o Secretário de Fazenda, clamando pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Ora, os dispositivos legais que prevêm o recurso para o Secretário de Estado de Fazenda vigoraram no mundo jurídico, assim previstos:

'Decreto n. 2.473, de 6 de março de 1979:

Seção V

Da Instância Especial

Art. 105. As instâncias administrativas são representadas:

I – a primeira, pelas seguintes autoridades:

1. Auditores Tributários da Junta de Revisão Fiscal;
2. Superintendente de Tributação Estadual;

II – a segunda, pelo Conselho de Contribuintes;

III – a especial, pelo Secretário de Estado de Fazenda.

Art. 124. Compete ao Secretário de Estado de Economia e Finanças, em instância especial:

I – julgar os recursos de decisões do Conselho de Contribuintes, interpostos pelo representante geral da Fazenda;

II – decidir sobre as propostas de aplicação de equidade apresentadas pelo Conselho de Contribuintes;

III – avocar processo administrativo-tributário, para efeito de decisão ou novo encaminhamento, visando a resguardar interesse de ordem pública, e à estrita observância da Justiça fiscal e da legalidade dos atos.

Art. 126. São definitivas as decisões:

III – de instância especial.

Art. 127. Transitada em julgado a decisão contrária ao sujeito passivo, cumpre à repartição a que estiver afeto o processo promover a execução.

Art. 128. Findo o prazo estabelecido para o cumprimento da decisão, sem que o sujeito passivo haja efetuado o pagamento ou apresentado recurso, a repartição competente promoverá a cobrança amigável do débito, concedendo o prazo de 15 (quinze) dias para a liquidação.

Art. 130. Resultando improfícua a cobrança amigável, será emitida nota de débito, para fins de inscrição da dívida e ulterior cobrança judicial.

‘Decreto-Lei ‘E’ n. 5/1975 – CTE:

Art. 266. Das decisões do Conselho cabe recurso:

I – para o Conselho Pleno, quando a decisão de Câmara não for unânime ou divergir de decisão proferida por outra

Câmara ou pelo Conselho Pleno, relativamente ao direito em tese.

II – para o Secretário de Fazenda, quando a decisão de Câmara ou a decisão acordada por menos de 3/4 (três quartos) do Conselho Pleno, desfavorável à Fazenda, for contrária à legislação tributária ou à prova constante do processo e não couber o recurso previsto no inciso anterior, mantido o princípio do contraditório.’

Ocorre que, *pondere o julgador*, o contribuinte que se vê, como no caso dos autos, vencido na esfera administrativa, pode ingressar em juízo, quer através de ação ordinária anulatória, ação cautelar, ação declaratória, mandado de segurança, e, por fim, quando sujeito passivo de execução fiscal, ainda lhe restam os embargos de devedor, que tem o fim precípua de desconstituir o título exequendo, do Estado, qual seja, a certidão de dívida inscrita.

Por outro lado, a Fazenda, se vencida, como na hipótese dos autos, por maioria de votos, contra o voto expresso de cinco Conselheiros, caso não existisse o recurso para o Secretário de Fazenda, não poderia ver chegar ao Judiciário a discussão da matéria controvertida, posto que, bastaria uma maioria, como no caso, do Pleno do Conselho de Contribuintes dar provimento a recurso do contribuinte, ainda que indevidamente, sem base legal, para retirar à Fazenda a possibilidade de levar a controvérsia ao Judiciário, porque não há previsão legal de remédio judicial, de iniciativa do Estado, quando vencido, ainda que apenas em uma instância, por maioria, como na hipótese dos autos.

Logo, ao contrário do alegado pela Impetrante, o dispositivo que ela entende ser inconstitucional, porque feriria o princípio da igualdade previsto na Lei Maior, isto é, o princípio da isonomia, assegura, na verdade, o cumprimento daquela norma constitucional, já que assegura ao contribuinte vencido a via judicial, a utilização de vários remédios legais, ao passo que a Fazenda não possui qualquer via para chegar ao Judiciário, se se torna vencida, na esfera administrativa, *ainda que por minoria irrisória.*’

Essa Instância Especial, no procedimento administrativo-tributário, não me parece ser inconstitucional, no particular, a doutrina que assume o posicionamento que abaixo destaco e que está às fls. 83/85:

‘A razão da instância especial está presa à circunstância de o julgamento realizado em 2ª instância se tornar definitivo e, por conseguinte, não mais poder ser modificado. Há um aspecto interessante, que é o fato de os julgadores, quer o singular, quer o colegiado, estarem hierarquicamente subordinados ao Ministro e este sempre poderá chamar a si matéria relacionada com a legalidade de atos administrativos. Acresce a tudo isto que a Fazenda, por questão de ética, não se dirige ao Poder Judiciário para anular seus próprios atos, inclusive as decisões em processos fiscais.

.....

Essa prerrogativa da Procuradoria da Fazenda Nacional vem do fato de o Fisco não recorrer ao Judiciário e pela circunstância de uma decisão não-unânime representar dúvida sobre a maneira correta de aplicar a lei, já que nem sempre a decisão da maioria é a correta. Por outro lado, seria um absurdo a Administração cumprir uma decisão que é contrária à lei ou à evidência da prova, pois a tributação é sempre **ex lege**. Ao contribuinte não se dá tal oportunidade, pois tem ele a possibilidade de recorrer ao Judiciário.

.....

Todo Procurador da Fazenda que atua nos Conselhos de Contribuintes deveria ser escolhido dentre os de grande experiência, pois é a prática no trato da coisa pública que haverá de orientar, na dúvida, se deve recorrer ou não. Tem ele de observar um meio-termo, de tal sorte que não veja em todo e qualquer acórdão que beneficie o contribuinte um atentado contra o direito ou o desprezo pela prova, mas, também, não deve assinar todos os acórdãos que lhe são entregues, pois sua irresponsabilidade pode reverter em prejuízo para o Tesouro, que não recorre ao Poder Judiciário.” (**Antônio da Silva Cabral**, in *Processo Administrativo-Fiscal*, Saraiva, 1993, pp. 377, 378, 451 e 452).

E, como já leciona a melhor doutrina, o contribuinte jamais

poderá ficar prejudicado, posto que a verdade judiciária prevalecerá, sempre, sobre a verdade administrativa. Lesada estaria a Lei Maior se, vedado o recurso excepcional ao Secretário de Fazenda, nada restasse à Fazenda que assegurasse o exame da controvérsia pelo Judiciário.

Sobre a matéria, repise-se o magistério de **Milton Flaks**, quando leciona:

‘Note-se que, nesta hipótese, a sentença faz coisa julgada, mesmo quando denega mandado de segurança. Favorável ao sujeito passivo, restaria à Administração cumprir o julgado; desfavorável, não lhe seria lícito acolher recurso administrativo, para declarar ilegítimo o seu próprio ato, quando a legitimidade já foi proclamada pela sentença. *É que, em nosso sistema constitucional, a verdade judiciária prevalece sobre a verdade administrativa.* Quando muito, desde que autorizada por lei, poderia perdoar o débito por razões de equidade. (CTN, art. 172).’

Embora a lição acima se refira à impossibilidade de duplicidade de apreciação da matéria, ao mesmo tempo, nas vias administrativa e judicial, o certo é que a verdade judicial há de prevalecer sobre a administrativa. Todavia, para que isso ocorra, faz-se necessário que o próprio Judiciário não vede a sua apreciação da matéria, o que ocorrerá, fatalmente, se considerado inconstitucional o dispositivo legal que prevê o recurso para o Secretário de Fazenda, já que não dispõe a Fazenda de outra forma legal para chegar à via judicial, se provido, por simples maioria, em única instância, após sair o Estado-vencedor nas demais, o recurso do contribuinte.

Aliás, o Estado somente chega à via judicial pelo inconformismo do contribuinte, já que, de iniciativa da Fazenda, somente lhe abre a lei a via da execução fiscal, quando vitorioso na via administrativa.

Acrescento, ainda, que concordo com a manifestação de fls. 98/101, quando defende que:

‘O processo administrativo-tributário, ao contrário do que entende a Impetrante, tem por finalidade não somente preservar os interesses do contribuinte, mas, também, os da Administração, sempre levando-se em consideração a legalidade e o interesse público.

O recurso hierárquico da Fazenda ao Secretário está longe de ferir o princípio da isonomia processual. A rigor, com ele se coaduna, pois, perdendo o contribuinte na última instância especial, resta-lhe recorrer ao Poder Judiciário.

Por outro lado, caso a Fazenda viesse a perder no Pleno do Conselho de Contribuintes, ela nada poderá fazer, até porque não é possível à Administração propor ação contra ato de um de seus órgãos. Esta é a principal razão da existência do recurso hierárquico.

O recurso administrativo reservado à representação da Fazenda, previsto nas normas do processo administrativo-tributário, se equipara aos privilégios assegurados à Fazenda Pública no Código de Processo Civil, dos quais seguem alguns exemplos: prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC), intervenção obrigatória do Ministério Público nas causas em que haja interesse da Fazenda Pública (CPC, art. 82, III) e recurso de ofício, para sujeitar a sentença ao duplo grau obrigatório nas decisões proferidas contra a União, o Estado-membro e o Município (CPC, art. 475, II).

Trata-se de regras que visam a assegurar a defesa da Fazenda Pública, resguardando, em consequência, os interesses da coletividade envolvidos.

Sobre o tema, vale transcrever a lição de **Sérgio Ferraz**, em seu parecer publicado na Revista de Direito Público, v. 53, pp. 38/43, que cai como uma luva:

‘Ressalvadas as hipóteses de filantropia, as hipóteses de seres especiais, na verdade, cada um de nós vive o seu dia pensando em obter o maior proveito possível para si, para os seus, desde que não criando, com isso, qualquer violência ou prejuízo para o seu semelhante. O Estado não atua pensando em si, mas pensando na coletividade que o criou.

Isto significa que o Estado é um ente profundamente diferente do particular. Quando a Fazenda Pública comparece em juízo, na verdade, não se está em face de iguais. Se a sua submissão perante a norma substantiva é idêntica à do particular – apanágio do Estado de Direito – na órbita processual, meio ambiente para viabilizar a pretensão principal,

as desigualdades objetivas terão de ser, contudo, refletidas. Quando o Estado comparece a juízo ele não é apenas um autor, um réu, um assistente, um oponente, um litisconsorte; enfim, ele não é tão apenas isso. Ele está comparecendo em juízo levando toda uma carga de interesse coletivo, que a própria razão de ser da sua existência. Inclusive, se podemos figurar na relação processual como adversários do Estado, no final das contas, ao menos indiretamente, somos interessados também naquilo que venha a ser obrigado o Estado a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma maneira vamos ser atingidos, mesmo se vencedores, pois, de qualquer modo, o nosso interesse estará indissolúvelmente ligado àquilo que venha a ser ditado à parte-Estado. Ora, se os interesses contrapostos não são iguais – e na verdade não são – os chamados ‘privilégios’ da Fazenda Pública não constituem quebras no princípio da igualdade.

Não vejo quebra ao princípio da igualdade, por exemplo, no prazo privilegiado para a defesa, e não vejo porque há de se dar a este ente extremamente complexo a possibilidade de responder adequadamente pelo que faz, pelo que fez, porque ele arrasta, no que faz e no que fez, o interesse da coletividade, e não só o do responsável pelo ato público.’ (grifos nossos).

Aí se encontra o cerne da questão: o princípio da igualdade garante tratamento igualitário aos de mesma categoria, aos iguais. Não se pode admitir que o Estado seja equiparado ao particular e tratado da mesma forma, pois, como bem colocado na exposição supratranscrita, os entes públicos representam e defendem os interesses da coletividade.

Este entendimento já foi corroborado pelo Tribunal de Justiça deste Estado, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 708/1999, nos termos do acórdão prolatado pelo egrégio 1^a Grupo de Câmaras, cuja ementa transcreve-se a seguir:

‘Tributário. Recurso administrativo para o Secretário de Estado de Fazenda. Admissibilidade.

Preliminar de decadência e de impropriedade do mandado de segurança.

Rejeitam-se as preliminares, a de decadência porque a ação foi proposta no prazo legal e investe contra ato efetivado pelo Sr. Secretário de Estado. No mérito, denega-se a ordem porque não ofende qualquer princípio de ordem constitucional a possibilidade, prevista no CTE, de haver recurso administrativo interposto pelo Estado ao Secretário de Estado de Fazenda quando o Pleno do Conselho de Contribuintes julgar, por maioria, contra o próprio Estado.' (Rel. Des. Gustavo Adolpho Kuhl Leite).

Tal raciocínio também deve ser aplicado na esfera administrativa, mormente no que tange ao recurso privativo da representação da Fazenda, julgado em grau de instância especial, contra o qual a Impetrante se insurge.

Deve-se ter em mente que o cancelamento de lançamentos tributários obviamente implica em perda de receita, imprescindível ao funcionamento do Estado e à prestação dos serviços que lhe compete, gerando um prejuízo a toda a coletividade. Daí o cuidado do legislador estadual, em garantir à Fazenda mais um último recurso administrativo.”

Registro a ocorrência de outros precedentes da egrégia Primeira Turma deste Sodalício no mesmo sentido, cujas ementas espelham:

“Constitucional. Tributário. Recurso especial ao Secretário da Fazenda. Possibilidade.

1. Não macula a Constituição Federal (artigo 5^o, incisos LIV e LV) disposição legal que permite recurso especial de decisão não-unânime do Conselho de Contribuintes para o Secretário de Estado da Fazenda.

2. A instância especial, desde que regulada por lei específica, não fere os princípios da isonomia processual, do contraditório e da ampla defesa.

3. Precedente jurisprudencial.

4. Recurso sem provimento.” (RMS n. 11.918-RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 11.3.2002).

“Constitucional, Tributário e Administrativo. Mandado de segurança. Ato de Secretário de Estado. Processo administrativo-fiscal.

Decisão, por maioria, do Conselho de Contribuintes. Recurso exclusivo do representante da Fazenda. Previsão legal. Alegação de violação aos princípios da isonomia processual, do devido processo legal e da ampla defesa. Legalidade do ato impugnado. Recurso ordinário. Improvimento.

I – Na espécie, tem respaldo na legislação de regência, o recurso administrativo exclusivo interposto pelo representante da Fazenda contra decisão do Conselho de Contribuintes, quando a decisão é de Câmara ou acordada por menos de 3/4 (três quartos) do Conselho Pleno, desfavorável à Fazenda, for dívida ativa e deixar de determiná-la, desde que findo o procedimento administrativo (artigo 266, inciso II, do Decreto-Lei n. 5/1975).

II – Compete ao Secretário de Estado de Fazenda julgar, em instância especial, os recursos de decisão do Conselho de Contribuintes, interpostos pelo representante da Fazenda (artigo 124 do Decreto n. 2.473/1979).

III – Não há como caracterizar pela via do **mandamus**, no caso, violação aos princípios da isonomia processual, do devido processo legal e da ampla defesa.

IV – Recurso improvido.” (RMS n. 11.920-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 22.10.2001).

Posto isto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.268 – MA

(Registro n. 2001.0074243-5)

Relator:	Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente:	Pedro Leonel Pinto de Carvalho
Advogados:	Jezanias do Rêgo Monteiro e outros
Tribunal de origem:	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
Impetrado:	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Recorrido: Estado do Maranhão
Procuradores: Márcia Maria Macedo Franco e outros

EMENTA: Processual – Advogado – Direito à palavra – Questão de fato – Esclarecimento – Lei n. 8.906/1994, art. 7º, X.

I – O advogado tem direito de, no curso do julgamento, esclarecer oralmente questões de fato, ou replicar injúrias e acusações (art. 7º, X, da Lei n. 8.906/1994).

II – Mandado de segurança. Autoridade incompetente. Denegação.

I – Denega-se mandado de segurança, se a suposta autoridade coatora não tem competência para a prática do ato malsinado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 2 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Este recurso ordinário desafia acórdão que deslindou agravo regimental, contra decisão que indeferiu, liminarmente, pedido de segurança contra ato do eminente Desembargador. Eis os termos da decisão malsinada:

“O Dr. Pedro Leonel Pinto de Carvalho, qualificado às fls. 1/2 dos autos, em causa própria e por seus advogados, impetrou o presente

mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato ilegal e abusivo atribuído ao Ex.^{mo} Sr. Desembargador José Pires da Fonseca, decano deste egrégio Tribunal de Justiça que, ao presidir a sessão plenária desta Corte do dia 24.5.2000, quando do julgamento do mandado de segurança da Associação dos Procuradores do Estado do Maranhão, após a sustentação oral do Impetrante, e já tendo votado apenas o Relator, tentou impedir que o Impetrante usasse da palavra para esclarecer matéria de fato, sob o fundamento de já se encontrar esgotada a oportunidade para a sustentação oral, sendo que, diante da insistência do Advogado-impetrante, disse a Presidência que, em ato de liberalidade, lha concederia.

Sustenta que, em todos os órgãos do tribunal, sempre foi usual de parte dos Presidentes conceder a palavra aos advogados para esclarecimento sobre matéria de fato, mesmo depois de iniciada a votação, tratando-se de um costume firmado antes mesmo que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assim o autorizasse (Lei n. 8.906/1994, art. 7^a, X e XI).

Ademais, quando o advogado se faz presente a um julgamento, não deve ser recebido como um corpo estranho ou impertinente. Ali vai prestigiando a Corte com a sua presença e essa Corte deve dar-lhe recepção segundo o mandamento constitucional que apregoa que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133, CF), e não como um estorvo a essa administração, sendo que a intervenção sumária do advogado, na circunstância acima mencionada, constitui um direito estabelecido em lei federal e não pode essa prerrogativa ser entendida como ato inconcebível.

Aduz que, como decano do Tribunal, há a possibilidade, material e jurídica, de o Impetrado, a qualquer momento, voltar a presidir sessões do Tribunal, assim também como existe a possibilidade de o Impetrante, a qualquer momento, voltar a ocupar a tribuna, em sustentação oral distinta, vez que, com muita freqüência, tem a seu encargo a defesa oral perante essa Corte, fatos esses que ensejam a impetração em caráter preventivo, eis que grande é a probabilidade de o Impetrado voltar a incorrer na mesma ilegalidade e de o Impetrante ser novamente tolhido em seu lídimo direito ao exercício da profissão, impondo, assim, a concessão da segurança para que o Impetrado se abstenha, no exercício da Presidência, de criar obstáculos à intervenção sumária que, nos termos da lei, pretenda o Impetrante fazer para esclarecer matéria de fato em julgamentos futuros.

É o breve relato. Passo a decidir.

O Impetrante deixa claro na inicial da impetração que, durante a sessão de julgamento a que fez referência, ao pedir a palavra para esclarecimento de matéria de fato, a Autoridade-impetrada, em princípio, objetou sob o fundamento de não ser possível ao advogado falar duas vezes e porque já se encontrava esgotada a sustentação oral, mas que, diante da insistência do Impetrante, o Impetrado finalmente aquiesceu, dizendo, porém, que assim procedia por ato de liberalidade.

Frente a essas afirmações, patente restou que o Impetrado, apesar de, em princípio, opor-se ao uso da palavra pelo Advogado-impetrante, acabou por reconsiderar esse posicionamento.

Isso, por si só, fez desaparecer a situação litigiosa que ia se criando quando da objeção inicial, não havendo, portanto, interesse jurídico a nortear a propositura da ação mandamental e, conseqüentemente, inexistiu objeto.

Nem mesmo o deferimento da palavra sob o fundamento de se tratar de uma liberalidade e não de um imperativo legal, como quer o Impetrante, fez persistir a existência do interesse de agir. É que o atendimento da pretensão do Impetrante, ainda que sob uma fundamentação que não o tenha convencido, o torna despedido do interesse de agir.

Por outro lado, embora o Impetrante diga que a sua impetração tem caráter preventivo e que pretende seja concedida a ordem para que o Impetrado não venha novamente a tolher seu direito em sessões de julgamento que possa vir a presidir, na verdade, a mesma possui efetivo caráter normativo, vez que não há justo receio de que no futuro o Impetrado venha a impedir o direito de o Advogado-impetrante se manifestar, na forma da lei, da Tribuna desta Corte, à medida em que já lhe assegurou a palavra no primeiro caso concreto que a questão em epígrafe foi enfocada.

Outrossim, o pressuposto básico do mandado de segurança preventivo é a existência de um fato real configurador de um direito líquido e certo que esteja sob concreta ameaça de lesão, aspecto esse não caracterizado nestes autos.

A Impetrante tem por base um fato concreto isolado que, de resto, foi **incontinenti** superado e que, antes de tudo, se tratou de posicionamento perfeitamente tolerável e até salutar, que nem de longe se aproximou de embaraço ao exercício da advocacia.

A rigor, o Impetrante visa a obter deste Tribunal regra geral e permanente sobre a sua participação na Tribuna desta Corte, em sessões de julgamento que vier a participar sob a presidência do Impetrado, de modo a colocá-lo a salvo das decisões deste, o que, na prática, poderá inclusive importar em despir o Impetrado do exercício do poder de polícia nessas oportunidades, o que não é tolerável por nosso sistema jurídico (arts. 14, parágrafo único; 125, I a III; 445, I a III; 446, I a III, do CPC, c.c. os arts. 110 e segs. do RITJ-MA).

A propósito da matéria, trago a lume o seguinte julgado:

‘Agravo regimental. Indeferimento de mandado de segurança preventivo. Evidente caráter normativo. Aplicação do disposto no art. 8^a da Lei n. 1.533/1951. Decisão mantida. Recurso improvido. Não se pode atribuir efeito normativo à segurança, ainda que preventivo, para que seja estabelecida regra geral para atos judiciais que poderão ser tomados em processos que sequer existem, razão pela qual, sendo esta a pretensão do Impetrante, mantém-se o indeferimento da inicial, nos termos do art. 8^a da Lei n. 1.533/1951.’ (TJMS, AgRg n. 46.934-7/2001, Capital, 2^a SC, rel. Des. Jeonildo de Souza Chaves, j. 23.11.1998), **in juris** Síntese: Legisl. e Jurisprudência – CD-ROM n. 18, julho/agosto/1999.

Frente a esses fundamentos, e tendo em vista que o propósito manifesto do Impetrante é obter ordem judicial de caráter perene como se lei fosse contra as prováveis atuações do Impetrado na presidência de futuras sessões de julgamento de processos sequer identificados, com apoio no artigo 8^a da Lei n. 1.533/1951, c.c. o artigo 295, III, do CPC, e art. 339, I, do RITJ-MA, indefiro a petição inicial da impetração.” (fls. 16/18).

O agravo regimental foi desprovido. O recurso ordinário assenta-se no argumento de que é defeso o indeferimento liminar do pedido de segurança, a não ser, quando os fatos não estejam provados.

O Ministério Público Federal, em parecer do eminente Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, recomenda o desprovinimento.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O v. acórdão recorrido confirmou o indeferimento liminar, sob o argumento de que o Impetrante careceria de ação. Isto, porque o pedido tem como escopo “situação de ordem geral e permanente” e a regulamentação de situações hipotéticas, mormente se destinado a impor comportamento a Desembargador, quando este vier a presidir sessões de julgamento alusivas a processos sequer relacionados, de maneira a implicar despi-lo do exercício do poder de polícia nessas oportunidades”. De acordo com o egrégio Tribunal **a quo**, a Constituição Federal reserva ao Poder Judiciário apenas a solução de conflitos concretos de interesses, não podendo funcionar como órgão produtor de atos normativos”.

O Superior Tribunal de Justiça entende que:

“Ofende o art. 8^a da Lei n. 1.533/1951 a decisão que, para indeferir liminarmente pedido de mandado de segurança, prejulga o mérito – Não é lícito ao juiz singular ou relator, prejulgar o mérito em decisão de indeferimento liminar.” (REsp n. 252.766/Humberto).

O acórdão recorrido assevera que não examinou o mérito: simplesmente declarou o estado de carência em que encontrava o Impetrante, no que respeita ao direito de ação. Parou, assim, no exame das condições de ação; vale dizer, em uma questão pré-processual.

Para mim, em se tratando de mandado de segurança, o indeferimento fundado na impossibilidade de conceder-se a ordem, em caráter genérico constitui decisão de mérito. É que, neste tipo de processo, o autor não se limita em pedir que lhe seja reconhecido tal direito. Ele requer mais: pede que, além de reconhecer a existência do pedido, o juiz declare a liquidez e certeza da pretensão. Suplica, ainda, que a partir desse reconhecimento e declaração, o Judiciário emita, em seu favor, um mandado. O mandado é, pois, o mérito da lide. O julgador pode decidir a questão: a) dizendo que o pedido é improcedente); b) afirmando que falta liquidez à pretensão; c) afirmando a imprestabilidade do mandado de segurança, na hipótese. Estas três soluções, a meu sentir, constituem decisões de mérito. Nelas, o juiz, efetivamente declarou improcedente o pedido de mandado de segurança. Reconheço, entretanto, que esse enfoque insólito não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Nele se traduz, certamente, a teimosia de um ignorante ou a ignorância de um teimoso.

De qualquer modo, o art. 8^a da Lei n. 1.533/1951, permite o indeferimento da inicial, “quando não for caso de mandado de segurança”. Se assim ocorre, o indeferimento, nos termos em que se fundamentou, conteve-se nos limites do permissivo legal.

Constatada a legalidade da decisão, examino seu mérito. Para melhor expor, transcrevo os termos em que o Impetrante manifestou seu pedido. Ei-los:

“1. Requer que, liminarmente, seja deferida a medida, mandamentando-se ao ilustre desembargador ora impetrado que se abstenha, no exercício da Presidência de criar obstáculos à intervenção sumária que, nos termos da lei, pretenda fazer o Impetrante para esclarecer matéria de fato, em julgamentos futuros.”

Em prosseguimento, o ora recorrente pede a confirmação da liminar.

A leitura do pedido revela que o ilustre Advogado-impetrante quer assegurar para si o exercício da faculdade a que se refere o art. 7^a, X, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), nestes termos:

“Art. 7^a. São direitos do advogado:

(omissis)

X – Usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;”

Tal direito lhe foi negado. O acesso à tribuna só lhe foi deferido a título de liberalidade. Como advogado de brio, o Impetrante não quer receber a título de benesse, aquilo que a lei lhe assegura. Não há dúvida de que ele está certo, em sua contrariedade.

A ira, contudo, levou-o a esquecer a vetusta recomendação de que ninguém deve ser advogado em causa própria. Em olvidando o velho cânone de prudência, o Impetrante cometeu um engano que lhe comprometeu a pretensão. Tal engano consistiu em olvidar uma regra técnica: de que o mandado de segurança dirige-se à autoridade – não ao indivíduo. Na hipótese,

quem desconheceu o direito à palavra não foi o desembargador, mas o presidente do colegiado (é oportuno lembrar que a discussão gravita, somente em torno do título pelo qual o causídico chegou à tribuna: liberalidade, ou efetivo direito). Ora, o eminente magistrado Pires da Fonseca não é presidente do colegiado. Sua atuação, no julgamento malsinado, foi como presidente **ad hoc**. De nada adiantaria dirigir a ele o mandado impetrado pelo ora recorrente. Em tal circunstância, o pedido não pode ser conhecido, por ilegitimidade do magistrado supostamente coator.

Por tudo isso, embora esteja certo de que o advogado tem direito de, durante o julgamento, esclarecer oralmente questões de fato, ou replicar injúrias e acusações (art. 7º, X, da Lei n. 8.906/1994), sou conduzido a negar provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 121.235 – SP

(Registro n. 97.0013630-2)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Márcia Ferreira Couto e outros
Recorrida: Maria Helena Chammas Ribeiro
Advogado: José Rodrigues Teixeira Júnior

EMENTA: Processual Civil – Execução fiscal – Meação da mulher – Penhora – Embargos de terceiro – Legitimação da meeira para embargar – CTN, artigos 134 e 135 – Lei n. 4.121/1962, art. 3º – Súmulas n. 112-TFR e 134-STJ.

1. “A meação da mulher só responde pelos atos ilícitos praticados pelo marido, mediante prova que ela foi beneficiada com o produto da infração ao Código Civil, art. 263, VI, nessa hipótese, o ônus da prova é do credor, diversamente do que se possa com as dívidas contraídas pelo marido, em que a presunção de terem favorecido o casal deve ser elidida pela mulher. Recurso especial não conhecido.” REsp n. 50.443-RS, rel. Min. Ari Pargendler.

2. A jurisprudência admite a exclusão da meação da mulher, penhorada para garantia da execução fiscal. Precedentes iterativos.
3. Recurso sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado acompanhando o Relator, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 20 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 19.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Trata-se de recurso especial, fundado na alínea c do permissivo constitucional, interposto contra o v. aresto do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Embargos de terceiro. Execução fiscal. Oposição por mulher casada. Marido que só passou a ser executado diante da insolvência da pessoa jurídica, devedora principal. Responsabilidade que não se estende a terceiros não integrantes da sociedade. Interpretação do art. 134, inciso VII, do CTN. Meação excluída. Apelo improvido.” (fl. 97).

A Recorrente sustenta que o acórdão dissentiu da jurisprudência do 1º Tribunal de Alçada Civil, ao decidir “que a constrição judicial não poderia atingir a meação da Embargante”.

Transcorreu o prazo legal sem que fossem apresentadas contra-razões.

O 4º Vice-Presidente, em substituição, do Tribunal de origem, admitiu o recurso porque a “matéria legal controvertida foi satisfatoriamente

exposta na petição de interposição, e o dissídio jurisprudencial se encontra demonstrado”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A contemplação das anunciações processuais revela que, no julgamento dos embargos de terceiro, o desafiado v. acórdão sumariou:

“Embargos de terceiro. Execução fiscal. Oposição por mulher casada. Marido que só passou a ser executado diante da insolvência da pessoa jurídica, devedora principal. Responsabilidade que não se estende a terceiros não integrantes da sociedade. Interpretação do art. 134, inciso VII, do CTN. Meação excluída. Apelo improvido.” (fl. 97).

De riste, adveio a insurreição processual, à parla de divergência, sustentando a impossibilidade da exclusão da meação como garantia da execução.

Presentes os requisitos processuais, viabilizam-se a admissão e o conhecimento do recurso (art. 105, III, c, CF).

Descerrado o pórtico para o exame do litígio, de pronto, verifica-se que não encerra ineditismo. De efeito, a jurisprudência registra sucessivos precedentes. **Inter alia**, pela pertinência, pontua-se o REsp n. 38.056-1-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, a dizer:

(...)

“Quanto à legitimidade da Recorrida, tem entendido a jurisprudência desta Corte que ‘não obstante intimada da penhora (CPC, art. 669), pode a mulher casada, na defesa da sua meação, autorizada pelo art. 1.046, § 3º, do CPC, utilizar-se da via dos embargos de terceiro (REsp n. 13.479-SP, Ac. DJU de 9.12.1991, Quarta Turma, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). No mesmo sentido: REsp n. 4.472-AM, Ac. DJU de 26.11.1990, Terceira Turma, relator Ministro Waldemar Zveiter, e REsp n. 39.703-0-SP, Ac. DJU de 18.4.1994, Terceira Turma, relator Ministro Nilson Naves.

No que concerne à exclusão da meação, nada a acrescentar ao

acórdão recorrido, com cuja motivação concordo. Nesse sentido, votei várias vezes, como relator, no extinto Tribunal Federal de Recursos, segundo se depreende das ementas abaixo transcritas:

‘Execução fiscal. Embargos de terceiro. Sociedade por quotas. Responsabilidade do sócio. Meação da mulher. Aplicação do art. 3º da Lei n. 4.121/1962.

I – A responsabilidade pessoal dos sócios pelos débitos previdenciários não tem o condão de vincular a mulher por falta que não cometeu, sobretudo quando atinge, como no caso, a sua meação.

II – Apelação provida.’ (AC n. 67.274-DF, julgada em 8.4.1981, publicada no DJ de 7.5.1981).

‘Tributário. Sociedade por quotas. Responsabilidade do sócio-gerente. Meação da mulher.

I – A responsabilidade pessoal do sócio-gerente, por omissão de providência legal, não solidariza a meação de sua mulher.

II – Embargos rejeitados’ (EAC n. 42.077-PR, julgado em 9.12.1980).” – in DJU de 2.9.1996.

Eis a ementa do aresto:

“Processual Civil. Execução fiscal. Penhora de imóvel. Intimação do cônjuge. Embargos de terceiro. Legitimidade. Responsabilidade do sócio e meação da mulher. Lei n. 4.121/1962, art. 3º.

I – Na defesa da sua meação, pode a mulher casada utilizar-se dos embargos de terceiro, embora intimada da penhora (CPC, arts. 669 e 1.046, § 3º).

II – A responsabilidade pessoal do sócio de sociedade por quotas por débitos tributários não tem o condão de vincular a mulher por falta que não cometeu, sobretudo quando atinge, como no caso, a sua meação.

III – Ofensa ao art. 3º da Lei n. 4.121/1962 não configurada. Dissenso pretoriano caracterizado.

IV – Recurso especial conhecido, mas desprovido.”

Pela mesma viga básica de argumentação, à mão de reforçar:

“Meação. Dívida contraída por um só dos cônjuges.

Qualquer um dos cônjuges pode, com base no artigo 3º da Lei n. 4.121/1962, defender, através de embargos, a sua meação, inclusive em execução fiscal (Súmulas n. 134 do STJ e 112 do TFR).

Recurso improvido.” (REsp n. 109.377-RN, rel. Min. Garcia Vieira, in DJU de 9.3.1998).

“Executivo fiscal. Responsabilidade. Sócio-gerente. Cônjuge. Meação. Presunção.

I – A responsabilidade do sócio-gerente, por dívida fiscal da pessoa jurídica, decorrente de ato ilícito (CTN, art. 135), não alcança, em regra, o patrimônio de seu cônjuge.

II – Se, do ato ilícito houver resultado enriquecimento do patrimônio familiar, impõe-se ao Estado-credor o encargo de provar o locupletamento, para se beneficiar da exceção consagrada no art. 246, parágrafo único, do Código Civil.” (REsp n. 44.399-7-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU de 19.12.1994).

“Processual Civil. Embargos de terceiros. Meação da mulher sobre o bem penhorado. Exclusão. Admissibilidade. Precedentes jurisprudenciais.

A iterativa jurisprudência deste STJ tem admitido que, em execução fiscal, é possível excluir a meação da mulher sobre o bem de propriedade do marido, penhorado para pagar débito fiscal da sociedade de que este fazia parte.

Recurso desprovido, decisão unânime.” (REsp n. 119.855-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU de 8.6.1998).

“Tributário. Execução fiscal. Meação da mulher. ‘Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio-gerente de sociedade por quotas, decorrente de violação da lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher’ (Súmula n. 112 do TFR). Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 76.786-SP, rel. Min. Ari Pargendler, in DJU de 28.4.1997).

Noutro eito, para a demonstração da responsabilidade da mulher e comprometimento da meação, seria necessário o exame de circunstâncias factuais, dependentes de provas, via obstaculizada pela Súmula n. 7-STJ.

Encerrada a exposição, confortado o objurgado aresto pela jurisprudência desta Corte Superior, *voto negando provimento*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente relator, Ministro Milton Luiz Pereira, em seu voto, confirma entendimento do acórdão **a quo** no sentido de que a mulher casada pode, por via de embargos de terceiro, defender a sua meação, em executivo fiscal promovido contra o seu marido, que passou a ser executado, na condição de sócio da empresa, em face desta ter caído na insolvência.

Acompanho o entendimento do eminente Relator. Não há campo, em nosso ordenamento jurídico-tributário, para ampliar a responsabilidade tributária do art. 134, VII, do CTN, a terceiros, especialmente, ao cônjuge-meio.

Diferentemente, é a situação quando o executivo fiscal é da responsabilidade direta de um dos cônjuges. Na espécie, presume-se que o não-pagamento do débito fiscal beneficiou o outro.

Isto posto, acompanhando o Relator, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 164.874 – RS

(Registro n. 1998.0012223-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Cláudio Varnieri e outros
Recorrido: Calçados Limeise Ltda (massa falida)
Representado por: Oswaldo Balpardo (Síndico)
Advogado: Ernesto Flocke Hack

EMENTA: Processual Civil – Execução fiscal – Falência – Penhora realizada antes da quebra – Garantia dos créditos preferenciais – CTN, artigos 186 e 187 – Lei n. 6.830/1980, arts. 5^a e 29 – Decreto-Lei n. 7.661/1945, art. 63, XVI.

1. A quebra, por si, não paralisa o processo de execução fiscal, não desloca a competência o juízo da falência, nem desconstitui a penhora realizada anteriormente à decretação da falência, continuando até a alienação dos bens sob constrição. O resultado é que se subordina à concorrência preferencial dos créditos, conforme a ordem estabelecida legalmente.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília-DF, 5 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 19.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul constituiu aresto assim sumariado:

“Comercial e Tributário. Falência. Execução fiscal. Pretendida imunidade do crédito tributário aos efeitos da quebra, em especial no que relativo à ordem dos pagamentos. Inteligência do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 e da Súmula n. 44 do extinto TFR. Valores obtidos em alienação procedida na execução singular. 1. Se a execução precede à quebra, não se arrecadam os bens já penhorados e o valor apurado na alienação daqueles deve ser entregue ao juízo da falência para que, incorporado ao monte, venha distribuído conforme as preferências e as forças da massa. 2. Se a execução é posterior, seu prosseguimento vai até e apenas a penhora no rosto dos autos. 3. E assim porque, eventualmente, no interesse da massa e preservadas as preferências, pode, em tese, concorrer conveniência (para a massa) de oferta de pagamento. 4. Em tal não ocorrendo, feita a penhora no rosto dos autos, suspende-se a execução, aguardando a alienação a ser efetivada pelo juízo competente, no caso, o falimentar. 5. Reputam-se nulos os atos praticados na execução fiscal, a partir da penhora do bem arrecadado. 6. Agravo improvido.” (fl. 53).

Inconformado, o Estado interpôs recurso especial, com base no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sob a alegação de negativa de vigência ao artigo 29 da Lei n. 6.830/1980, bem como dissídio com a Súmula n. 44 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

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

O nobre 1^o Vice-Presidente admitiu o processamento do especial, em decisão vazada nos termos, a saber:

“II – A razão assiste ao Recorrente.

Com efeito, a destinação, ao juízo falimentar, do numerário proveniente da alienação de bens penhorados pela Fazenda Pública é questão que está a merecer trânsito à Superior Instância.

Ocorre que, na medida em que a Lei n. 6.830/1980 não aponta exceção à citada prerrogativa do Fisco, o procedimento do colegiado, em que pese os notáveis fundamentos expendidos, os quais, sem dúvida, merecem consideração, viabiliza a tese esposada pelo suplicante.

Trata-se de penhora realizada antes da decretação da falência, onde já houve o destaque do bem do patrimônio do devedor.

Não indicando a lei qualquer critério para solver o conflito, não se deve olvidar a orientação do antigo Tribunal Federal de Recursos (Súmula n. 44), acatada, ainda hoje, pela jurisprudência.

Se a penhora foi efetuada antes da declaração de falência, o síndico nomeado não poderá arrecadar os bens penhorados em processo de execução fiscal, devendo o resultado da hasta pública ser destinado ao abatimento da dívida fiscal.

Nesse sentido, anota-se o seguinte precedente:

‘Execução fiscal. Penhora anterior à quebra. Créditos que preferem aos tributários. Ajuizada a ação fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar (TFR – Súmula n. 44, 1ª parte).

Existindo créditos que preferem os tributários, serão habilitados nos autos da execução fiscal, a cujo autor destinar-se-á o saldo do concurso daí resultante.

Agravo provido.’ (AI n. 403.836, TRF-4ª Região, rel. Juiz Ari Pargendler, DJU de 4.5.1994, p. 20.638).

No mesmo sentido: AC n. 424.744, TRF-4ª Região, DJU de 20.5.1992, p. 13.360; AI n. 401.039, TRF-4ª Região, DJU de 18.12.1991, p. 32.657.

Dessa forma, embora os sólidos argumentos da decisão guerreada, não há como desconsiderar a orientação acima referida, sendo recomendável o exame da matéria pelo colendo Tribunal **ad quem**, a quem compete a última palavra acerca da aplicação e interpretação da lei federal.

Pela alínea **c**, de igual forma, o recurso merece chancela, eis que o dissídio jurisprudencial acha-se demonstrado.” (fls. 76/77).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Pela métrica das informações colhidas revela-se que, em sede de agravo de instrumento, o desafiado v. acórdão sumariou na ementa:

“Comercial e Tributário. Falência. Execução fiscal. Pretendida imunidade do crédito tributário aos efeitos da quebra, em especial no que relativo à ordem dos pagamentos. Inteligência do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 e da Súmula n. 44 do extinto TFR. Valores obtidos em alienação procedida na execução singular. 1. Se a execução precede à quebra, não se arrecadam os bens já penhorados e o valor apurado na alienação daqueles deve ser entregue ao juízo da falência para que, incorporado ao monte, venha distribuído conforme as preferências e as forças da massa. 2. Se a execução é posterior, seu prosseguimento vai até e apenas a penhora no rosto dos autos. 3. E assim porque, eventualmente, no interesse da massa e preservadas as preferências, pode, em tese, concorrer conveniência (para a massa) de oferta de pagamento. 4. Em tal não ocorrendo, feita a penhora no rosto dos autos, suspende-se a execução, aguardando a alienação a ser efetivada pelo juízo competente, no caso, o falimentar. 5. Reputam-se nulos os atos praticados na execução fiscal, a partir da penhora do bem arrecadado. 6. Agravo improvido.” (fl. 53).

Demonstrando aberto inconformismo, adveio o despique recursal, além da divergência jurisprudencial, sustentando contrariedade ao art. 29, Lei n. 6.830/1980.

Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso pode ser conhecido.

Desembaraçado o exame, de pronto, amolda-se à espécie o forte sonido da Súmula n. 44-TFR, **verbis**:

“Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.”

Pois bem; nessa lida, iterativamente, a jurisprudência desta Corte avivou essa compreensão. Entre outros precedentes, confira-se:

“Execução fiscal. Falência. Decretação.

1. Quando já está em curso execução fiscal e, posteriormente, dá-se a quebra da executada, permanece o produto da arrematação sob a égide daquele processo.

2. O juízo da falência não alcança execução fiscal já aparelhada, devendo, se for o caso de credor preferencial, colocar-se este na ordem de preferência do seu crédito.

3. O produto da arrematação não deve ser posto à disposição da massa falida.

4. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 74.471-RS, rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 2.9.1996);

“Processo Civil. Execução fiscal. Penhora de bens. Quebra superveniente do devedor.

Sobrevindo a quebra do devedor, após a penhora de bens, a execução fiscal prossegue até o pagamento do crédito da Fazenda Pública, o qual se subordina, no próprio juízo da execução fiscal à concorrência preferencial dos créditos trabalhistas.

Recurso especial conhecido e provido em parte.” (REsp n. 84.732-RS, rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJU de 17.2.1997);

“Processual Civil. Execução fiscal. Massa falida. Bens penhorados. Arrematação. Destinação do valor arrecadado. Lei n. 6.830/1980 (arts. 5^a e 29). Súmula n. 44-TFR.

1. A quebra, por si, não paralisa o processo de execução fiscal, não desloca a competência para o juízo da falência, nem desconstitui a penhora realizada anteriormente à decretação da falência. Aparelhada a execução fiscal, o produto da arrematação não é colocado à disposição da massa falida. (REsp n. 74.471-RS, rel. Min. José Delgado, *in* DJU de 2.9.1996; REsp n. 84.732-RS, rel. Min. Ari Pargendler, *in* DJU de 17.2.1997; REsp n. 84.884-MS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *in* DJU de 8.4.1996; REsp n. 94.796-RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 21.8.1997).

2. Embargos rejeitados.” (EREsp n. 109.705-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ acórdão Min. Milton Luiz Pereira, *in* DJU de 31.5.1999);

“Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Adjudicação de bem penhorado. Falência posteriormente decretada. Inteligência dos artigos 29 da Lei n. 6.830/1980 e 178 do CTN e aplicabilidade da Súmula n. 44 do extinto TFR. Precedentes jurisprudenciais.

Se, na execução fiscal, a adjudicação do bem penhorado ocorreu anteriormente à falência, o bem penhorado ficará sujeito àquele processo (o de execução fiscal). Precedentes jurisprudenciais de ambas as Turmas de Direito Público deste STJ.

Recurso provido. Decisão unânime.” (REsp n.149.831-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJU de 22.2.1999).

Com efeito, a cobrança judicial da dívida ativa não se expõe à habilitação dos seus créditos ou a concurso de credores em falência, por isso, continuando a execução fiscal iniciada (art. 29, Lei n. 6.830/1980; art. 187, CTN). O produto da alienação é que se subordina à concorrência com os créditos preferenciais explicitados em lei. Logo, o seguimento da execução fiscal para o juízo falimentar ou a transferência ampla do produto da arrematação, sem dúvidas, anula os efeitos de expressas disposições legais.

Na confluência dessa ordem de idéias, *voto provendo o recurso*, assegurando a continuação do processo adstrito à execução fiscal no juízo onde originariamente a ação foi instaurada, ficando subordinado o resultado à concorrência preferencial dos créditos, conforme a ordem estabelecida legalmente.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 285.613 – SP

(Registro n. 2000.0112240-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrentes: Município de Itapira e outro
Advogados: Eduardo Secchi Munhoz e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo
Interessados: Vitório Luppi e cônjuge
Advogado: José Carlos Nogueira

EMENTA: Processual Civil – Ação civil pública – Ato de desapropriação – Nulidade – Liminar – Oitiva do Poder Público – Lei n. 8.437/1992, art. 2º.

– É nula a liminar concedida sem a audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público afetada. Inteligência do art. 2º da Lei n. 8.437/1992.

– 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 Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 3.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Prefeitura Municipal de Itapira e outro, com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra o acórdão que manteve a liminar concedida em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, consistente na suspensão de desapropriação promovida pelos Recorrentes e no impedimento da implantação de conjunto de imóveis populares na área desapropriada.

O acórdão recorrido, prolatado em sede de agravo de instrumento, entendeu ser desnecessária a intimação do Município, uma vez que ele não constava da ação civil pública em tela.

Registre-se que o presente recurso subiu a esta Corte, em face da concessão de liminar, concedida por este relator, em medida cautelar promovida pelos Recorrentes.

Os Recorrentes alegam violação ao art. 2º da Lei n. 8.437/1992, porquanto não teriam sido intimados previamente para impugnar a decisão.

Alegam ainda infringência do acórdão aos arts. 6º da Lei n. 4.717/1965, e 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992, uma vez que o ato sob exame foi praticado pela Prefeitura-recorrente e não pelo prefeito.

Alegam também que houve inadequação na utilização da ação civil pública para veicular pedidos próprios de ação popular e de ação de responsabilidade.

Ao final, pugnam pela cassação da liminar em comento.

O Ministério Público opinou pelo desprovemento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente, com relação à parcela do recurso que afirma ser a ação civil pública inadequada para o caso, verifico que o tema não foi abordado pelo acórdão recorrido, inviabilizando, **ipso facto**, a apreciação da suposta violação indicada por falta do necessário questionamento.

Quanto ao referente à necessidade da intimação prévia do Município-recorrente, tenho que o artigo 2º da Lei n. 8.437/1992, assim está plasmado, **verbis**:

“No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

O ato de desapropriação foi formalizado através de escritura de desapropriação amigável entre a Prefeitura Municipal de Itapira e os proprietários expropriados, fl. 360.

A liminar na ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, suspendendo a desapropriação mencionada e a implantação de conjunto de imóveis populares na área desapropriada, foi concedida sem qualquer manifestação do representante judicial do Município, que não teve a oportunidade de rebater os argumentos do *Parquet*.

Nos presentes autos, encontra-se vasto material, supostamente apto a ilidir as razões alavancadas na ação civil pública, material este que não foi apresentado em face da inexistência da audiência prevista em lei.

O preceito legal acima em destaque é claro ao determinar que a providência cautelar **initio litis** deve ter como pressuposto a oitiva do Estado demandado.

Se o juiz adota a providência antes de observar seu pressuposto, estará maltratando o art. 2º e incidindo em nulidade.

O assunto não é novo no âmbito desta Corte, conforme se verifica do julgado abaixo transcrito, **ad litteram**:

“Processual. Ação civil pública. Mandado de segurança coletivo. Liminar. Oitiva do Poder Público. Lei n. 8.437/1992, art. 2º.

I – No processo de mandado de segurança coletivo e de ação civil pública, a concessão de medida liminar somente pode ocorrer, setenta e duas horas após a intimação do Estado (*Lei n. 8.437/1992, art. 2º*).

II – Liminar concedida sem respeito a este prazo é nula.” (REsp n. 88.583-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.11.1996, p. 44.847).

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

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 334.630 – RJ

(Registro n. 2001.0097218-6)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Condomínio do Edifício Muirapiranga
Advogados: Marcelo Rocha Lustosa e outro
Recorrida: Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro – Metrô
Advogados: Maria Estela Gomes Ramos e outros

EMENTA: Administrativo – Desapropriação – Indenização – Ocupação do subsolo em local **non aedificandi** – Não-cabimento –

Matéria inapreciável em sede de recurso especial – Juros compensatórios – Taxa de 6% (seis por cento) – Incidência a partir da Medida Provisória n. 1.744-6 – Precedente jurisprudencial.

Não cabe apreciar em sede de recurso especial questão relacionada com a indenização por ocupação do subsolo em local **non aedificandi**, se decidida pelo Tribunal a **quo** com base nos elementos de prova do processo e em acordo firmado entre as partes (Súmulas n. 5 e 7 do STJ).

Os juros compensatórios, na indenização por desapropriação indireta, pela realização de obras do Metrô, na espécie, são devidos à taxa de 12% (doze por cento) ao ano e, a partir da edição da Medida Provisória n. 1.744-6, de 6% (seis por cento) ao ano.

Recurso conhecido, em parte, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 4 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Condomínio do Edifício Muirapiranga interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra decisão da egrégia Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que se encontra resumida no acórdão assim ementado:

“Desapropriação indireta. Obras do Metrô. Terreno frontal de

prédio em condomínio. Legitimação do síndico para a propositura da ação. Ocupação integral de pequena parte da área comum e utilização, subterrânea, da maior parte da mesma. Garagem do metropolitano. Gravame urbanístico impossibilitando construções na área desapropriada. Acordo anterior, válido e legítimo, estabelecendo valor ressarcitório para a desapropriação em si, mas não para as restrições e incômodos a que foram submetidos os moradores do prédio. Tratando-se de ocupação do subsolo, em local **non aedificandi**, não cabe indenização. O valor deve corresponder apenas à área desapropriada. Os juros compensatórios são devidos a partir da ocupação da área e à razão de 6% (seis por cento) a.a., em razão da incidência da Medida Provisória n. 1.744-6. Tais juros não cobrem os incômodos sofridos pelos proprietários durante a construção. Verba específica a ser consagrada. Provimento parcial de ambos os recursos.” (fl. 474).

Alega o Recorrente, em resumo, violação aos artigos 134, II, e 145, III, do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial do aresto recorrido com julgados de outros tribunais (fls. 484/506).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 593/600), foi admitido na origem, subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, conforme se depreende das razões recursais, o presente recurso adstringe-se tão-somente a duas questões decididas no acórdão recorrido: a primeira, relacionada com o não-cabimento da indenização, por ocupação do subsolo em local **non aedificandi**, e a outra, relativa à fixação da taxa de juros moratórios na indenização por desapropriação.

Afaste-se, desde logo, a possibilidade de conhecimento do recurso pelo fundamento da letra **a** do permissivo constitucional, eis que, conforme já assinalado no juízo prévio de admissibilidade, não houve o devido questionamento. Além disso, o Recorrente não aponta, nem demonstra quais dispositivos legais teriam sido violados. Deficiente, portanto, a fundamentação do recurso sob este aspecto.

Do mesmo modo, no que diz respeito ao primeiro questionamento, a irresignação recursal não há de prosperar, igualmente por impossibilidade de conhecimento do recurso.

É que, o Tribunal local, ao decidir sobre a **quaestio iuris**, o fez com base nos elementos de prova carreados para os autos, tendo em vista, demais disso, as peculiaridades e circunstâncias do caso, além do acordo celebrado entre as partes. Daí porque os acórdãos paradigmáticos trazidos à colação também não se prestam para configurar o pretense dissídio pretoriano. Para que se tenha confirmada tal assertiva, basta conferir o seguinte excerto do voto-condutor do acórdão hostilizado:

“A situação fática da presente questão é **sui generis**. Houve, de fato, no tocante à área comum do Edifício Muirapiranga, uma desapropriação plena, envolvendo superfície subsolo, de uma área de 145,25m², onde foram edificadas instalações de ventilação e de emergência do Metrô e, no restante da área (474,95m²) o Metropolitano ocupou apenas o subsolo, permanecendo o Condomínio-autor com a posse exclusiva da superfície. Houve, assim, sobre esta última área uma servidão subterrânea.

Tal área, em sua totalidade, por outro lado, sofre restrições urbanísticas, conforme demonstrou o perito à fl. 371:

‘o terreno onde se localiza o imóvel da lide – rua Paissandu n. 156 (entre os n. 148 e 162) foi atingido por área de recuo para a construção da Avenida Radial Sul. Consta, ainda, no terreno onde se situa o imóvel da lide a inscrição ‘em construção’;

PAA – Projeto Aprovado de Alinhamento n. 4.349 (em anexo) – referente ao projeto de implantação da Avenida Radial Sul, ligando-se a Praça José de Alencar à rua Barão de Itambi.

Mostra o terreno onde se localiza o imóvel da lide – rua Paissandu n. 156 (entre os n. 148 e 162) – atingido por área de recuo (igual ao definido pelo PAA n. 6.922), para a implantação desse logradouro.

PAA – Projeto Aprovado de Alinhamento n. 7.924 (em anexo) – aprovado pela Resolução n. 44, de 18.10.1962 – referente ao projeto de implantação da rua Paulo VI, antiga Avenida Radial Sul, ligando-a da rua Paissandu à rua Barão de Itambi.

Mostra que na quadra onde se localiza o imóvel da lide – rua Paissandu n. 156 (entre os n. 148 e 162) – foi gravada uma área de terreno como área **non aedificandi** que atinge, entre outras, as partes frontal e lateral do imóvel da lide a partir de suas fachadas.

Segundo consta do 1^a Laudo Pericial, acostado às fls. 99/129, na resposta ao 3^a quesito suplementar da Ré, a construção do prédio do Autor é do final da década de 40.

Assim, constata-se que por ocasião da aprovação da construção do prédio da lide, suas áreas frontal e lateral eram classificadas como área de recuo. Não havia àquela época para o local gravame área **non aedificandi**, tendo sido respeitados, contudo, os recuos assinalados nos PAAs vigentes à época.

No entanto, constata-se que por ocasião da realização das obras de construção do Metrô (ano de 1975, segundo a petição inicial, fl. 3 dos autos) já havia para o local gravame área **non aedificandi**, segundo o PAA n. 7.924, aprovado pelo Município do Rio de Janeiro, em 18.10.1962, portanto, posterior à construção do prédio.'

Certamente, em razão dessas peculiaridades, foi estabelecido, entre o Metrô e a síndica da época, o acordo de fl. 31, no seguinte teor:

'Declaramos aceitar a importância de Cr\$ 31.000.000,00 (trinta e um milhões de cruzeiros) como indenização pela desapropriação parcial do imóvel n. 156 da rua Paissandu, de propriedade do Condomínio do Edifício Muirapiranga, referente a uma área de terreno com 45,25m², de formato irregular, com 9,24m de frente, a contar da divisa esquerda, 26,60m sobre a lateral esquerda, a partir da testada, 28,82m à direita, em 4 seguimentos, o 1^a de 6,30m perpendicularmente à testada, o 2^a de 9,85m, estreitando o terreno para 3,52m, o terceiro de 9,95m perpendicularmente à testada, e o 4^a de 4,72m estreitando o terreno até atingir o limite da lateral esquerda.

Fica ressalvado o direito à obtenção de correção monetária da importância antes acordada se, por motivo imputável ao Metrô, o pagamento não se fizer nos 60 (sessenta) dias subseqüentes a esta data, aplicando-se para cálculo do valor reajustado, os índices correccionais das ORTNs, servindo como índice inicial o do mês correspondente ao dia imediato ao término da carência.

Os documentos necessários à lavratura da escritura serão por nós apresentados oportunamente, correndo ainda por nossa

conta os eventuais créditos do titular do domínio direto, relativos a foros e laudêmios, se foreiro o imóvel.

Concordamos, ainda, seja instituída, através do mesmo instrumento, servidão permanente no subsolo do referido imóvel, em área confrontante e já descrita acima, com 474,95m² de superfície, medindo 12,91m de frente, 14,10m no lado direito perpendicularmente à testada, 36,20m nos fundos e 45,12m no lado esquerdo, em 5 seguimentos, o 1^o de 6,30m perpendicularmente à testada, o 2^o de 9,85m alargando o terreno para 18,63m, o 3^o de 8,95m perpendicular à testada, o 4^o de 4,72m sensivelmente paralelo aos fundos e o 5^o de 15,10m sobre a divisa esquerda do imóvel, ficando garantido ao Metrô, sempre que necessário e a seu juízo, o acesso às suas instalações, pelas construídas, para eventuais reparos na galeria, obrigando-se o Metrô a devolvê-la ao condomínio nas mesmas condições originais.⁷

Ora, diante desses fatos inquestionáveis, a área efetivamente desapropriada, como enfatizado no laudo de fl. 386, é apenas a de 145,25m², sendo a área de 474,95m² cedida pelo autor – Condomínio do Réu – a título de servidão subterrânea.

Assim, cabível é apenas indenização pela área desapropriada de 145,25m², não sendo quantificado valor pelo uso do subsolo da área de 474,95m² que sequer poderia ser utilizada pelo Condomínio, face às restrições urbanísticas existentes.” (fls. 476/478).

Quanto à questão dos juros moratórios, não restou comprovado que o Tribunal **a quo** tenha dissentido da reiterada jurisprudência desta Corte, segundo a qual “os juros compensatórios, na desapropriação direta ou indireta, são devidos à taxa de 12% ao ano, até a edição da Medida Provisória n. 1.103-17/1998, quando passaram a ser de 6% ao ano” (REsp n. 174.915-PR, da minha relatoria, DJ de 8.3.1999).

Na verdade, o acórdão vergastado, em apertada síntese, apenas explicitou:

“Também os juros compensatórios são hoje, por força da Medida Provisória n. 1.744-6, de incidência imediata, estabelecidos à razão de 6% (seis por cento) a.a., merecendo, pois, também pequeno reparo a decisão recorrida, que os havia fixado em 1% (hum por cento)” – fl. 479.

Não há nenhuma indicação que a fixação dos juros moratórios em 6% tenha sido aplicada retroativamente, nem o Recorrente interpôs embargos de declaração para suprir eventual omissão sobre este ponto.

Conheço do recurso, em parte, e nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 361.689 – RS

(Registro n. 2001.0145976-4)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: União
Recorridos: Esterina Merolillo Vontobel e outros
Advogado: Geraldo Tschoepke Miller

EMENTA: Recurso especial – Civil e Processual Civil – Alegativa de violação aos artigos 65 a 67 do Código Civil, e 128 e 460 do Código de Processo Civil – Afetação de imóvel pelo Estado – Acórdão que, ao decidir sobre a alegada nulidade do título de propriedade do imóvel, baseou-se nas provas constantes dos autos – Incidência da Súmula n. 7-STJ – Conversão da ação reivindicatória em ação de indenização por perdas e danos – Possibilidade – Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

1. Os artigos 65 a 67 do Código Civil não foram prequestionados, fundando-se o acórdão, ao decidir sobre a alegativa de nulidade do título de propriedade dos recorridos, nas provas constantes dos autos, o que atrai o óbice da Súmula n. 7-STJ. Não se conhece do especial, neste aspecto.

2. Não configura ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil a conversão da ação reivindicatória em ação de indenização por perdas e danos, pois já não é possível a devolução do bem imóvel ao proprietário em face do apossamento administrativo. Ocorreu, no caso, uma desapropriação indireta. O Poder Público se apossou e não pagou.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 11 de dezembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 4.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuidam os autos de ação ordinária de reivindicação de posse que, em grau de apelação, recebeu o seguinte relato (fls. 326/327):

“Trata-se de ação ordinária de reivindicação ajuizada por Esterina Merolillo Vontobel e outros contra a União Federal, postulando a restituição e imissão na posse, bem como o pagamento de frutos e rendimentos civis de área atualmente ocupada por unidade do Exército, de que alegam possuir o domínio. Tal gleba corresponde ao terreno matriculado sob o n. 67.451, inscrito no Livro n. 2, fl. 1, do Registro de Imóveis da 2ª Zona de Porto Alegre, em nome de Arno Vontobel (de quem os requerentes são sucessores), por força de decisão judicial em processo de averbação decidido na Vara de Registros Públicos de POA.

A gleba em questão constitui ‘sobra de terreno’, totalizando uma área superficial de 868,14m², resultante de área maior fracionada por força de desmembramento e alienação, bem como objeto de desapropriação judicial pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre, para a abertura da Avenida Ipiranga.

A área em litígio se encontra na posse, desde meados de 1977, pelo 3º Regimento de Cavalaria de Guardas, que instalou um campo de pólo no local, já desativado.

A União Federal contestou o feito alegando a inexistência de

prova de domínio dos Autores sobre terrenos em posse da Ré, bem como questionou a exata localização da gleba e a alegada inserção em área ocupada por unidade do Exército.

Foi realizada perícia técnica (fls. 252/278).

Sentenciando, o douto magistrado monocrático deu pela parcial procedência da ação, concedendo aos Autores a imissão na posse do terreno reivindicado com a desocupação pela União Federal da área descrita na planta da fl. 288. Condenou ainda a Ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa.

Irresignada, apelou a União Federal, alegando corresponder a gleba urbana em questão à parte integrante de área maior desapropriada pela Ré, registrada sob matrícula n. 10.527, Livro 2, do Registro de Imóveis da 2ª Zona de Porto Alegre (fl. 71). Assim sendo, não poderia referido bem público ser objeto de qualquer pretensão reivindicatória por parte dos Autores, havendo vício insanável no título de propriedade dos Apelados. Espera a reforma integral do julgado, com a conseqüente condenação dos Autores aos consectários legais.”

O recurso de apelação interposto pela União recebeu julgamento assim ementado (fl. 333):

“Direito Civil. Ação reivindicatória sobre imóvel localizado em área ocupada por unidade do Exército. Prova do domínio.

1. Comprovada pela parte-autora a titularidade sobre o direito de propriedade da gleba da qual requer a posse e estando a mesma situada em área que não fora objeto de desapropriação pela União Federal, tão-somente ocupada por unidade do Exército, deve ser, face à impossibilidade da devolução do imóvel ao proprietário, convertida a ação reivindicatória em desapropriação indireta, resolvendo-se o litígio em perdas e danos.

2. Mantém-se a condenação da União Federal aos ônus sucumbenciais, pois é flagrante o prejuízo dos Autores, que desde muito não detêm mais a posse do bem de sua propriedade.

3. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.”

Inconformada, a União apresenta recurso especial com base no artigo 105, III, a, da Constituição Federal, afirmando que o decisório

contrariado violou os artigos 65 a 67 do Código Civil, e 128 e 460 do Código de Processo Civil, abaixo elencados:

“Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

“Art. 66. Os bens públicos são:

I – Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;

II – Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;

III – Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.”

“Art. 67. Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.”

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o Réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

A Recorrente afirma que “estando a gleba em litígio em área desapropriada pela União, afetando-se à categoria dos bens públicos, mostra-se desarrazoada a discussão acerca do domínio do imóvel”, pois embora os Autores “... exibam Certidão do Registro de Imóveis (fl. 8) que lhes confere a propriedade da área objeto da reivindicação, tal documento não tem valia ante a supremacia constitucional do interesse público”.

Continua, dizendo que “Os bens e interesses públicos de responsabilidade dos entes públicos e agentes administrativos são indisponíveis (arts. 65 a 67 do Código Civil). E, tal indisponibilidade, além da imprescritibilidade e impenhorabilidade, são formas de proteção dos fins a que se destinam, contra o próprio agente e contra terceiros”.

Aduz que é impossível, **in casu**, discutir-se a propriedade de terras cujo domínio, por já ser da União, tornava-a indisponível, pelo que deve ser declarada a nulidade da decisão recorrida.

Outrossim, reclama, ainda, que o acórdão foi além do pedido ao converter a ação reivindicatória em desapropriação indireta, cometendo, destarte, afronta aos preceitos dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, devendo, por isso, também, ser declarado nulo.

Pede, alfim, o provimento do recurso especial.

Foram ofertadas contra-razões, onde se protesta pela demora na solução da lide e pelos prejuízos sofridos pela Autora que, após treze anos litigando, viu sua pretensão ser apenas satisfeita em perdas e danos, já que em relação à utilização do imóvel pela União, durante esse período, não vai ser ressarcida.

Afirma que a interposição do recurso especial pela União constitui litigância de má-fé, pelo que pede seja a mesma apenada por isso e desprovido o recurso especial.

Em decisão de fl. 369, o recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A União funda seu inconformismo em duas razões:

– a impossibilidade de se devolver o imóvel em litígio em face do fato de o mesmo integrar área maior por ela desapropriada afetando-se, pois, à categoria de bem público. Neste aspecto, portanto, a não-declaração de nulidade da sentença, pelo acórdão recorrido, teria acarretado a violação aos artigos 65 a 67 do Código Civil;

– a conversão, pelo decisório impugnado, da ação reivindicatória em ação de desapropriação indireta caracteriza decisão **extra petita** e/ou **ultra petita**, pelo que ocorreu afronta aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Analiso, primeiramente, a alegada violação aos artigos 65 a 67 do Código Civil.

Não vislumbro o cometimento da referida infração. Na verdade, os mencionados artigos não foram objeto de debate pelo decisório reclamado.

Este, relativamente à legitimidade do título de propriedade dos Autores, centrou entendimento tendo por base os fatos e provas constantes dos autos (fls. 329/330):

“A perícia técnica realizada dirimiu as dúvidas acerca da exata localização da gleba em litígio, constatando que o ‘imóvel reivindicado pelos Autores e descrito na inicial coincide com a área atualmente utilizada como campo de pólo pela unidade militar’ (fl. 275). A conclusão do experto é ainda mais contundente, espancando de vez qualquer vacilo acerca da localização da gleba urbana que aqui se trata ‘o imóvel descrito na matrícula n. 67.451, conforme documento acostado à fl. 8 dos autos, situa-se dentro da área atualmente utilizada como campo de pólo pela unidade militar’. (fl. 277). Assim, não comporta o ponto em questão maiores digressões, em face da conclusão acima transcrita exarada pela perícia técnica e que não foi contestada pelas partes, tornando-se fato incontroverso: os Autores possuem título de propriedade, oriundo de sentença de provimento em ação de averbação, e o imóvel em questão se encontra em área atualmente na posse de unidade militar.

Cabe tecer algumas considerações sobre a alegação de nulidade do título de propriedade dos Autores, uma vez que a gleba em litígio estaria em área desapropriada pela União Federal, afetando-se à categoria dos bens públicos, sendo, conseqüentemente, vedada qualquer discussão sobre seu domínio. Não há, nos autos qualquer indício favorável à tese, que, diga-se de passagem, somente foi trazida à baila em grau de recurso. Quando do julgamento da ação de averbação do imóvel pela egrégia Justiça Estadual não houve contestação da pretensão exarada pela parte-autora, muito menos nesse sentido, porquanto se trata de óbice intransponível (a afetação de um bem pelo Estado) a qualquer pretensão reivindicatória de um particular, até porque a desapropriação constitui modo originário de aquisição de propriedade. Não obstante cause certa perplexidade o fato da arguição ter sido feita somente em sede de apelação, a perícia técnica, com base nos documentos que instruem o presente feito, deixa claro que a alegação não procede. O documento n. 8 da fl. 287 delimita com precisão os limites da propriedade da União e da gleba urbana de que se cuida, não estando esta última contida na área desapropriada pela União Federal. Não existe nulidade a ser decretada.”

Como se percebe, não há campo para investigação da aludida violação aos preceitos do Código Civil, pois o aresto molestado sobre os mesmos não instaurou debate mas lastreou-se nos fatos e provas colacionadas aos autos, o que atrai, neste aspecto, o óbice da Súmula n. 7-STJ ao conhecimento do presente recurso especial.

Os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, entretanto, encontram-se prequestionados, tendo ocorrido menção aos mesmos pelo decisório recorrido.

Perquiro, pois, da alegada ofensa aos dispositivos supracitados.

A União aduz que ao converter a ação reivindicatória em ação ordinária por perdas e danos (desapropriação indireta), o **decisum** impugnado infringiu os retromencionados preceitos legais.

Tal não me parece. Senão, vejamos.

Como informam os autos, ocorreu o apossamento administrativo da gleba particular dos Recorridos que, embora delimitada, encontra-se inserida em área maior que foi objeto de desapropriação pela Recorrente.

Ao que tudo indica, o apossamento deu-se de forma ilegal, pois a União não indenizou, ou seja, não pagou o preço do bem quando passou a ocupá-lo. Não é, por conseguinte, proprietário do bem.

Ora, diante dessa circunstância, como bem salientado no acórdão recorrido, o proprietário desapossado fica impossibilitado de reivindicar o próprio bem em “¹ decorrência do princípio da intangibilidade da obra pública”, de forma que os bens indiretamente expropriados “porque aproveitados para fins de necessidade pública ou de interesse social, não podem ser reavidos’ **in natura**”. Impossível vindicar o próprio bem, a ação, cujo fundamento é o direito de propriedade, visa precipuamente, à prestação do equivalente da coisa desapropriada, que é a indenização assegurada na Constituição, como pressuposto do ato de retirada da propriedade. A denominada ação de desapropriação indireta tem, assim, caráter real. Este é ponto pacífico na jurisprudência do STF.

Em casos como o presente, já se tornou prática comum, aprovada na doutrina e na jurisprudência, a substituição ou conversão da reivindicatória em indenização por perdas e danos, não se caracterizando, assim, ofensa aos artigos 128 e 460 do Código Processual Civil.

1. **José Carlos de Moraes Salles**, in *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

Aliás, este é o entendimento acolhido neste Sodalício, estando a jurisprudência assim firmada:

“Processo Civil. Conversão de ação de reivindicação em ação de indenização. Alegação de julgamento **extra petita**. Não-ocorrência. A sentença que, em face da impossibilidade da devolução do imóvel ao proprietário, converte a ação de reivindicação em ação de indenização pela perda da propriedade, não contraria os artigos 128 e 460 do CPC; construção pretoriana, já antiga, destinada a reparar os danos da chamada ‘desapropriação indireta’. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 114.464-BA, rel. Min. Ari Pargendler).

Na ocasião em que prolatou o voto acima ementado, o seu ilustre Relator assim se expressou:

“Sempre que o Estado, por si, por empresas concessionárias do serviço público ou por empresas monopolistas, afeta definitivamente ao domínio público bem do patrimônio privado ou dele se apossa, por prazo indeterminado, para finalidades asseguradas em lei, o proprietário fica sem o direito à reivindicação e deve ser compensado pela perda da propriedade.

O que subsiste do direito de propriedade de um imóvel com vocação agropastoril depois de trinta anos na posse de terceiro, que deformou a área com a pesquisa e exploração de poços de petróleo? Nada, se se tiver presente que, no caso, nem o proprietário nem a empresa que o explora sabem quando o imóvel será devolvido, se o for em algum tempo.

Conseqüentemente harmônicos o acórdão recorrido e os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, o recurso especial não pode ser conhecido pela letra **a.**”

Diante do acima exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, na parte conhecida, o desprovejo, não aplicando, porém, a pena por litigância de má-fé requerida pela Recorrida, pois a interposição do presente recurso especial não pode ser vista como procrastinatória do feito.

É como voto.