

Jurisprudência da Segunda Turma

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 10.596 – GO**

(Registro n. 99.0011036-6)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Impetrado: Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do
Estado de Goiás

EMENTA: Recurso ordinário – Mandado de segurança – Ato omissivo – Lei Goiana n. 13.145/1997 – Nomeação de parentes – Cargos de confiança e em comissão – Procurador-Geral de Justiça – Requisição de informações – Lei n. 8.625/1993.

1. A teor do art. 26 da Lei n. 8.625/1993, o Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, poderá requisitar informações do Governador do Estado, dos membros do Poder Legislativo e dos Desembargadores para instruir inquéritos civis e procedimentos administrativos para apurar irregularidades no cumprimento da lei.

2. Recurso ordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 12.8.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás impetrou mandado de segurança, com pedido de

liminar, contra ato omissivo do Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça local, que deixou de prestar as informações requisitadas no Ofício n. 400/1997, necessárias à instrução de inquérito civil público, instaurado a fim de apurar fatos relacionados com a divulgação de nota oficial divulgada pelo Tribunal de Justiça, consoante a qual a Lei Estadual Antinepotismo n. 13.145/1997 não se aplicaria aos seus servidores.

Indeferido o pedido de liminar, prestadas informações pela Autoridade-impetrada e com parecer do Ministério Público Estadual favorável à concessão da ordem, esta foi denegada pelos motivos constantes do acórdão de fls. 64/78, assim resumidos na ementa:

“Mandado de segurança. Solicitação de informações ao Presidente do Tribunal de Justiça pelo Procurador-Geral de Justiça. Não-atendimento. Inocorrência de omissão.

I – O não-atendimento de solicitação de informações sobre questões administrativas e funcionais dirigida ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado pelo Procurador de Justiça do Estado, com vistas a instruir inquérito civil público tendente a apurar suposta improbidade, não constitui omissão capaz de ensejar impetração do **mandamus**, se do ofício requisitório não consta a finalidade das informações, já que o Tribunal não está obrigado a prestar informações aleatórias sobre suas atividades administrativas, de caráter **interna corporis**.

II – Outrossim, ‘a defesa da ordem jurídica’, na forma preconizada pelo art. 127 da CF, não tem a profundidade nem a abrangência pretendidas pelo órgão ministerial, a ponto de autorizar ingerência no Poder Judiciário, o que também não autoriza a Lei n. 8.429/1992 (Lei do Antinepotismo), igualmente invocada como fundamento da pretensão deduzida.

III – Ressalte-se, por fim, o autogoverno, constitucionalmente assegurado ao Poder Judiciário, que lhe permite syndicar seus próprios atos, quando forem de natureza funcional, afastando tentativas de ingerência externa. Segurança denegada.”

Inconformado, o Impetrante manifestou recurso ordinário insistindo no seu direito de receber as informações requisitadas, pedindo seja reformado o acórdão no sentido de ser concedida a segurança.

Sem contra-razões, o recurso foi regularmente processado e remetido a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Ato omissivo. Lei goiana n. 13.145/1997. Nomeação de parentes. Cargos de confiança e em comissão. Procurador-Geral de Justiça. Requisição de informações. Lei n. 8.625/1993. 1. A teor do art. 26 da Lei n. 8.625/1993, o Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, poderá requisitar informações do Governador do Estado, dos membros do Poder Legislativo e dos Desembargadores para instruir inquéritos civis e procedimentos administrativos para apurar irregularidades no cumprimento da lei. 2. Recurso ordinário conhecido e provido.”

A fim de instruir inquérito civil instaurado para apurar as providências adotadas a respeito da Lei Estadual n. 13.145/1997, que proíbe a nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, e tendo em vista a nota oficial publicada pelo Poder Judiciário goiano consoante a qual a referida lei não seria aplicável aos seus servidores, o Procurador-Geral de Justiça de Goiás, através do Ofício n. 400/1997, requisitou informações do Presidente do Tribunal de Justiça e, não obtendo resposta, impetrou mandado de segurança contra o ato omissivo da Autoridade-impetrada, objetivando a concessão da ordem para obrigá-la a prestar as informações solicitadas.

Em bem elaborado e longo parecer, o representante do Ministério Público Estadual opinou pela procedência da ação. O Tribunal de Justiça, entretanto, denegou a segurança, dentre outros motivos, porque:

“Após detida análise da questão posta, não tenho dúvidas quanto à incomportabilidade e à impertinência da pretensão do Impetrante em obter ditas informações junto ao Poder Judiciário, porquanto, tal pleito configura, inegavelmente, ingerência no Poder Judiciário, em flagrante contradição ao que preceituam os arts. 96, inciso I, alínea e, última parte, e 99, **caput**, da Constituição Federal (fl. 73).

.....
Vê-se que o art. 96 da Constituição da República, ao estabelecer

competência privativa aos tribunais para prover seus cargos, lança bases concretas e definitivas de um autêntico estado de independência e autonomia do Poder Judiciário, o que demonstra a impertinência do pleito do Impetrante, consistente em obter informações de caráter essencialmente **interna corporis** junto a este Poder (fl. 74).

.....
(...), em não havendo ameaça nem lesão em relação àqueles bens jurídicos tutelados pelo Ministério Público, sua pretensão de investigar supostos atos de improbidade administrativa no âmbito do Poder Judiciário afigura-se inoportuna e descabida, configurando autêntica tentativa de ingerência no Poder Judiciário, numa verdadeira inversão de competência jurídico-institucional, posto que ao Tribunal compete sindicatizar seus próprios atos, quando forem estes de natureza meramente funcional, o que, aliás, constitui garantia constitucional inserta nos arts. 93 e seguintes da Constituição.” (fl. 76).

Parece-me, todavia, que a questão se resume num mero pedido de informações assegurado na Lei Orgânica do Ministério Público, Lei n. 8.625/1993, cujo art. 26, I, **b**, e § 1º, prescrevem:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como órgãos e entidades da Administração Direta, Indireta e Fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

(...)

§ 1º. As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatário o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os Desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.”

Ora, se a chamada “Lei Antinepotismo”, n. 13.145/1997, veda a nomeação de parentes para cargos em comissão e função gratificada, e tendo

o Tribunal de Justiça tornado público que a referida norma não se aplicava aos seus servidores, parece-me legítimo que o Procurador-Geral de Justiça pedisse informações para instruir inquérito civil instaurado, ao invés de agir precipitadamente, pedido que o Impetrado não poderia e não deveria deixar de atender.

Eis os motivos pelos quais conheço do recurso e dou-lhe provimento para conceder a segurança.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.218 – RS

(Registro n. 99.0090247-5)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Município de Porto Alegre
Advogados: Ana Luísa Soares de Carvalho e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Desembargador-Presidente da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Bruno de Castro Winkler e outros
Interessado: Nilto João Mazzochi

EMENTA: Recurso ordinário – Mandado de segurança impetrado contra acórdão que julgou intempestivos embargos de declaração – Verificado erro na certidão de publicação do acórdão embargado – Cabimento de novos embargos – Inadmissibilidade do *writ*.

“Os embargos declaratórios são admissíveis para a correção de premissa equivocada de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento.” (EDcl no RE n. 207.928-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 15.5.1998).

Não incorreu o acórdão recorrido em erro material, uma vez que concluiu pela intempestividade dos embargos de declaração nos

estritos termos da certidão acostada nos autos. O erro da certidão configura erro de fato, já que se baseou o Tribunal de origem em premissa equivocada, cuja correção não se pode efetuar de ofício.

Com a oposição de embargos, via própria para impugnar a decisão, estaria perfeitamente atendido o direito do impetrante, sem que houvesse qualquer dano. Na verdade, a possibilidade de ocorrência de dano irreparável somente surgiu com a inércia do próprio impetrante.

Sequer se poderia aplicar, analogicamente, o princípio da fungibilidade recursal, uma vez que o **mandamus** somente foi impetrado quando, há muito, estava esgotado o prazo para a interposição de qualquer recurso.

Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 16 de abril de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: O Município de Porto Alegre impetrou mandado de segurança contra acórdão proferido pela egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que houve por bem considerar intempestivos embargos declaratórios opostos pelo Impetrante.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, todavia, houve por bem extinguir o processo, proferindo acórdão assim ementado, **verbis**:

“Mandado de segurança. Ato judicial. Acórdão. Modificação. Erro de fato na certidão da secretaria. Descabimento.

Não é o mandado de segurança a via adequada para modificar acórdão que, fundado em certidão da Secretaria, não conheceu embargos de declaração por terem sido interpostos intempestivamente.

Processo extinto. Voto-vencido” (fl. 63).

Inconformado com esse resultado, interpôs o Impetrante recurso ordinário, ao argumento de que, diante do manifesto erro no lançamento da certidão de publicação do acórdão embargado, reconhecido até mesmo pelo órgão prolator, da mesma forma que da possibilidade de ocorrência de dano irreparável, é perfeitamente cabível a impetração do **mandamus**.

Acrescenta, ainda, que “o ato impugnado não pode ser analisado como uma decisão decorrente de um exercício intelectual de convencimento. Fundamentado em erro de fato – constatação de intempestividade que não se configurou – independentemente do remédio processual utilizado, cabia a retificação até mesmo de ofício. Daí que não há que se falar em inadmissibilidade do mandado de segurança” (fl. 77).

Contra-razões (fls. 84/90).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 99/102).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): O presente recurso ordinário não merece provimento.

Como se pode observar pela leitura do relatório supra, impetrou o Recorrente mandado de segurança contra acórdão do qual cabia recurso.

In casu, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul houve por bem julgar intempestivos os embargos declaratórios opostos pelo Município de Porto Alegre contra o acórdão que negou provimento à apelação por ele interposta.

Não haveria qualquer óbice, portanto, a que a Municipalidade opusesse novos embargos, desta vez para apontar a falha no lançamento da certidão de publicação do acórdão de apelação e permitir o regular julgamento dos primeiros embargos.

É pacífico em nossos Tribunais o entendimento de que “os embargos declaratórios são admissíveis para a correção de premissa equivocada de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento” (EDcl no RE n. 207.928-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 15.5.1998).

Dessa forma, “cabem embargos de declaração para corrigir evidente erro relativo à tempestividade de recurso não conhecido (STF, RT 600/238; STJ, Terceira Turma, REsp n. 3.994-MS, rel. Min. Nilson Naves, j. em 21.6.1991, receberam os embargos, v.u., DJU de 12.8.1991, p. 10.553; STJ, Quarta Turma, REsp n. 6.739-BA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 13.8.1991, deram provimento, v.u., DJU de 9.9.1991, p. 12.207; STJ, Quarta Turma, REsp n. 13.100-GO, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 29.6.1992, deram provimento, v.u., DJU de 3.8.1992, p. 11.323; RT 618/194, 633/163; RJTJESP 50/25, 96/366; JTA 38/389, 55/168, 59/313, 94/352; Lex-JTA 73/257, 74/215, Bol. AASP n. 1.290/213, 1.436/154, RP 39/317)” (cf. **Theotonio Negrão**, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 32^a ed., p. 599).

Nem se argumente que embargos de declaração não são recurso ou que não seriam admissíveis, *in casu*, por se tratarem dos segundos embargos, uma vez que, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “os segundos embargos só são admissíveis se os vícios neles apontados e compatíveis com sua natureza se alegam como existentes no acórdão que julgou os primeiros embargos” (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag n. 210.773-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 25.6.1999).

Vale mencionar, ainda, que, na hipótese, não incorreu o acórdão recorrido em erro material, uma vez que concluiu pela intempestividade dos embargos de declaração, nos estritos termos da certidão acostada nos autos. O erro da certidão, assim, configura erro de fato, já que se baseou o Tribunal de origem em premissa equivocada, cuja correção não se pode efetuar de ofício.

Não se discute, outrossim, o entendimento de que, quando há graves indícios da possibilidade de ocorrência de dano irreparável, excepcionalmente, poder-se-ia admitir a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso.

Ocorre, porém, que, com a oposição dos embargos, via própria para impugnar a decisão, estaria perfeitamente atendido o direito do Impetrante, sem que houvesse qualquer dano. Na verdade, a possibilidade de ocorrência

de dano irreparável somente surgiu, como bem ressaltou o Estado do Rio Grande do Sul, “em virtude da inércia do próprio Impetrante, que deixou de fazer uso dos meios adequados para corrigir aquela decisão” (fl. 89).

Ressalte-se, por último, ainda que se relevasse a ocorrência de erro grosseiro, sequer se poderia aplicar, analogicamente, o princípio da fungibilidade recursal, uma vez que, se o acórdão que não conheceu dos embargos fora publicado em 5.3.1998, o **mandamus** somente foi impetrado em junho daquele ano, quando, há muito, estava esgotado o prazo para a interposição de qualquer recurso.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 101.818 – SP

(Registro n. 96.0046051-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Sociedade Agrícola Mambu Ltda
Advogados: Luiz Lopes e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Gisele Beltrame Stucchi e outros

EMENTA: Administrativo – Desapropriação indireta – Correção monetária – Incidência a partir do laudo de avaliação – Fixação dos honorários advocatícios – Súmula n. 131 do STJ.

1. O termo inicial para incidência da correção monetária, nas ações expropriatórias, é a data do laudo de avaliação, e não a data formal da apresentação ou assinatura do documento. Precedentes do STJ.

2. Os honorários advocatícios nas ações de desapropriação são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidos monetariamente, mais os juros compensatórios e moratórios (Súmula n. 131 do STJ).

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 14 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pela pessoa jurídica de direito privado Sociedade Agrícola Mambu Ltda, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, integrado pelo proferido nos embargos declaratórios manifestados, assim ementado (fl. 814):

“Juros compensatórios. Desapropriação indireta. 12% ao ano, devidos a contar da interdição do uso do imóvel, desde a edição do Decreto n. 10.251/1977, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar. Recurso parcialmente provido.

Juros moratórios. Desapropriação indireta. 6% ao ano, devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Recurso parcialmente provido.

Honorários advocatícios. Desapropriação indireta. Fixação segundo os §§ 3^a e 4^a do art. 20 do Código de Processo Civil, estimado em 10% da condenação principal, atualizado. Recurso parcialmente provido.

Indenização. Desapropriação indireta. Mata. Proibição do desmatamento que abrange toda a propriedade. Irrecusabilidade da obrigação de indenizar o proprietário do bem. Recurso parcialmente provido.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 28.239-5-SP, Primeira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, deixou expresso: ‘A criação da reserva florestal Parque Estadual da Serra do Mar, não importou em apossamento administrativo. No entanto, esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem. O tombamento da área impede a utilização do imóvel segundo sua natural destinação, pelo que impõe-se a indenização dos proprietários pelo desfalque sofrido em seu patrimônio’.”

Sustenta o Recorrente, em síntese, em suas razões de inconformismo, violação aos arts. 26, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, como também ao art. 20 do Código de Processo Civil, eis que o Tribunal de origem determinou a incidência da correção monetária a partir do mês de março de 1993 (data da entrega do laudo em juízo), quando a atualização deveria ter como termo **a quo** a data da avaliação, ou seja, dezembro de 1992; e, também, excluiu da base de cálculo da verba honorária as parcelas representadas pelos juros compensatórios e moratórios. Alega, ainda, que o aresto recorrido divergiu da orientação de outros tribunais.

Sem contra-razões.

Admitido o recurso, por decisão em sede de agravo de instrumento, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 942/945).

É o breve relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conheço do recurso pelas duas alíneas, eis que atendidos os pressupostos de admissibilidade e cabimento expressamente determinados no permissivo constitucional (art. 105, III, da CF).

Passo a seguir ao exame do mérito.

Os juros compensatórios, na desapropriação, objetivam compensar o proprietário pela perda antecipada da posse do imóvel, razão pela qual incidem a partir da imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização (valor da avaliação – laudo –) e, desde então, sobre o referido valor corrigido monetariamente.

Por conseguinte, deve a correção monetária da indenização, nas ações de desapropriação, incidir a partir da data do laudo avaliatório, como bem asseverou o Ministério Público Federal, nos seguintes trechos de sua manifestação, **verbis**:

“A correção monetária da indenização, nas ações expropriatórias, incide a partir da data do laudo avaliatório, considerando-se como tal a data real a que se referem os valores apurados e não a data formal da apresentação ou assinatura do documento, vale dizer, o marco inicial é a data da avaliação, que serviu de referencial para a fixação do preço (fls. 347 e 348).” (fl. 944).

A propósito, manifestou-se a egrégia Primeira Turma, **in verbis**:

“Ementa: Desapropriação. Juros compensatórios. Incidência. Ausência de atividade lucrativa. Correção monetária. Termo inicial. Agravo retido. Petição. Requisitos.

No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão na posse, não se exigindo que, no imóvel expropriado, esteja ou não havendo qualquer atividade lucrativa.

A correção monetária deve incidir a partir da data do laudo de avaliação.

A petição do agravo, retido ou não, deve conter a exposição do fato e do direito, além das razões do pedido de reforma.

Recurso improvido (Município).

Recurso parcialmente provido (parte).” (REsp n. 174.915-PR, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.10.1998, p. 44).

Os honorários advocatícios, nos termos da jurisprudência pacificada desta Corte, incidem sobre a diferença entre a oferta inicial e a indenização, ambas corrigidas, mais os juros compensatórios e moratórios.

Aplica-se, portanto, à hipótese dos autos, o enunciado da Súmula n. 131 do Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**:

“Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios devidamente corrigidas.”

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 171.219 – SC

(Registro n. 98.0025906-6)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia da 10ª Região
Advogada: Márcia Ida Dutra Azeredo Coutinho
Recorrido: Waldir Albrecht
Advogado: Alfredo Alexandre de Miranda Coutinho

EMENTA: Administrativo – Recurso especial – Artigo 105, inciso III, a e c, da Constituição da República – Registro no Crea – Obrigatoriedade – Artigos 59 e 60 da Lei n. 5.194/1966, e 1º da Lei n. 6.839/1980 – Precedentes – Qualificação jurídica dos fatos.

In casu, a empresa-recorrida é fabricante de máquinas e equipamentos para a indústria têxtil, atividade que requer conhecimentos técnicos privativos de engenheiros especializados, responsáveis por desenvolver e projetar os produtos, além de acompanhar sua fabricação.

Dessarte, à luz do que dispõem os artigos 59 e 60 da Lei n. 5.194/1966, e 1º da Lei n. 6.839/1980, para desenvolver sua atividade industrial e comercial, torna-se obrigatório o registro da recorrida no órgão de fiscalização profissional, qual seja, o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura de Santa Catarina – Crea-SC.

A hipótese vertente não trata de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 12 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Waldir Albrecht, empresa individual sucedida por Albrecht Equipamentos Industriais Ltda, opôs embargos à execução de multa devida ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina – Crea-SC, sob a alegação de ausência de obrigação legal ao registro no referido Conselho, por não exercer atividade ligada às áreas de agronomia, arquitetura ou engenharia.

O r. Juízo de 1^a grau julgou improcedentes os embargos, com o entendimento de que “a lei nova, porém, não excluiu o regime de empresas como o do embargante no Crea, pois sua atividade básica (fabricação de peças e máquinas, caldeiraria em geral) exige a presença, normalmente, de engenheiros mecânicos, hidráulicos, etc.” (fl. 213).

Irresignada, a Embargante interpôs recurso de apelação, provido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4^a Região, que reconheceu a inexistência de obrigação legal de efetuação de registro no Crea pela Empresa-embargante, visto que a atividade desenvolvida por ela não se inclui entre aquelas sujeitas à fiscalização do Crea.

O v. acórdão restou assim ementado:

“Crea. Registro. Empresa de caldeiraria. Lei n. 6.839/1980. Inexistência da obrigação.

1. O art. 1^a da Lei n. 6.839, de 1980, consagrou o critério da obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nos conselhos somente nos casos em que sua atividade básica decorrer do exercício profissional ou em razão da qual prestam seus serviços profissionais a terceiros.

2. No caso dos autos, trata-se de ‘caldeiraria’, atividade isenta da obrigatoriedade do registro.

3. Procedentes os embargos à execução.

4. Apelação provida.” (fl. 231).

Inconformado, o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina – Crea-SC interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, aduzindo violação ao artigo 1^a da Lei n. 6.839/1980, ao entendimento de que a recorrida deve efetuar seu registro no Crea, porquanto suas atividades, quais sejam, as de projetar, fabricar e comercializar máquinas e equipamentos, são relacionadas à área de engenharia. Colacionou, ademais, precedentes jurisprudenciais do egrégio Tribunal Federal de Recursos e da Excelsa Corte, divergentes da interpretação dada pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Insurge-se o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura de Santa Catarina – Crea-SC contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4^a Região, que, nos autos de embargos à execução fiscal, deu provimento à apelação interposta por Waldir Albrecht, empresa cuja atividade básica é a fabricação de peças e máquinas (caldeiraria em geral). Entendeu o Tribunal **a quo** que a atividade da Recorrida não está voltada para a prestação de serviços de engenharia, arquitetura ou agronomia, e que, portanto, não há obrigação legal de registrar-se no Crea.

Alega o Recorrente que a atividade básica desenvolvida pela Recorrida exige a presença de engenheiros, sendo necessário seu registro na entidade fiscalizadora do exercício da profissão.

A Lei n. 5.194/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, determinou, em seus artigos 59 e 60, a obrigação do registro nos Conselhos Regionais das empresas que exercem atividades próprias da profissão de engenheiro ou arquiteto, assim expondo:

“Art. 59. As firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral, que se organizem para executar obras ou serviços relacionados na forma estabelecida nesta lei, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o competente registro nos Conselhos Regionais, bem como o dos profissionais do seu quadro técnico.

Art. 60. Toda e qualquer firma ou organização que, embora não enquadrada no artigo anterior, tenha alguma seção ligada ao exercício profissional da engenharia, arquitetura e agronomia, na forma estabelecida nesta lei, é obrigada a requerer o seu registro e a anotação dos profissionais, legalmente habilitados, delas encarregados.”

Por outro lado, a Lei n. 6.839/1980, em seu artigo 1º, consagrou o critério da obrigatoriedade do registro de empresas ou entidades, em razão de sua atividade básica, no órgão fiscalizador, ao estabelecer, **in verbis**:

“Art. 1º. O registro de empresa e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.”

In casu, a Empresa-recorrida tem por objeto social as finalidades de “fabricação de máquinas de acabamentos têxteis e fabricação de equipamentos de controle de poluição do ar” (cláusula 4ª do Contrato Social, fl. 292). É, portanto, fabricante de máquinas e equipamentos para a indústria têxtil, atividade que, com efeito, requer conhecimentos técnicos privativos de engenheiros especializados, responsáveis por desenvolver e projetar os produtos, além de acompanhar sua fabricação.

Mais a mais, restou incontroverso nos autos que a Recorrida é fabricante e exportadora de máquinas e equipamentos para indústria têxtil de alta tecnologia, agasalhando em seu quadro funcional quatro engenheiros e estagiários de engenharia.

Dessarte, à luz do que dispõem os artigos 59 e 60 da Lei n. 5.194/1966, e 1ª da Lei n. 6.839/1980, para desenvolver sua atividade industrial e comercial, torna-se obrigatório o registro da Recorrida no órgão de fiscalização profissional, qual seja, o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura de Santa Catarina – Crea-SC.

Inarredável a contrariedade aos dispositivos de lei federal, acima reproduzidos, de sorte que merece abrigo o recurso pela letra **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

De igual sorte, o v. acórdão deu interpretação divergente da dada por outros tribunais, como abaixo se verá, o que permite conhecer do recurso dar-lhe provimento também pela letra **c** do dispositivo constitucional a que se refere o parágrafo anterior.

Nessa trilha de raciocínio, permita-se citar os seguintes julgados:

“Administrativo. Crea. Empresa fabricante de máquinas e equipamentos industriais e peças para veículos automotores. Registro obrigatório. Lei n. 5.194/1966, arts. 59 e 60. Precedentes.

– O registro no Crea é obrigatório para a empresa que, em suas atividades básica e complementar, emprega engenheiros cujo exercício profissional compete àquele órgão fiscalizador.

– Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp n. 192.253-RS, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 19.2.2001).

“Administrativo. Siderúrgica. Registro no Crea. Atividade básica. Lei n. 5.194/1966 (art. 59). Lei n. 6.839/1980 (art. 1º).

1. O registro obrigatório no Crea pressupõe que a atividade básica decorre do exercício profissional ou da prestação de serviços profissionais a terceiros (art. 59, Lei n. 5.194/1966. Lei n. 6.839/1980, art. 1º).

2. Iterativos precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido” (STJ, REsp n. 11.218-PE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 12.9.1994).

“Conselho Regional de Engenharia. Registro de empresa industrializadora e comercializadora de veículos automotores, fabricante e comercializadora de motores, peças e acessórios e que emprega engenheiros. Obrigatoriedade. Lei n. 5.194/1966 (arts. 59 e 60) e Lei n. 6.839/1980 (art. 1º).

O registro no Crea é obrigatório para empresa que, em sua atividade básica e complementar, emprega engenheiros, cujo exercício profissional compete àquele órgão fiscalizar.

Precedentes do STF” (STF, Recurso Extraordinário n. 108.864-8, rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 12.5.1989).

“Administrativo. Exercício profissional. Empresas sujeitas a registro. Atividades básicas e correlatas.

1. A Lei n. 6.839/1980 empresta interpretação autêntica a regras das leis que regem o exercício de profissões regulamentadas, para sujeitar a registro nos respectivos órgãos de controle profissional, as

empresas cujas atividades básicas sejam relacionadas à profissão por eles fiscalizadas.

2. Tendo a apelante como básica a atividade industrial, relacionada com a produção industrial de tanques, peças e acessórios para veículos automotores, está obrigada a registro no Crea” (TFR – Apelação Cível n. 155.850-SP, rel. Min. Dias Trindade, DJ de 3.10.1988).

De outra parte, deve ficar registrado que a hipótese vertente não trata apenas de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de *qualificação jurídica dos fatos*, que se não confunde com matéria de fato.

A distinção entre “juízo de fato” e “juízo de valor” se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O “fato” e o “direito” se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de **Antônio Castanheira Neves**, não tem sentido “o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas ‘idéia’ transcendental) do homem real (não do ‘sujeito em geral’ ou gnoseológico) a **puro facto** ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido” (in *Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, p. 500).

Embora tradicionalmente se distinga “questão de fato” da questão de saber se “o que aconteceu” (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela “existência” de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica (cf. **Karl Larenz**, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., pp. 295/296).

Existem hipóteses, portanto, em que a “seleção” da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, ensina **José Carlos Barbosa Moreira**, que, quando “se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a

sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la à hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la à hipótese nele contida” (in *Temas de Direito Processual – Segunda Série*, 1980, Saraiva, p. 235).

Assim, na lição de **José Afonso da Silva**, “os erros do juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato ou da má compreensão de direito. Significa dizer que o juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato), ou não compreende o sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados, no processo, e que orientam aquelas condutas, e servem-lhe de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito)”. (in *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, RT, p. 131).

Dessa forma, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de **Gabriel Marty** de “*que tout problème de qualification est question de droit*” (in *La Distinction du Fait et du Droit*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 204/205).

Como conclui **José Miguel Garcia Medina**, depois de examinar no corpo de sua monografia de modo percuciente a matéria, “excluem-se das questões de fato a qualificação jurídica dos fatos, pois quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei” (cf. *O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial*, Ed. RT, 2ª ed., item n. 37, p. 306).

Pelo que precede, dou provimento ao recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 171.429 – RJ

(Registro n. 98.0026223-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Klabin Fabricadora de Papel e Celulose S/A
Advogados: Nelson Lombardi e outros
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Advogados: Arthur José Faveret Cavalcanti e outros

EMENTA: Processo Civil e Tributário – Incidência do ICMS sobre matérias intermediárias – Prova pericial – Ônus da prova.

1. A prova pericial é do juízo e pode ser ordenada de ofício, quando o magistrado precisa de informações técnicas ou quando se tratar de direito indisponível, sem a prova definitiva do direito reclamado.

2. Se a parte deixou de requerer a prova pericial, tendo, inclusive, silenciado quando intimada para especificar as provas, cabe-lhe o ônus da omissão probatória.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que negou provimento ao apelo da empresa Klabin Fabricadora de Papel e Celulose S/A, afastando a tese de que o juiz deveria, de ofício, determinar a realização de prova pericial, caso a entendesse como necessária à instrução do processo, ainda que a parte-autora, a quem

caberia o ônus da prova, tivesse solicitado o julgamento antecipado da lide, após o despacho judicial de especificação de provas.

Pretendia a Empresa-autora o reconhecimento da não-incidência do ICMS nas operações de aquisições de materiais utilizados no seu processo produtivo.

Entendeu o Tribunal **a quo** que deveria a parte-autora provar não estarem os produtos indicados na inicial enquadrados no art. 31 do Convênio de ICMS n. 66/1988, o que só poderia ser feito através de prova técnica, de cujo ônus não se desincumbiu a Empresa.

Asseverou o TJRJ, ainda, não se tratar de **quantum** a ser apurado na fase de execução, mas da comprovação do próprio direito reclamado, que encontraria óbice, também, no disposto no art. 166 do CTN.

Inconformada, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega a Recorrente que houve violação aos arts. 130 do CPC, e 166 do CTN, além de dissídio jurisprudencial.

Pela alínea **a**, defende a tese de que o art. 166 do CTN é aplicável somente na repetição de indébito, não impedindo o creditamento de ICMS.

No que se refere ao art. 130 do CPC, aduz que deveria o magistrado, não convencido da existência de provas suficientes para o deslinde da demanda, determinar, de ofício, a realização de provas que reputasse necessárias, na forma do art. 130 do CPC.

Pela alínea **c**, trouxe a Recorrente à colação precedente do TJSP que, em caso análogo, entendeu ser possível a apuração do valor devido na liquidação de sentença, uma vez definidos os parâmetros da perícia.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

Opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, por violação ao art. 130 do CPC, considerando prejudicada a apreciação do art. 166 do CTN.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Prequestionados os dispositivos legais e demonstrado o dissídio jurisprudencial, passo ao exame do recurso.

Na origem, temos a discussão entre a empresa e o Fisco Estadual, pretendendo a primeira o creditamento do ICMS incidente sobre materiais intermediários, por ela considerados como insumos.

Tais materiais são indispensáveis ao processo de industrialização e sofrem desgaste em proporção tal que se danificam rapidamente.

Pretendeu a autora da ação ordinária provar o que alegou com perícia técnica de engenharia, como indicou em duas oportunidades na inicial (fls. 9 e 19).

Porém, na fase de especificação de provas, disseram ambas as partes não serem necessárias outras provas, senão a documental, o que levou o magistrado de 1ª grau a conhecer diretamente do pedido e a julgar improcedente o pleito, argumentando:

“Considerando-se que não restou comprovado nos autos que os materiais em questão não se enquadram na hipótese dos citados dispositivos, não há como ser acolhida a pretensão da Autora.” (fl. 79).

Na apelação que interpôs, a Empresa prequestionou o desrespeito ao artigo 130 do CPC e o TJRJ decidiu no sentido de imputar à Recorrente o ônus de provar fato constitutivo do seu direito.

Para o relator do acórdão impugnado, estando previsto expressamente no art. 31, III, do Convênio ICMS n. 66/1988 que os produtos ou mercadorias que não fossem consumidos integralmente não poderiam sofrer o creditamento como insumo, somente prova inconteste da total aplicação do material ao produto final, poderia afastar a incidência da norma.

Contudo, não houve por parte da Empresa interesse em fazer a prova.

No especial, a Autora insurge-se contra o entendimento do Tribunal, defendendo a tese de que, ainda que as partes não tenham requerido a produção de provas, se não estiver a causa suficientemente instruída, cabe ao juiz, de ofício, determinar a produção das que entender necessárias ao deslinde da querela.

Doutrina e jurisprudência são unânimes em só aceitar a existência de nulidade absoluta, em matéria de prova, quando há cerceamento de defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Por seu turno, sabe-se que a prova pericial é prova do juízo e torna-se ela indispensável, podendo então ser ordenada de ofício em duas situações:

a) quando o magistrado fica em perplexidade, sem condições de decidir, por deficiência de informações técnicas, e

b) quando se tratar de direito indisponível em que a parte deixou de fazer a prova do direito.

Na hipótese dos autos, não há enquadramento em nenhuma das situações, sendo certo que a Empresa, quando chamada para especificar as provas, deixou de requerer a prova pericial.

Não vislumbro, portanto, violação ao art. 130 do CPC.

Quanto ao artigo 166 do CTN, como bem afirmou o Ministério Público Federal, fica o mesmo prejudicado, diante do desfecho da prova.

Em conclusão, nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 179.182 – SP

(Registro n. 98.0045962-6)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Sérgio Augusto G. Pereira de Souza e outros

Recorrido: Schoenmaker Van Zanten Agrifloricultura Ltda

Advogados: Andréa de Toledo Pierri e outros

EMENTA: Administrativo – Mandado de segurança – Pretendida inspeção para futura liberação de mercadorias a serem exportadas – Greve de servidores – Liminar e segurança concedidas – Direito à inspeção e liberação reconhecido – Acórdão confirmando o **decisum** – Recurso da Fazenda Nacional alegando violação à lei federal – Não-conhecimento.

Não cabe ao contribuinte arcar com qualquer ônus em decorrência do exercício do direito de greve dos servidores, que, embora legítimo, não justifica a imposição de qualquer gravame ao particular.

Efetivamente, era de rigor que as mercadorias, de origem vegetal, que seriam exportadas, fossem inspecionadas para posterior liberação.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial ajuizado pela União Federal com suporte no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Carta Política, tendo por objeto a reforma integral do v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal, cujos fundamentos estão resumidos na seguinte ementa:

“Administrativo. Mandado de segurança. Desembaraço aduaneiro. Greve.

1. Conquanto o direito à greve seja garantido pela Carta Política (art. 37, VII), indubitoso que o particular não pode ter sua esfera de direito prejudicada pelo movimento paredista. Precedentes.

2. Remessa oficial a que se nega provimento” (fl. 71).

Diante do desfecho acima, aduz a Fazenda Nacional que a Corte de origem acabou por afrontar os artigos 10 a 12 da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o direito de greve. Entende que a vitória das mercadorias importadas não poderia ser suprida por ordem judicial, e acrescenta que a única medida cabível seria a realização da vitória pela Administração, independentemente da greve.

Apresentadas as contra-razões, a egrégia Presidência admitiu o recurso especial, determinando a subida dos autos a este Sodalício.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Segundo se verifica dos autos, em face de ter sido deflagrada greve de servidores do Ministério da Agricultura, a ora recorrida impetrou mandado de segurança, pleiteando a concessão de medida liminar para que o Chefe do Serviço de Sanidade Vegetal do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária de São Paulo e o Sr. Delegado do Ministério da Agricultura de São Paulo procedessem à imediata inspeção e liberação de mudas de *chrysanthemum* que seriam exportadas para a Holanda, ou fosse indicado um funcionário para fazê-lo.

A liminar foi deferida e, ao depois, foi proferida r. sentença julgando procedente o pedido, oportunidade em que o digno magistrado de 1^o grau determinou a remessa do feito à Corte Regional Federal, em vista do reexame necessário.

A Corte de origem houve por bem manter a r. sentença monocrática, razão pela qual sobreveio a presente irrisignação da Fazenda Nacional.

Entende a Recorrente que a liberação das mercadorias não poderia ser suprida por ordem judicial, que estaria a ofender a Lei n. 7.783 que, em seu art. 11, demonstra a indispensabilidade da fiscalização, **verbis**:

“Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (fl. 104).

É de reconhecer, assim, que não merecem vicejar as impugnações feitas ao **decisum**.

Se foi devido à greve dos servidores que a vistoria não se realizou, e a única medida correta, conforme sustenta a Recorrente, seria a determinação de tal vistoria, a quem, então, caberia a sua execução?

A salvo de qualquer censura, a meu ver, o v. aresto hostilizado que, ao negar provimento à remessa oficial, sustentou, **verbis**:

“**Omissis**.

Conquanto o direito à greve seja garantido pela Carta Política (art. 37, VII), indubitoso que o particular não pode ter sua esfera de direito prejudicada pelo movimento paredista, no caso, omissão no que

tange aos serviços de fiscalização para efeito de liberação de mercadorias importadas.

Aliás, o justo equilíbrio entre o direito de greve e o princípio da continuidade do serviço público a ser preservado, vem estampado no art. 9º da Lei de Greve n. 7.783/1989:

‘Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a atividade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deteriorização irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.’

Houve, assim, lacuna, ato omissivo por parte da Administração no sentido de obviar os efeitos do movimento paredista. Anota, a propósito, e com acuidade, **Lúcia Figueiredo**:

‘Se o serviço público tem regras próprias, evidencia-se a impossibilidade de aplicabilidade do direito de greve da mesma forma em que é exercido na atividade privada’” (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros) (fls. 67/68).

De fato, a parte não pode sofrer qualquer gravame em decorrência da greve dos servidores. Esta é uma questão entre os funcionários e a Administração Pública, a quem compete garantir o mandamento legal a respeito das suas atividades essenciais, de modo a permitir aos administrados a devida prestação dos serviços públicos indispensáveis.

Nessa mesma esteira, foi o entendimento assentado pela colenda Segunda Turma, por ocasião do julgamento do REsp n. 179.255-SP, relatado por este subscritor, **in** DJ de 12.11.2001, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

“Administrativo. Mandado de segurança. Deferimento de liminar. Liberação de mercadorias importadas. Greve de servidores. Direito ao desembaraço aduaneiro. Violação à lei federal não configurada.

Não cabe ao particular arcar com qualquer ônus em decorrência do exercício do direito de greve dos servidores, que, embora legítimo, não justifica a imposição de qualquer gravame ao particular.

Devem as mercadorias ser liberadas, para que a parte não sofra prejuízo.

Recurso não conhecido.”

A propósito, nessa linha de pensar é o pronunciamento exarado no REsp n. 143.205-SP, relatado pelo ilustre Ministro Hélio Mosimann, in DJ de 23.11.1998.

No pertinente à alínea c, cumpre evidenciar que a divergência jurisprudencial não restou demonstrada de acordo com o comando regimental e legal, razão porque o recurso especial não merece ser acolhido, também nesse particular.

Pelo exposto, não conheço do presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 237.202 – CE

(Registro n. 99.0100008-4)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Charmille Modas Ltda
Advogados: Maria José de Farias Machado e outro
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Paulo Roberto de Lima e outros

EMENTA: Processual Civil – Previdenciário – Embargos à execução – Licença-maternidade – Reembolso do empregador – Art. 7º, XVIII, da CF.

1. Por força da auto-aplicabilidade do art. 7º, XVIII, da CF, o empregador deve ser ressarcido integralmente, pela Previdência Social, do pagamento efetuado à empregada gestante durante os 120 dias de licença.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram como Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 10.6.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Charmille Modas Ltda opôs embargos à execução fiscal promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social para cobrança de débitos previdenciários concernentes a diferenças do salário-maternidade, à contribuição sobre os pagamentos efetuados a autônomos e incidente no auxílio-alimentação de seus empregados.

A sentença julgou os embargos procedentes, sendo parcialmente reformada no TRF da 5ª Região, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 101/110, assim resumidos na ementa:

“Processual Civil. Embargos à execução fiscal. Contribuições de avulsos, administradores e autônomos. Não-incidência. Ocorrência. Ajuda-alimentação. Caráter indenizatório. Impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária. Licença-maternidade de 120 dias. Reembolso integral por parte da Previdência Social somente após a edição da Lei n. 8.213/1991.

1. O Senado Federal, através da Resolução n. 14, de 1995, DOU de 28.4.1995, suspendeu a execução da expressão ‘avulsos, autônomos e administradores’, contida no inciso I do art. 3º da Lei n. 7.787/1989, declarada definitivamente inconstitucional pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 177.296-4/210.

2. As despesas realizadas pela empresa de ajuda-alimentação, feitas eventualmente, e apenas a alguns empregados da empresa como reembolso de despesas com alimentação, inclusive, sem haver habitualidade individual no recebimento, terá a natureza indenizatória, destinando-se a recompor o patrimônio do trabalhador, desfalcado com as despesas.

3. Só a partir da edição da Lei n. 8.213/1991, e não da Constituição Federal, é que passou a ser devido o ressarcimento integral do salário-maternidade de 120 dias por parte da Previdência Social. No período entre a CF/1988 e lei que instituiu o Plano de Custeio, o INSS só reembolsa 84 dias, o restante é encargo do empregador.

4. Remessa oficial e apelação parcialmente providas.”

Inconformada, a Embargante manifestou recurso especial pelos permissivos a e c, alegando contrariedade a dispositivo de lei federal e divergência pretoriana, sustentando, em síntese, a auto-aplicabilidade do art. 7^o, XVIII, da CF, consoante o qual é assegurada licença-gestação, sem prejuízo do emprego e do salário, por cento e vinte dias.

Oferécidas contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, dispensando-se o pronunciamento do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Processual Civil. Previdenciário. Embargos à execução. Licença-maternidade. Reembolso do empregador. Art. 7^o, XVIII, da CF.

1. Por força da auto-aplicabilidade do art. 7^o, XVIII, da CF, o empregador deve ser ressarcido integralmente, pela Previdência Social, do pagamento efetuado à empregada gestante durante os 120 dias de licença.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

No que diz respeito à questão debatida neste recurso especial, a decisão de 1^o grau, que julgou procedentes os embargos à execução fiscal, está assim fundamentada:

“O inciso XVIII do art. 7^o da Constituição Federal vigente estabelece o seguinte:

‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.’

Com esse dispositivo, ficaram, evidentemente, revogados os dispositivos da CLT e da CLPS que fixavam em 84 (oitenta e quatro) dias a licença à gestante. Disso não há dúvida.

No que tange à auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional supracitado, também não existe dúvida, porquanto o mesmo reúne, no sentir deste juízo, todos os elementos necessários à sua aplicação **incontinenti**.

A Embargante, a partir da Constituição Federal vigente, passou a conceder e a pagar às suas empregadas 120 (cento e vinte) dias de licença-gestante, como consta dos autos.

A legislação previdenciária autoriza a Embargante a reembolsar-se do total do valor pago a título de licença-gestante. E foi isso o que fez a Embargante, como se verifica nos autos.

Não assiste razão ao Embargado, quando, invocando o Parecer CJ-CEP n. 21/1989, em sua contestação, diz que a Embargante estava obrigada a conceder e a pagar às suas empregadas gestantes 120 (cento e vinte) dias de licença, mas que só poderia se reembolsar do valor correspondente a 84 (oitenta e quatro) dias.” (fl. 185).

O acórdão recorrido, entretanto, entendeu em sentido diverso reformando a sentença no particular, por entender que: “... só a partir da edição da Lei n. 8.213/1991, e não da Constituição, é que passou a ser devido o ressarcimento do benefício por parte da Previdência, no que se refere aos 36 (trinta e seis) dias restantes” (diferença entre 120 e 84 dias), assistindo razão ao INSS, contra o que a Recorrente se rebela, reafirmando a auto-aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional em comento.

A matéria já foi decidida pelo Guardião Máximo da Carta Política, na decisão unânime da egrégia Segunda Turma proferida no RE n. 169.744-0-RS, cuja ementa reza:

“Previdência Social. Benefício previdenciário. Vinculação constitucional. Auto-aplicabilidade. O preceito inserto no art. 201, §§ 5^a e 6^a, da Constituição Federal é auto-aplicável, porque se qualifica como estrutura jurídica dotada de suficiente densidade normativa. O disposto no § 5^a do art. 195 da Constituição Federal não constitui óbice à sua incidência, vez que é dirigido ao legislador ordinário, tão-somente, no que vincula a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço de seguridade social à correspondente fonte de custeio. Precedentes.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8.9.1995).

Na fundamentação, diz o eminente Ministro Maurício Corrêa:

“O legislador brasileiro, a partir de 1932, e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais de natureza previdenciária.

Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 5.10.1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada ‘na forma desta Constituição’, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias’.

.....

E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responde, sozinho, pelo restante, ficará, sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/1988), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença.

.....

Estando preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação, **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, é de ser deferida a medida cautelar. Não, porém, para se suspender a eficácia do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998, como, inicialmente, pretende o Autor. Mas, como alternativamente pleiteado, ou seja, para lhe dar, com eficácia **ex tunc**, interpretada conforme a Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante, prevista no art. 7º, inc. XVIII, da CF/1988, durante a qual continua percebendo o salário que lhe vinha sendo pago pelo empregador, que responderá também

pelo **quantum** excedente a R\$ 1.200,00, por mês, e o recuperará da Previdência Social, na conformidade da legislação vigente.”

Diante dessa orientação da Suprema Corte não há como negar-se o ressarcimento do empregador, pela Previdência Social, do que pagou efetivamente à empregada gestante mesmo pelos 36 dias excedentes dos 84 dias.

Por tais motivos, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 242.237-CE

(Registro n. 99.0114684-4)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Relatora p/ acórdão: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Adonias dos Santos Costa e outros
Recorrida: Forma Imobiliária S/A
Advogados: Schubert de Farias Machado e outro

EMENTA: Processo Civil e Tributário – Recurso especial: conhecimento – Compensação de prejuízos – Limitação da Lei n. 8.981/1995.

1. O STF tem posição firme no sentido de que só a ofensa direta e frontal à Constituição enseja o recurso extraordinário.

2. Divergência entre lei ordinária e lei complementar, com respaldo no princípio da hierarquia das leis, não viola a CF/1988, porque previsto o princípio na LICC.

3. A limitação de compensação dos prejuízos indicados no balanço das empresas, como previsto na Lei n. 8.981/1995, para o exercício de 1995, não é ilegal, porque não frustrou a dedução de prejuízos, apenas estabeleceu o escalonamento.

4. Política fiscal que, de acordo com a lei, pode promover adições, exclusões ou compensações quanto aos abatimentos, obedecidos os princípios da legalidade e da anterioridade.

5. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencido o Sr. Ministro-Relator Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Sra. Ministra Eliana Calmon os Srs. Ministros Laurita Vaz e Paulo Medina. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Cuida-se de recurso especial, seguido de extraordinário, da Fazenda Nacional impugnando acórdão do TRF da 5ª Região.

Forma Imobiliária S/A impetrou mandado de segurança preventivo contra o Delegado da Receita Federal, em Fortaleza, objetivando compensar integralmente os prejuízos fiscais acumulados até 31.12.1995, na apuração do lucro real para o Imposto de Renda de 1995, sem a restrição imposta pelas Leis n. 8.981/1995, 9.065/1995 e 9.249/1995.

Concedida a segurança no 1º grau, o Tribunal Regional, no reexame necessário, manteve a sentença pelos motivos contidos no acórdão de fls. 75/86, assim resumidos na ementa:

“Tributário. Imposto de Renda. Limitação a 30% da compensação dos prejuízos. Lei n. 8.981/1995. Inviabilidade de inclusão no conceito de fato gerador do tributo de espécie estranha e até contraditória à definição contida no art. 43 do Código Tributário Nacional. Remessa improvida.”

Amparando-se no permissivo da letra a (art. 105, III, da CF), a Recorrente alega ter o acórdão recorrido violado os arts. 42 e 58 da Lei n. 8.981/1995, e 43 do CTN, postulando o provimento do recurso.

Oferecidas contra-razões aos dois apelos, ambos foram admitidos na origem, remetendo-se o especial a esta Corte.

Dispensado o parecer do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Processual Civil e Tributário. IRPJ. Prejuízos fiscais. Limite de compensação. Lei n. 8.981/1995, arts. 42 e 58; CTN, art. 43. Matéria constitucional. Competência do STF (CF, arts. 102, III, e 105, III). Precedentes.

1. Eventual violação ao art. 43-CTN, lei complementar, por lei ordinária envolve discussão sobre o princípio da hierarquia das leis a ser dirimida no âmbito de recurso extraordinário.

2. Consoante entendimento consagrado na egrégia Segunda Turma, a matéria referente à limitação da compensação de prejuízos fiscais é de índole constitucional, escapando à esfera de apreciação do recurso especial, por determinação expressa da Carta Magna.

3. Recurso especial não conhecido.”

A Fazenda Nacional insurge-se contra acórdão do TRF-5ª Região que negou provimento à remessa oficial, mantendo a decisão de 1ª grau concessiva de segurança, assegurando à impetrante, Forma Imobiliária Ltda, a compensação integral dos prejuízos fiscais acumulados até 31.12.1995, na apuração do lucro real para o imposto de renda de 1995, sem as limitações das Leis n. 8.981/1995, 9.065/1995 e 9.249/1995, estando o acórdão assim fundamentado:

“Afasto, de logo, a apreciação de argüição de inconstitucionalidade. É que o Plenário deste Tribunal, no julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade na AMS n. 54.898-CE, decidiu que houve ofensa direta à lei complementar e não à Constituição Federal.

Ao limitar a 30% o abatimento de prejuízos fiscais acumulados até 31 de dezembro de 1994, a Lei n. 8.981/1995 considerou perdas, ou 70% delas, como lucro, o que contraria frontalmente a definição contida no art. 43 e seu inciso I, do Código Tributário Nacional, **in verbis**:

‘O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos ...’

É que, se o fato gerador do tributo é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, os prejuízos sofridos pela sociedade no curso do ano de apuração do lucro real devem ser considerados, sob pena de se converterem no seu antônimo, que é o lucro.

O legislador ordinário está limitado pela definição do fato gerador contido na lei complementar, em decorrência do comando do art. 146, III, a, da Constituição Federal.”

Escorando-se no permissivo da letra a, a Recorrente alega que o acórdão negou vigência aos arts. 42 e 58 da Lei n. 8.981/1995 por considerá-los conflitantes com o art. 43, findando por violentá-lo e procurando demonstrar a inexistência desse conflito.

O aresto impugnado não se referiu expressamente aos dispositivos legais mencionados pela Recorrente, porém, ao afirmar que a limitação de 30% para o abatimento dos lucros acumulados, determinada pela Lei n. 8.981/1995 contraria frontalmente o art. 43-CTN, estabeleceu confronto entre lei ordinária e complementar (no caso, o CTN), matéria de caráter constitucional por envolver discussão em torno do princípio da hierarquia das leis que escapa ao exame do STJ, consoante reiterada jurisprudência desta Corte de que são exemplos os REspS n. 77.980-MG (DJ de 22.4.1996); 85.828-MG (DJ de 12.8.1997), e AgRg no Ag n. 165.452-SC (DJ de 9.2.1998).

Demais disso, a questão referente à compensação de prejuízos fiscais é, também, de índole constitucional de apreciação inadmissível em sede de recurso especial:

“Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda. Prejuízos fiscais. Limite de compensação. Lei n. 8.981/1995, arts. 42 e 58. Matéria constitucional. Competência STF. Precedentes STJ. CF, arts. 102, III, e 105, III.

– Se o Tribunal enfrentou o tema da controvérsia com expressa invocação de preceitos constitucionais, não cabe a este STJ a apreciação do tema, *ex vi* do disposto no art. 102, III, da CF, que determina

ser da competência do Pretório Excelso a análise das questões que envolvam matéria de natureza constitucional, em sede de recurso extraordinário.

– Consoante entendimento consagrado nesta egrégia Segunda Turma, a matéria referente à limitação da compensação de prejuízos fiscais é de índole constitucional, escapando à esfera de apreciação do recurso especial, por determinação expressa da Carta Magna.

– Recurso não conhecido.” (REsp 176.500-PR, rel. Ministro Peçanha Martins, DJ de 25.9.2000).

“Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda. Prejuízos fiscais. Limite de compensação. Lei n. 8.981/1995, arts. 42 e 58. Matéria constitucional. Competência do STF. CF, arts. 102, III, e 105, III. Violação à lei não configurada. Prequestionamento ausente. Dissídio jurisprudencial não configurado. RISTJ, art. 255 e parágrafos. Precedentes. (...). Por determinação da Lei Maior, cabe ao Pretório Excelso a análise de preceito constitucional, em sede recurso extraordinário, enquanto ao STJ é atribuída a interpretação de Direito Federal, na solução das controvérsias de natureza infraconstitucional – (...) – Consoante entendimento consagrado nesta egrégia Segunda Turma, a matéria referente à limitação da compensação de prejuízos fiscais é de índole constitucional, escapando à esfera de apreciação do recurso especial, por determinação expressa da Carta Magna. Recurso não conhecido.”

À vista do exposto, juntando cópia do acórdão proferido no REsp n. 176.500-PR para integrar o presente voto como transcrito, não conheço do recurso.

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL N. 176.500 – PR (Registro n. 98.0040142-3)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrentes: Centro Sul Serviços Marítimos Ltda e outros
Advogados: Júlio Assis Gehlen e outro
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros

Ementa: Processual Civil e Tributário. Imposto de Renda. Prejuízos fiscais. Limite de compensação. Lei n. 8.981/1995, arts. 42 e 58. Matéria constitucional. Competência STF. Precedentes STJ. CF, arts. 102, III, e 105, III.

– Se o Tribunal enfrentou o tema da controvérsia com expressa invocação de preceitos constitucionais, não cabe a este STJ a apreciação do tema, *ex vi* do disposto no art. 102, III, da CF, que determina ser da competência do Pretório Excelso a análise das questões que envolvam matéria de natureza constitucional, em sede de recurso extraordinário.

– Consoante entendimento consagrado nesta egrégia Segunda Turma, a matéria referente à limitação da compensação de prejuízos fiscais é de índole constitucional, escapando à esfera de apreciação do recurso especial, por determinação expressa da Carta Magna.

– Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Centro Sul Serviços Marítimos Ltda e outros, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que, por unanimidade, negou provimento à apelação, interposta pelo ora recorrente nos autos da ação declaratória promovida contra a Fazenda Nacional, objetivando a compensação dos prejuízos fiscais, relativos ao exercício financeiro de 1995, acumulados da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas e do Imposto de Renda, sem a limitação de que tratam os artigos 42 e 58 da Lei n. 8.981/1995.

O v. acórdão declarou constitucional o regime de compensação dos prejuízos fiscais instituídos pelos artigos 42, parágrafo único, e 58 da Lei n. 8.981/1995, afastando as alegações de direito adquirido e de ofensa aos princípios da anterioridade, retroatividade, legalidade, tipicidade, capacidade econômica, vedação ao confisco e isonomia (arts. 145, I, e 150, I, II e IV, da CF/1988).

O ora recorrente opôs embargos de declaração, ao final rejeitados, alegando omissão quanto aos artigos 146, III, a; 148, 153, III, e 195, I, da CF/1988, bem como os artigos 43 e 110 do CTN.

Daí o apelo especial em que ora recorrente alega ter o v. aresto violado o artigo 6^o da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como divergido de julgadores de outros Tribunais do País, quando não observou os princípios do ato jurídico perfeito e do direito adquirido: infringindo os artigos 43 do CTN, 1^o e 2^o da Lei n. 7.689/1988, quando não autorizou a compensação dos prejuízos acumulados da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas e do Imposto de Renda e, ainda, malferido o artigo 110 do CTN, quando entendeu ser possível a modificação do conceito de lucro para fins de tributação.

Contra-razões às fls. 548/550.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Ambos os recursos foram admitidos no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Trata-se, originariamente, de ação declaratória, com pedido de tutela antecipatória, proposta por Centro Sul Serviços Marítimos Ltda e outros, objetivando 'recolher o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro, relativos ao exercício financeiro de 1995, deduzindo de suas bases de cálculo a integralidade dos prejuízos acumulados, sem a limitação de que tratam os artigos 42 e 58 da Lei n. 8.981/1995'.

Denegada a segurança pela Justiça Federal de 1^o grau, apelaram

os autores, subindo os autos ao TRF da 4ª Região, que decidiu a controvérsia nos termos da ementa que reproduzo a seguir (fl. 479):

‘Tributário. Imposto de Renda. Prejuízo fiscal. Compensação. Lei n. 8.981/1995, arts. 42, parágrafo único, e 58.

É constitucional o regime de compensação dos prejuízos fiscais instituído pelos arts. 42, parágrafo único, e 58 da Lei n. 8.981/1995.’

Após a oposição de embargos declaratórios, que restaram rejeitados, os autores manifestaram este especial, fundado nas alíneas a e c do autorizativo constitucional, sustentando a legalidade da compensação integral dos prejuízos e base negativa do IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro, apurados em períodos-base anteriores.

Inadmissível o recurso interposto.

O v. aresto recorrido analisou o tema da controvérsia com expressa invocação dos princípios da anterioridade (CF, art. 150, III, b), legalidade, tipicidade, capacidade econômica, vedação ao confisco e isonomia (arts. 145, I, e 150, I, II e IV), deixando de apreciar matéria de lei federal, mesmo após a oposição dos embargos declaratórios, portanto, a controvérsia escapa do âmbito de competência deste STJ, guardião do Direito Federal, por determinação expressa da CF/1988, art. 105, III.

Demais disso, esta egrégia Segunda Turma apreciou, recentemente o REsp n. 181.589-PR, por mim relatado, decidindo que ‘a matéria referente à limitação da compensação de prejuízos imposta pelos arts. 42 e 58 da Lei n. 8.981/1995 é de caráter constitucional que refoge à competência do STJ, consoante tem decidido esta egrégia Turma, haja vista o acórdão proferido no REsp n. 166.355-PE, da lavra do eminente Ministro Hélio Mosimann, com a ementa seguinte:

‘Recurso especial. Regime de compensação de prejuízos fiscais. Constitucionalidade. Não-conhecimento do recurso especial. Inviável o exame direto de matéria constitucional no âmbito do recurso especial (DJ de 16.11.1998).

Nesse sentido, os REsps n. 157.774-RS (DJ de 1.3.1999) e 155.768-CE (DJ de 1.3.1999).’

A hipótese dos autos guarda total identidade com os precedentes referidos, razão porque não conheço do recurso.”

VOTO-VISTA PRELIMINAR

A Sra. Ministra Eliana Calmon: 1. Trata-se de recurso interposto pela Fazenda Nacional, relatado pelo Ministro Peçanha Martins, em torno da Lei n. 8.981/1995, que limitou em 30% compensação dos prejuízos.

Para o Relator, a questão é de índole constitucional, sendo inadmissível o exame via recurso especial.

Invocou o Relator precedentes desta Segunda Turma, reafirmando a tese de que não era esta Corte competente para solucionar o dissídio e concluiu pelo não-conhecimento do especial.

2. Pedi vista por adotar tese contrária à do Relator, a partir da observação de que não é o tema jurídico que define ser ou não constitucional a discussão de uma querela. O encaminhamento é dado pelo acórdão impugnado, pois depende do enfoque do julgamento para se concluir ser ou não constitucional o tema.

Daí o meu pedido de vista.

O voto-condutor do acórdão impugnado, após afastar a questão da inconstitucionalidade da Lei n. 8.981/1995, examinou-a à luz do CTN, art. 43, I.

É bem verdade que, após a análise, o Relator se refere à CF/1988 para dizer:

“O legislador ordinário está limitado pela definição do fato gerador contido na lei complementar, em decorrência do comando do art. 146, III, a, da Constituição Federal.” (fl. 78).

A menção, entretanto, não me parece suficiente para afastar a apreciação infraconstitucional, da alçada desta Corte.

A posição do Ministro Peçanha Martins encontra eco em diversos precedentes de Ministros que entendem de absoluto rigor a linha competencial entre o STJ e o STF, considerando de índole constitucional a discussão que se estabelece em torno da legalidade de uma lei ordinária, frente a uma lei complementar.

Neste sentido, vem se posicionando o Ministro José Delgado, como demonstra a decisão monocrática de S. Ex.^a no REsp n. 249.082-RS:

“O princípio da hierarquia das leis está insculpido no estatuto maior do nosso ordenamento jurídico. Por tal razão, insurgir-se contra o seu conteúdo, como no presente caso, em que a Recorrente almeja a declaração de que a Lei Ordinária n. 9.430/1996 não tem força para revogação da isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/1991, é adentrar em seara constitucional, de competência do colendo Supremo Tribunal Federal.”

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Ari Pargendler que, em excelente artigo intitulado O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional, publicado na Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, n. 13, fl. 34, outubro de 1999, afirma categoricamente não ser cabível o especial se há confronto entre a lei ordinária e o CTN e traz à colação diversos julgados no sentido da posição que defende.

Contudo, embora haja uma posição conservadora do STF, na linha de defender para si uma competência abrangente, nota-se que está havendo uma mudança de posição, a fim de limitar a competência da Corte Maior quando houver ofensa direta e expressa à Carta Política.

Neste sentido decidiu o Ministro Sydney Sanches, na Primeira Turma, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 195.616-1-RS, em que foi decidido que, embora a Constituição mencione a garantia do direito adquirido, o conceito da expressão é regulado pela Lei de Introdução ao Código Civil. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegada violação operar-se-ia por via reflexa (Supremo Tribunal Federal, RDA 200/162, Ag n. 135.632, DJU de 3.4.1998).

O mesmo entendimento ficou explicitado pelo Ministro Celso de Mello, no sentido de que era a matéria infraconstitucional.

O acanhamento do STJ em lidar com as questões que se situam em “zona cinzenta” pode levar a um amesquinamento da Corte que, aos 12 (doze) anos, já precisa entrar em uma fase de definição, pois esta política não virá do STF. Terá de ser construída pelo próprio STJ.

Em recente incidente de inconstitucionalidade, julgado na Corte Especial (REsp n. 215.881-PR, relator Ministro Franciulli Netto), ponderei:

“(…) um juiz de 1^a grau está apto a, sem requerimento algum das partes, enfrentar **incidenter tantum** uma norma inconstitucional.

Como então é possível a um Ministro de Tribunal Superior deparar-se com o mais sério vício de um sistema, quedar-se inerte e dizer que está limitado a só julgar infraconstitucionalmente? Se assim for, podemos dizer que somos juízes inferiores, ou melhor, de alçada infraconstitucional exclusivamente.”

É preciso que se tenha a compreensão de que o art. 105 da CF/1988 não pode ser aplicado isoladamente e, sim, em combinação com o art. 97 da Carta Política, dispositivo que em nenhum passo excepciona a competência do STJ para apreciar, como compete a todos os Tribunais do País, a inconstitucionalidade **incidenter tantum**.

Em recente publicação no Informativo n. 93 do STF, referentemente à ADIn n. 252-PR, o relator, Ministro Moreira Alves, pontificou que não é cabível ação direta quando se tratar de matéria da competência legislativa concorrente da União e Estados, porquanto seria necessária a análise da legislação infraconstitucional, confrontando-se a lei federal e a lei estadual, implicando assim em violação indireta ou reflexa à CF/1988.

A posição majoritária consagra a tese de que só a violação direta e frontal à Carta Política é que desafia a competência do STF.

Assim sendo, peço vênias ao Relator para conhecer do recurso especial.

VOTO-MÉRITO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Vencida a preliminar do não-conhecimento, no mérito, tenho posição já examinada nesta Corte, como espelha a ementa seguinte:

“Tributário. Compensação de prejuízos. Limitação da Lei n. 8.981/1995. Embargos de declaração. Efeitos. Mandado de segurança: decadência.

1. A jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos declaratórios, quando evidenciados erro material, omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, suficientes à modificação do entendimento judicial sobre a matéria controvertida, desde que observado o princípio do contraditório.

2. Sendo preventivo o mandado de segurança, por ausência de ato fiscal, que virá diante dos efeitos concretos da legislação que limitou

os prejuízos fiscais, afasta-se a decadência, ao tempo em que se confirma a propriedade da via mandamental.

3. A limitação ditada pela Lei n. 8.981/1995, para o exercício de 1995, só seria aplicada plenamente ao final do exercício, quando da elaboração do balanço final da empresa.

4. Assim, os prejuízos ocorreram no curso do exercício, mas o encontro de contas, no qual contou-se com o limite da lei impugnada, somente ao final do exercício fez-se sentir. Afasta-se a decadência.

5. Legalidade da limitação imposta pela Lei n. 8.981/1995 que não frustrou a dedução dos prejuízos, apenas estabeleceu o escalonamento.

6. Política fiscal que, de acordo com a lei, pode promover adições, exclusões ou compensações quanto aos abatimentos, obedecidos os princípios da legalidade e da anterioridade.

7. Recurso especial improvido.” (REsp. n. 255.486-RS, julgado em 20.3.2001).

A legislação impugnada, a Medida Provisória n. 812, de 30.12.1994, que revogou o art. 12 da Lei n. 8.541/1992 e converteu-se na Lei n. 8.981/1995 é de efeito concreto, o que torna a via mandamental pertinente.

Sobre a possibilidade de superar-se a decadência, e enfrentar o Tribunal o âmago do recurso especial, inexistente óbice. Vejamos:

O Recorrente prequestionou não somente a decadência, reconhecida por via de embargos de declaração, como também a legislação de fundo, a Lei n. 8.981/1995, por infringência aos artigos 100, I, e 110 do CTN.

Por outro ângulo, não se há de alegar supressão de instância porque o Tribunal de Apelação já se pronunciou sobre a **quaestio juris**.

Como último argumento, temos que a decadência é questão meritória, como deixa claro o CPC no art. 269. E, inexistindo dois méritos, naturalmente que este Tribunal pode enfrentar perfeitamente a controvérsia.

Pela legislação do Imposto de Renda vigente até 30.12.1994 era possível às empresas contribuintes compensar integralmente os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas apuradas e registradas no Lalur, como previsto nos arts. 6^a e 64 do Decreto-Lei n. 1.598/1977, e art. 12 da Lei n. 8.541/1992.

Em 31.12.1994, pela Medida Provisória n. 812/1994, convertida na Lei n. 8.981/1995, limitou-se a autorização da dedução do prejuízo

compensável ao percentual de 30% (trinta por cento), estando assim redigido o art. 42 da referida lei:

“A partir de 1^a de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do Imposto de Renda, poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento.

Parágrafo único. A parcela dos prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, não compensada em razão do disposto no **caput** deste artigo, poderá ser utilizada nos anos-calendário subseqüentes.”

O art. 58 da mesma lei, dito violado, tem o seguinte teor:

“Para efeito da determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento.”

A questão que se põe para julgamento, na hipótese dos autos, é a seguinte: a limitação imposta pela legislação **sub examen** violou ou não o Código Tributário Nacional?

Os arts. 43 e 44 do CTN têm a redação seguinte:

“Art. 43. O imposto, da competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.”

Observe-se detalhe de importância fundamental: embora esteja limitada a dedução de prejuízo para o exercício 1995, não há empecilho de que os 70% (setenta por cento) restantes venham a ser abatidos nos anos seguintes, até o seu limite total, sendo integral a dedução.

A prática do abatimento total dos prejuízos afasta o sustentado antagonismo da lei limitadora com o CTN, porque permaneceu incólume o conceito de renda, com o reconhecimento do prejuízo, prejuízo este com dedução diferida.

O diferimento da dedução, segundo minha ótica, não descaracterizou o crédito, apenas foi manipulado pelo Fisco dentro do seu governo, quanto às regras do orçamento, questão eminentemente política.

Não se trata, também, de empréstimo compulsório a limitação, que seria aquela que obstaría a devolução de um valor tomado do contribuinte injustamente, como ocorreu em relação à correção monetária das demonstrações financeiras, quando a Lei n. 8.200/1991, em reconhecendo a ilegalidade da correção estipulada no balanço de 1989, permitiu a devolução escalonada.

Na hipótese dos autos, diferentemente, não tomou o Fisco valor do contribuinte.

O contribuinte é que teve frustrada uma expectativa de ganho com o desenvolvimento de sua atividade empresarial, e suportou prejuízos, tendo direito de abater as perdas nos anos posteriores, dentro de um limite que não seja devastador para o Fisco, que já contava com exações vindas da atividade empresarial.

A questão vem sendo fustigada em nível constitucional, afirmando-se que a Lei n. 8.981/1995, ao limitar em 30% (trinta por cento) a dedução dos prejuízos, acabou por violar os princípios do direito adquirido e da anterioridade.

Tais aspectos fogem à alçada desta apreciação, mas em razão da Lei de Introdução ao Código Civil, posiciono-me da seguinte forma:

As adições, exclusões ou compensações prescritas e autorizadas pela legislação tributária, assim como ocorre com os abatimentos, são concedidas pela legislação, ao sabor da política fiscal para cada ano, de tal forma que, em relação ao ano seguinte, tem-se apenas uma expectativa, e não um direito propriamente dito.

Para esclarecer a situação, imagine-se a hipótese de uma pessoa física, contribuinte do Imposto de Renda, no ano-base de 1994, sabedora de que poderá deduzir certa importância como despesas com dependente, adota três crianças, no ano de 1994. Ocorre que, para o ano de 1995, o legislador altera as disposições quanto ao Imposto de Renda, não mais permitindo a dedução. Pergunta-se: o contribuinte tinha direito adquirido? Entendo

que não, se considerado o que seja direito como definido no art. 6º, § 2º, da LICC:

“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

É verdade que, em 30 ou 31 de dezembro de 1994, já estava constituído o prejuízo e, com ele, o direito de compensação, se não fosse alterada a legislação para vigor no ano-base seguinte, o que bem poderia ocorrer, porque o exercício do direito à dedução dos prejuízos tinha termo pré-fixado, ou seja, a partir da apuração dos lucros do ano-base de 1995.

Uma outra argumentação, comum nas ações onde é defendida a tese do direito à dedução integral dos prejuízos, é a de que foi vulnerado o art. 110 do CTN, eis que não poderia a Lei n. 8.981/1995 subverter o conceito de renda.

Confirmando este entendimento, dou provimento ao recurso da Fazenda para, reformando o acórdão, denegar a segurança.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 245.253 – SC

(Registro n. 2000.0003506-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: João Ernesto Aragonés Vianna e outros
Recorrido: Chapecó Companhia Industrial de Alimentos
Advogados: Izaías Aurélio Mezdri e outros

EMENTA: Tributário – Funrural – Base de cálculo – Valor comercial – Frete do transporte – Inclusão – Precedentes.

1. O valor comercial é o resultado da soma dos custos do produto, nela incluído o valor do transporte, que deve integrar a base de cálculo do Funrural.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 19 de março de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial fundado nos permissivos **a** e **c**, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão do TRF da 4ª Região, assim resumido na ementa:

“Tributário. Embargos à execução. Funrural. Valor comercial. Frete. Contribuição previdenciária. TRD. Honorários. 1. Os valores pagos a título de frete não se incluem no valor comercial dos produtos rurais adquiridos pelas empresas. 2. A TRD, descaracterizada como índice de correção monetária dos tributos e contribuições federais, subsiste apenas como encargo equivalente aos juros moratórios, e em relação a débitos vencidos. 3. O diferimento previsto no RICMS/SC afeta o pagamento e não a incidência do tributo estadual. Diferido apenas aquele, houve obrigação, crédito e débito, transferindo-se apenas a fase da respectiva extinção, aplicando-se, pois, a Súmula n. 175 do ex-TFR. 4. A contribuição para o Prorural, suprimida pelo art. 3ª, § 1ª, da Lei n. 7.787/1989, não é devida pelos produtores rurais sobre o valor comercial dos respectivos produtos, que foi recepcionada pela CF/1988 e mantida até a vigência da Lei n. 8.212/1991. 5. Precedentes deste Tribunal. 6. Em grau de recurso, o Tribunal exerce poder de revisão, sendo-lhe defeso julgar diretamente matérias não questionadas perante o Juízo **a quo**, que deveriam ser impugnadas mediante

embargos de declaração. 7. Havendo sucumbência recíproca, cada parte deve suportar a verba honorária na proporção da sua derrota e recebê-la na medida da sua vitória, procedendo-se à compensação. 8. Apelações e remessa oficial parcialmente providas.” (fl. 98).

Alega o Recorrente negativa de vigência ao art. 76 do Decreto n. 83.081/1979, que aprovou o Regulamento de Custeio da Previdência Social, com as alterações introduzidas pelo Decreto n. 90.817/1985, e ao art. 15, a, da Lei Complementar n. 11, bem como divergência com as decisões indicadas como paradigmas, insurgindo-se contra a parte do acórdão que declarou não se incluírem, no valor comercial dos produtos rurais adquiridos pelas empresas, os valores pagos a título de frete.

Sem o oferecimento de contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, dispensando-se o parecer do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Tributário. Funrural. Base de cálculo. Valor comercial. Frete do transporte. Inclusão. Precedente. 1. O valor comercial é o resultado da soma dos custos do produto, nela incluído o valor do transporte, que deve integrar a base de cálculo do Funrural. 2. Recurso especial conhecido e provido.”

Mediante o presente apelo especial, o INSS impugna acórdão do TRF-4ª Região que, com base em precedente daquela Corte, considerou não se incluírem na base de cálculo do Funrural os pagamentos efetuados a título de frete porque este não se insere no valor comercial dos produtos, transcrevendo ementa de acórdão proferido na AC n. 93.04.39723-5-SC, do seguinte teor:

“Embargos à execução. Funrural. Valor comercial. Os valores pagos a título de frete não se incluem no valor comercial dos produtos rurais adquiridos pelas empresas, não formando base de cálculo para pagamento do Funrural (art. 15, inc. I, Lei Complementar n. 11/1971, com a redação dada pela Lei Complementar n. 16/1973).”

Afirma o Recorrente que, além de violentar dispositivo do Regulamento de Custeio da Previdência Social (Decreto n. 83.081/1979, com as alterações do Decreto n. 90.817/1985) e o art. 15 da Lei Complementar n. 11/1971, o aresto atacado entrou em testilha com decisão deste STJ proferida no REsp n. 15.501-0-AL.

Conheço do recurso pelo permissivo da letra c, por considerar demonstrado o alegado dissenso pretoriano.

De fato, consta da ementa do paradigma o item II, consoante o qual, “Entende-se como valor comercial o resultado final da soma dos custos do produtor, nele incluído, pois, o valor do transporte”. Na motivação do acórdão, o eminente Ministro Cesar Rocha encampou os fundamentos contidos na decisão de 1º grau, asseverando:

“Ademais, conforme consignado na r. sentença, ‘não se pode destacar o fator transporte na formação do *valor comercial* dos produtos. Valor comercial é o praticado na região para determinado gênero, e a ele adere como elemento integrante indissociável, o custo do transporte. É injurídico, do ponto de vista legal, errado, do ponto de vista econômico, e impossível, do ponto de vista prático, separar, no valor de qualquer produto final, o que representaria o seu valor intrínseco e valores justapostos, tais como transporte, custos sociais e tributários, custos de elementos parciais (v.g. botões de uma camisa), etc. Valor comercial é o resultado final da soma dos custos como o lucro experimentado pelo alienante.”

Não há como negar-se a procedência desses argumentos a respeito da composição do “valor comercial” no qual se integra, indubitavelmente, o frete ou “fator transporte”. Por esta razão e considerando configurada a divergência jurisprudencial, acatando a tese esposada no paradigma, conheço e dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 284.027 – SP

(Registro n. 2000.0108313-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Paulo de Tarso Neri e outros

Recorrida: Vila Romana Veículos Ltda

Advogada: Luciana Martins de Oliveira

EMENTA: Processo Civil – Recurso especial.

1. Acórdão com fundamentação na Constituição e na legislação local.
2. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.
3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 11.3.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP, que assegurou à empresa Vila Romana Veículos Ltda, revendedora e substituída, o aproveitamento dos créditos no regime de substituição tributária, relativos ao recolhimento a maior do ICMS pelo substituto, conforme o disposto no art. 100, § 7º, da CF/1988, e legislação estadual, tendo sido excluídos os créditos atingidos pela decadência.

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega que foram violados os arts. 1º e 18 da Lei n. 1.533/1951; 267, IV, do CPC; 10 e parágrafos; 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/1996, além de dissídio jurisprudencial com precedentes desta Corte (REsp n. 208.983-SP e RMS n. 9.387-MT).

De referência aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951; 267, IV e VI, do CPC,

aduz ser inadequada a via eleita, faltar interesse de agir à Impetrante, bem como possuir o pedido caráter normativo.

Relativamente ao art. 18 da Lei n. 1.533/1951, pugna pela caducidade do mandado de segurança.

Quanto ao art. 10 e parágrafos, da Lei Complementar n. 87/1996, sustenta que o referido dispositivo legal não autoriza a devolução ao substituído dos valores supostamente recolhidos a maior pelo substituto, em virtude de ter eventualmente praticado preços inferiores à base de cálculo previamente estabelecida, mas a restituição do que foi pago antecipadamente quando não ocorre o fato gerador.

Ao final, defende a impossibilidade de se corrigir monetariamente os aludidos créditos de ICMS.

Invoca o Recorrente as Súmulas n. 269 e 271-STF, para afastar os efeitos patrimoniais pretéritos do mandado de segurança e colaciona precedentes desta Corte, que reconhecem a impropriedade do mandado de segurança.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Verifica-se que não houve prequestionamento dos arts. 1^a e 18 da Lei n. 1.533/1951; 267, IV e VI, do CPC, incidindo o óbice da Súmula n. 282-STF.

A Lei Complementar n. 87/1996, embora mencionada no acórdão recorrido, serviu apenas para reforçar a fundamentação do Relator, baseada na Constituição Federal e na legislação local, uma vez que editada após a sentença.

Confira-se o voto-condutor:

“Bem ao propósito, aliás, a Lei Complementar n. 87, de 1996, que entrou em vigência em data posterior à da sentença sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações ...” (fl. 565).

Pela alínea c, não restou caracterizado o dissídio jurisprudencial, eis que as teses dos acórdãos paradigmas de não-cabimento do mandado de segurança não foram prequestionadas na instância ordinária.

Com estas considerações, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 397.844 – SP

(Registro n. 2001.0184251-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Relator p/ acórdão: Ministro Paulo Medina
Recorrente: Desenvolvimento Rodoviário S/A – Dersa
Advogados: Paulo Roberto Mancusi e outros
Recorrida: Construtora Cowan Ltda
Advogados: Waldemar Deccache e outro

EMENTA: Administrativo e Civil – Ilícito contratual – Inadimplemento das obrigações pactuadas – Violação aos arts. 459 e 460 do CPC – Matéria não prequestionada – Aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF, na espécie – Correção monetária – Questão solucionada à luz de interpretação de cláusula de contrato – Recurso especial – Inadmissibilidade – Observância da Súmula n. 5-STJ – Juros moratórios – Art. 1.538, § 2º, do Código Civil – Hipótese, em particular, que não se refere à obrigação ilíquida – Quando líquida a obrigação, observável o art. 960 do Código Civil – Princípio do **dies interpellat pro homine** – Juros devidos a partir do vencimento de cada uma das faturas não pagas.

Quanto à matéria concernente ao art. 459, parágrafo único, c.c. o art. 460 do Código de Ritos, carecedor o recurso especial de que se cuida do pressuposto específico do prequestionamento. (Súmulas n. 282 e 356-STF).

Inadmissível o recurso especial, no que concerne à matéria relacionada à correção monetária. As alegativas da recorrente, neste particular, cingem-se à aplicabilidade da Lei n. 8.880/1994, na hipótese, que teria suspenso “a eficácia das cláusulas de reajuste pelo prazo de 1 (um) ano” (fl. 988). Entrementes, tal arguição foi afastada pelo v. aresto de origem, sob o alicerce da interpretação contratual. (Súmula n. 5-STJ).

Ademais, a jurisprudência desta colenda Corte é assente no entendimento de que não decorre da observância da correção monetária o acréscimo da dívida, porquanto serve aquela tão-somente ao manter do valor de compra da moeda, corroído pelos efeitos da inflação, motivo porque obstaculizaria o recurso especial, neste ponto, **mutatis mutandis**, a Súmula n. 83 deste egrégio Sodalício.

Toda obrigação tem um objeto, o qual se consubstancia naquilo em que o devedor se comprometeu a realizar e, de outra parte, no que é direito do credor exigir, resultando, este binômio, de forma mais precisa, na prestação que é devida, em decorrência do contratualmente estipulado.

Consoante magistério do notável civilista **Washington de Barros Monteiro**, “três predicados há de reunir o objeto da obrigação: possível, lícito e suscetível de estimação econômica”.

Nas situações em que determinado o objeto da obrigação, temos, em decorrência, uma obrigação líquida. De outro modo, quando determinável o objeto, como ocorrente nos contratos aleatórios, ilíquida a obrigação, visto que dependem de prévio apurar, porque imprecisa a própria prestação ou objeto obrigacional.

A obrigação **sub examine** tem liquidez, haja vista ser determinado o seu objeto, e é positiva, porquanto revela-se em obrigação de fazer. Outrossim, está vencida, não tendo o devedor promovido a execução do pactuado, de forma culposa, e no tempo estipulado contratualmente, conforme se depreende da leitura dos autos e asseverado pelo Pretório Estadual.

Destarte, outro concluir não nos é possível, senão o de que em mora a recorrente, sendo aplicável, na espécie, o estabelecido no art. 960 do Código Civil, **in verbis**: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”.

Não verificado o pagamento, por parte do devedor, neste momento, conforme disposto no art. 960 do Código Substantivo, ocorre a mora, de pleno direito e, advindo tal conceito da própria lei, esta mora é denominada **ex re**, com aplicação da regra **dies interpellat pro homine** (o termo interpela em lugar do credor).

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina, por maioria, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Paulo Medina, que lavrará o acórdão. Vencida a Sra.

Ministra-Relatora. Votaram com o Sr. Ministro Paulo Medina os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 7 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pela sociedade de economia mista Desenvolvimento Rodoviário S/A – Dersa, com arrimo no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo, assim ementado:

“1. A correção monetária não comporta suspensão, pelo prazo de um ano. 2. Em se tratando de descumprimento de obrigação, a mora do devedor não depende, para ver-se constituída, de provocação do credor, ocorrendo como fato do não-pagamento do débito. 3. Recolhimento de importância, a título de ISS, não comporta restituição, se tal assim dispôs o contrato. 4. Sociedade de economia mista, condenada ao pagamento de determinada importância, sujeita-se ao arbitramento dos honorários de advogado, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, da condenação, segundo disposto no § 3º do art. 20 do CPC. 5. Tendo a autora decaído, em parte, do pedido, as verbas da sucumbência devem ser carregadas à ré (CPC, parágrafo único, art. 21). 6. Inexistente litisconsórcio necessário, rejeita-se preliminar, que o arguiu. 7. Vencida toda a dívida, descabe falar-se em ordem cronológica dos pagamentos. 8. Inadmissível pleito a que se exclua a verba advocatícia, na fase cognitiva, posto que contrário à lei.”

Sustenta a Recorrente, em síntese, que os juros de mora, por se tratar de ilícito contratual, são devidos a partir da citação; que o acórdão julgou **extra petita** no que tange ao valor da condenação, ofendendo ao disposto nos arts. 459 e 460, ambos do Código de Processo Civil; e, que em relação à correção monetária deve ser reconhecida a suspensão de sua aplicação no período compreendido entre 1.4.1994 e 1.4.1995, em observância ao enunciado na Lei n. 8.880/1994 e ao estabelecido na cláusula contratual de n. 3.2, que regula os reajustamentos.

Contra-razões oportunamente oferecidas às fls. 1.030/1.048.

Por fim, ressalte-se que o presente recurso especial não foi admitido na instância de origem pelo despacho do Desembargador Vice-Presidente (fls. 1.056/1.063), subindo, todavia, a este STJ, por força de provimento de minha lavra dado ao Ag n. 363.555-SP (fl. 288 do volume em apenso).

É o breve relatório.

VOTO-VENCIDO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Observa-se, inicialmente, que o tema referente à alegação de violação literal aos artigos 459 e 460 do Código de Processo Civil, não foi debatido no acórdão recorrido, tampouco foi objeto de debate nos embargos declaratórios julgados às fls. 943/945, carecendo, portanto, do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual deixo de apreciá-lo. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Quanto às demais súplicas, verificando estarem atendidos os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame do recurso especial, aplicando o entendimento desta Corte.

Com efeito, a rigor da Súmula n. 7 desta colenda Corte Superior de Justiça, a matéria fática decidida pelo Tribunal de origem restou inatacada, cabendo neste grau de cognição tão-somente o exame dos dispositivos de lei federal tidos como violados.

Após a análise da relação jurídica-obrigacional que vinculava as partes, a Corte **a quo** decidiu ser justa e devida a indenização cabível à Recorrida, eis que decorrente de ilícito contratual.

Definida a natureza da responsabilidade civil, originária do inadimplemento das obrigações pecuniárias pela Recorrente, no desenvolvimento do contrato administrativo de prestação de serviço público, entendo ser cabível a incidência de juros de mora e correção monetária sobre os valores ajustados para a execução da obra.

A propósito, este é o entendimento desta egrégia Segunda Turma, a seguir transcrito:

“Ementa: Administrativo. Contrato de obras públicas. Atraso no pagamento. Correção monetária e juros de mora. Legitimidade da cobrança. Jurisprudência iterativa do STJ. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

1. O atraso no pagamento do preço avençado nos contratos de obras públicas constitui ilícito contratual, sendo devidos a correção monetária e juros moratórios.

2. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica da Corte, atraindo a aplicação de entendimento sumulado.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 175.488-PE, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 26.6.2000, p. 141).

A primeira questão apresentada nas razões deste recurso é o cômputo dos juros moratórios.

Segundo a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, a matéria se apresenta estreme de dúvidas. Os juros de mora são devidos, no caso de ilícito contratual, hipótese **sub examine**, a partir da citação, como coerentemente dispôs a sentença reformada. Confirma-se, nesse sentido, os seguintes arestos ilustrativos, dentre vários, **in verbis**:

“Ementa: Processo Civil. Embargos de declaração. Omissão caracterizada. Responsabilidade civil. Seguro. Inadimplemento contratual. Juros de mora. Termo **a quo** de fluência. Data da citação. Precedentes. Embargos acolhidos.

– *Tratando-se de ilícito contratual, os juros moratórios fluem a partir da citação.*” (EDREsp n. 226.222-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 8.5.2000, p. 99).

“Ementa: Juros moratórios. Ilícito contratual. Termo **a quo**. *Cuidando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora fluem da citação.* Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 26.936-DF, rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 31.5.1993, p. 10.671).

Concluindo, quanto à correção monetária, tenho que ela é devida a partir do descumprimento obrigacional, quando evidenciado o prejuízo, a fim de se evitar o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A propósito:

“Ementa: Administrativo. Contrato administrativo. Quitação. Cobrança de correção monetária por atraso no pagamento das parcelas.

O pagamento de parcelas feito pela Administração Pública, com atraso de dívida de valor, constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária a partir dos dias em que os pagamentos deveriam ter sido efetuados.

Efetuada o pagamento do débito sem a inclusão de correção monetária e concedida a quitação, fica resguardado o direito do credor de pleitear, posteriormente, a atualização monetária dos valores.

Recurso provido.” (REsp n. 329.976-SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 29.10.2001, p. 187).

“Ementa: Processo Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento. Rito ordinário. Contrato de prestação de serviços. Honorários de engenheiro. Prescrição. CC, art. 178, § 7º, IV. Inaplicabilidade. Correção monetária. Parcela contratual. Ausência de pagamento. Ato ilícito relativo. Termo inicial. Súmula n. 43-STJ.

I – Não se aplica a regra de prescrição de honorários de engenheiro prevista no artigo 178, § 7º, IV, do CC, se o contrato teve por objeto a prestação de serviços gerais, para o qual não se exige a habilitação profissional específica.

II – A correção monetária, no ilícito contratual, incide a partir da data do efetivo prejuízo (vencimento da dívida) e não do ajuizamento da ação. Súmula n. 43-STJ.

III – Recurso especial a que não se conhece.” (REsp n. 284.547-RJ, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, DJ de 26.3.2001, p. 425).

Convém ainda ressaltar que a jurisprudência citada está em perfeita harmonia com a Súmula n. 43 deste colendo Tribunal Superior, que assim enuncia:

“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.”

Todavia, o reconhecimento da suspensão da aplicação da correção monetária no período compreendido entre 1.4.1994 e 1.4.1995, em observância ao enunciado na Lei n. 8.880/1994, encontra óbice neste grau de jurisdição especial. O avençado na cláusula contratual de n. 3.2, que regula os reajustamentos dos valores da obra, exsurge como questão de reapreciação de matéria fática e de prova, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 5, deste Tribunal, **ad litteris**:

“A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

Corroborar-se a este raciocínio o posicionamento cediço deste STJ, abaixo colacionado:

“Ementa: Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Desapropriação indireta. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Reexame da prova e interpretação de cláusula contratual (Súmulas n. 5 e 7 do STJ). Fundamentação incompleta (Súmula n. 283-STF).

1. Inviável o recurso especial pelo fundamento da letra **a**, quando ausente o prequestionamento explícito do preceito contido no dispositivo de lei federal dito violado.

2. A teor de entendimentos sumulados desta Corte (Enunciados n. 5 e 7), é inadmissível interpretação de cláusula contratual e reexame da prova em sede de recurso especial.

3. A não-impugnação de todos os fundamentos do acórdão atrai a incidência da Súmula n. 283-STF.

4. Recurso especial do qual não se conhece.” (REsp n. 279.147-SP, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 12.11.2001, p. 139).

Ante o todo exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento, para determinar que os juros de mora incidam a partir da citação, mantido, no mais, o acórdão recorrido.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se, originariamente, de ação de cobrança ajuizada por Construtora Cowan Ltda, em face de Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S/A, visando a condenar a Ré ao pagamento do **quantum** correspondente a faturas relacionadas a serviços de medição prestados pela Autora, bem como ao reembolso de valores concernentes ao ISS por ela recolhidos, tudo acrescido de correção monetária e juros de 0,5% ao mês, contados a partir do vencimento de cada fatura, até a efetiva liquidação.

A r. sentença, prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública, da Comarca de São Paulo, julgou procedente, em parte, a

ação, condenando a Ré ao pagamento à Autora do montante relativo às medições por esta efetuadas, consoante solicitado na petição inicial, “com incidência de juros moratórios contados da citação e correção monetária da data do vencimento de cada fatura, respeitando-se a suspensão pactuada do período de 1.4.1994 a 1.4.1995 (...)”. Afastou, todavia, a obrigatoriedade do ressarcimento do **quantum** pago pela Autora, a título de ISS, haja vista não terem sido as tratativas, de alegada existência, objeto de um termo aditivo ao contrato.

Construtora Cowan Ltda e Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S/A interpuseram apelação. A primeira, objetivando: a uma, a incidência da correção monetária, mesmo quanto ao período em que contratualmente prevista a sua suspensão, haja vista tal hipótese somente ser aplicável nas situações de adimplemento contratual, o que não ocorreu, **in casu**; a duas, o cômputo dos juros moratórios, não tendo como **dies a quo** a citação, mas a partir do vencimento de cada fatura.

A segunda, por sua vez, argüiu a existência de litisconsórcio necessário com a Fazenda do Estado de São Paulo e pugnou pelo aplicar, no tocante à sua condenação, do art. 5º da Lei n. 8.666/1993, com as alterações implementadas pela Lei n. 8.880/1994, aduzindo ser sua obrigação a observância da ordem cronológica no efetuar dos pagamentos devidos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao examinar a controvérsia, proferiu v. acórdão, cuja ementa a seguir transcrevo, **in verbis**, porquanto suficiente ao ilustrar da solução que ofereceu à **quaestio iuris**:

“1. A correção monetária não comporta suspensão, pelo prazo de um ano. 2. Em se tratando de descumprimento de obrigação, a mora do devedor não depende, para ver-se constituída, de provocação do credor, ocorrendo como fato do não-pagamento do débito. 3. Recolhimento de importância, a título de ISS, não comporta restituição, se tal assim dispôs o contrato. 4. Sociedade de economia mista, condenada ao pagamento de determinada importância, sujeita-se ao arbitramento de honorários de advogado, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, da condenação, sendo disposto no § 3º do art. 20 do CPC. 5. Tendo a Autora decaído, em parte, do pedido, as verbas da sucumbência devem ser carregadas à Ré (CPC, parágrafo único, art. 21). 6. Inexistente litisconsórcio necessário, rejeita-se preliminar, que o argüiu. 7. Vencida toda a dívida, descabe falar-se em ordem cronológica dos pagamentos. 8. Inadmissível pleito a que se exclua a verba advocatícia, na fase cognitiva, posto que contrário à lei.”

Em sede de embargos de declaração, opostos por Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S/A, em que se sustentou a incidência dos ditames da Lei n. 8.880/1994, na espécie, revelou o Tribunal ordinário o seguinte pensar: “o entendimento do julgador, distinto do da parte, não constitui nenhum vício, que autorize o fluente recurso”.

Daí, a manifestação do recurso especial em apreço, com fundamento exclusivo na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando a empresa Dersa, ter o v. aresto **a quo** malferido: (a) no tocante à incidência da correção monetária, as Leis n. 8.880/1994 e 9.069/1995 e, ainda, a Medida Provisória n. 1.138/1995; (b) quanto à aplicação dos juros de mora, o art. 1.536, § 2º, do Código Civil; (c) o art. 459 c.c. o art. 460 do estatuto adjetivo civil, argumentando ter o MM. juiz de 1º grau proferido sentença ilíquida, ao passo que a petição inicial consigna pedido líquido.

Os autos foram distribuídos à eminente Ministra Laurita Vaz, que esposou esta compreensão acerca do julgamento do apelo extremo:

“Processual Civil e Administrativo. Contrato de prestação de obras públicas. Ação de cobrança. Inadimplemento no pagamento das obrigações avençadas. Ilícito contratual. Responsabilidade civil. Indenização. Alegação de julgamento **extra petita** em relação ao valor da condenação. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Correção monetária e juros de mora. Jurisprudência pacífica do STJ.

I – A alegação de violação literal aos artigos 459 e 460 do Código de Processo Civil, não foi debatida no acórdão recorrido, e tampouco foi objeto de debate nos embargos declaratórios julgados no caso em exame, carecendo, portanto, do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

II – Em se tratando de ilícito contratual, os juros moratórios fluem a partir da citação.

III – A correção monetária, no ilícito contratual, incide a partir da data do efetivo prejuízo. Aplicação da Súmula n. 43 do STJ. A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial, consoante o Enunciado n. 5 do STJ.

IV – Recuso conhecido, em parte, e nesse particular, parcialmente provido, para determinar que os juros de mora incidam a contar da citação, mantido, no mais, o acórdão recorrido.”

Assim, a ilustre Ministra-Relatora deu provimento ao recurso especial, no tocante aos juros moratórios, afastando a sua incidência desde o momento em que ocorreu o ilícito contratual, determinando o seu contar, a partir da citação, restabelecida a sentença neste ponto.

Deixou, todavia, de apreciar as questões referentes aos arts. 459 e 460 do Código de Processo Civil, porque não prequestionadas e aplicou, no tocante à correção monetária, a Súmula n. 43 desta colenda Corte, segundo a qual: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Descritos os fatos que se sucederam, desde a exordial até o presente, estando declarada a controvérsia, de forma a permitir os meus pares o seu delimitar, passo a externar o meu voto.

Prefacialmente, quanto à matéria concernente ao art. 459, parágrafo único, c.c. o art. 460 do Código de Ritos, carecedor o recurso especial de que se cuida do pressuposto específico do prequestionamento, conforme ressaltou a eminente Ministra Laurita Vaz. (Súmulas n. 282 e 356-STF).

Não se trata, sequer, de suposta violação surgida no próprio acórdão recorrido, fato este que, embora não fosse suficiente à satisfação do requisito primeiro de admissibilidade do apelo extremo, enseja grande irresignação por parte dos nobres advogados, os quais estão sempre a insistir na tese de que dispensável, tal pressuposto, nestas hipóteses.

Em verdade, busca a Recorrente acoimar, nesta Instância extraordinária, o **decisum** de 1ª grau de jurisdição, relativamente a tema que não foi objeto de recurso, no momento processual oportuno, incidindo, pois, na espécie, a preclusão temporal.

Outrossim, inadmissível o recurso especial, no que concerne à matéria relacionada à correção monetária. As alegativas da Recorrente, neste particular, cingem-se à aplicabilidade da Lei n. 8.880/1994, na hipótese, que teria suspenso “a eficácia das cláusulas de reajuste pelo prazo de 1 (um) ano” (fl. 988).

Entrementes, tal argüição foi afastada pelo v. aresto de origem, sob o alicerce da interpretação contratual, conforme se depreende do seguinte trecho:

“Ora, as normas que instituíram pré-dita suspensão foram revogadas pelo art. 57 da Medida Provisória n. 542, de 30.6.1994, convertida em lei, o que ocorreu pela de n. 9.069, de 29.6.1995. Portanto, nos exatos termos de pré-dita cláusula 3.2, claro resulta que,

revogada a disposição, que instituiu a suspensão referida, a correção monetária incidirá, na integralidade (...).” (fl. 927).

Destarte, a obstaculizar o exame da pretensão recursal, no que tange ao assunto explicitado, o enunciado n. 5 da Súmula desta colenda Corte.

De qualquer forma, ainda que superável a existência do empecilho acima anunciado, *não entendo ser aplicável, in casu, a Súmula n. 43 deste Tribunal Superior, haja vista não estarmos diante da ocorrência de ato ilícito, mas de ilícito contratual, afirmando o referido verbete que o termo a quo de incidência da correção monetária sobre dívida por ato ilícito é data do efetivo prejuízo.*

Nada obstante não incidentes, na hipótese, os ditames da Súmula n. 43-STJ, conforme revelei, a jurisprudência desta colenda Corte é assente no entendimento de que não decorre da observância da correção monetária o acréscimo da dívida, porquanto serve aquela tão-somente ao manter do valor de compra da moeda, corroído pelos efeitos da inflação, motivo porque obstaculizaria o recurso especial, neste ponto, **mutatis mutandis**, a Súmula n. 83 deste egrégio Sodalício.

Por fim, o recurso especial vertente, no que se refere aos juros moratórios, está prequestionado, haja vista ter a questão jurídica correspondente ao § 2º do art. 1.536 do Código Civil, sido debatida pela Corte Estadual. Senão, vejamos, **verbatim**:

“Certo é, quanto aos juros moratórios, que a Autora os pediu, de começo, a partir do vencimento de cada fatura (fl. 10, **b**), mas a r. sentença os deferiu, contados da citação (fl. 798, **in fine**). Agora, em seu reclamo, pretende que, reformado o r. decisório, nesse particular, seja acolhida a sua pretensão inaugural (fl. 821, **b**). Tem-se que a cláusula 4.8 do contrato celebrado, entre as partes, dispôs que: ‘Obedecido o disposto do Decreto n. 31.142/1990, de 10 de janeiro de 1990 os pagamentos referentes às medições e reajustamentos, quando devidos, serão efetuados no 8º (oitavo) dia subsequente ao término do período abrangido pelas respectivas medições, através de crédito em conta-corrente da *Empreiteira*, junto ao Banco do Estado de São Paulo S/A, em cumprimento ao que determina o Decreto n. 27.449/1987, de 13 de outubro de 1987’ (fl. 30). Que a Dersa não cumpriu com essa pactuação, é fato incontroverso, caracterizado, pois, o ilícito contratual. Trata-se, portanto, de dívida positiva e líquida. (...) Também é lição da ilustre civilista, **Maria Helena Diniz**: ‘A mora do devedor

manifesta-se sob dois aspectos: 1^a) *mora ex re*, se decorrer de lei, resultando do próprio fato do descumprimento da obrigação, independentemente, portanto, de provocação do credor. A mora do devedor ocorrerá **pleno iure**, não sendo necessário qualquer outro ato ou iniciativa do credor se houver vencimento determinado para o adimplemento da obrigação. Aplicar-se-á, portanto, a regra **dies interpellat pro homine** ... ou seja, o termo interpela o lugar do credor, pois a *lex* ou o **dies** assumirão o papel de intimação. É o que se dá, p.ex.: a) nas obrigações positivas e líquidas, não cumpridas no seu termo. Vencidos os débitos contraídos com prazo certo, surgirá de pleno direito o dever de pagar que, se não for cumprido, terá por efeito a imediata constituição do devedor em mora (CC, art. 960, 1^a alínea)'. (fls. 928/929).”

O art. 1.536, § 2^a, do Código Civil tem o seguinte teor: “Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio termo do preço, ou da taxa, entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros de mora. (...) § 2^a. Contam-se os juros de mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial”.

É de se notar, assim, ter havido o prequestionamento, ainda que implícito, do dispositivo legal retromencionado. Nada obstante, **primo ictu oculi**, cognoscível o recurso especial, acerca do tema juros de mora, partiu a Recorrente do pressuposto de que ilíquida a obrigação contratual a que se deve submeter. Entretanto, o Tribunal ordinário demonstrou a sua liquidez, com esteio no entendimento doutrinário sobre o tema.

Deveria, então, a Recorrente ter acimado tal fundamento e não, meramente, pugnado pela utilização, na espécie, da regra referente ao § 2^a do art. 1.536 do **Codex** substantivo, não tendo este o condão, de **per si**, de reformar o julgado **a quo**, sendo impossível o concluir pela existência de afronta aos seus ditames. É que houve o seu afastar intrínseco, com a declaração feita pelo Pretório Estadual, de que líquida a obrigação.

Neste íterim, resalto que não se trata de negativa de vigência à norma infraconstitucional. Tal hipótese seria vislumbrável somente se, apesar de entender pela iliquidez da obrigação contratual, tivesse o v. aresto hostilizado afastado o seu aplicar.

Se há a indicação de norma infraconstitucional, que se diz incidente, na espécie, sem, contudo, se demonstrar, de forma clara e precisa, o porquê

da violação sustentada, restringindo-se o Recorrente a pugnar pela sua observância, inadmissível o recurso especial.

Deste modo, em virtude da inexistência de causa final entre o dispositivo de lei indicado nas razões recursais, relativamente aos juros de mora, e o v. aresto recorrido, incidente, na espécie, a Súmula n. 284-STF, levando-se em conta o caráter inequívoco de tipicidade inerente aos recursos extraordinários.

Demais disso, a mera assertiva, feita pela eminente Ministra Laurita Vaz, de que em se cuidando de descumprimento contratual, os juros de mora devem ter como **dies a quo** a citação – não se constitui em verdade jurídica de forma plena, porque mister se faz, previamente ao referido concluir, o caracterizar da obrigação contratual, se líquida ou ilíquida e, num segundo tempo, o tipificar da mora **solvendi**, se **ex re** ou **ex personae**. Para cada uma das hipóteses, distinta a regra do Direito Civil refletida.

O primeiro precedente citado pela ilustre Relatora, trata de recurso especial, relativo a contrato de seguro, aleatório, por excelência. Quando do seu apreciar, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo mencionou a jurisprudência deste egrégio Tribunal sobre o tema, explicitando decorrer das disposições contidas no art. 1.538, § 2º, do Código Civil, a assertiva de que “tratando-se de ilícito contratual, os juros moratórios fluem a partir da citação”. Na oportunidade, destacou o ilustre Ministro versar a hipótese então **sub examine** sobre obrigação contratual ilíquida.

O segundo, por sua vez, relatado pelo nobre Ministro Barros Monteiro, também entendeu se adequar, à espécie, o art. 1.538, § 2º, do Código Civil, ante a existência de obrigação ilíquida, relacionando precedentes, todos vinculados a obrigações ilíquidas.

Logo, o que se pode afirmar, na esteira do pensamento acima relevado é que assente a jurisprudência desta colenda Corte, no tocante à incidência de juros de mora, a contar da citação, nas hipóteses em que ilíquidas as obrigações contratuais, **ex vi** do art. 1.538, § 2º, do **Codex** substantivo, redigido, nestes termos, consoante transcrevi em anterior oportunidade: “Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio termo do preço, ou da taxa, entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhes os juros de mora. (...) § 2º. Contam-se os juros de mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial”.

Assim, somente empregado o entendimento jurisprudencial exposto no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 226.222-RJ

e no Recurso Especial n. 26.936-DF, na solução da **quaestio iuris** de que se cuida, se houver conclusão de que ilícida a obrigação contratual **sub iudice**.

Neste momento, invoco a incidência da Súmula n. 7-STJ, na hipótese, porquanto a reforma da assertiva, feita pelo Tribunal de origem, de que líquida a obrigação, tem caráter de imutabilidade em sede de recurso especial, em razão da supremacia das instâncias ordinárias no apreciar de fatos e provas constantes dos autos.

Na hipótese de transposição dos obstáculos que ressaltai, ao exame da controvérsia relativa ao **dies a quo** de incidência de juros moratórios – no que tange à análise de mérito, passo a externar o meu entendimento sobre o tema.

Toda obrigação tem um objeto, o qual se consubstancia naquilo em que o devedor se comprometeu a realizar e, de outra parte, no que é direito do credor exigir, resultando, este binômio, de forma mais precisa, na prestação que é devida, em decorrência do contratualmente estipulado.

Consoante magistério do notável civilista **Washington de Barros Monteiro**, “três predicados há de reunir o objeto da obrigação: possível, lícito e suscetível de estimação econômica”. No tocante ao último dos pressupostos exigíveis à existência válida do objeto obrigacional, esclarece o nobre professor catedrático da Universidade de São Paulo, ser este o elemento que mais controvérsias instiga, porquanto, ainda que se refiram a obrigações de cunho moral, sendo passíveis de aferição monetária, constituem-se em obrigação no sentido técnico-legal.

Desse modo, sendo determinado ou ao menos determinável o objeto da obrigação e co-existent os demais pressupostos, os quais mencionei, perfeitamente válido o objeto da obrigação contratual.

Nas situações em que determinado o objeto da obrigação, temos, em decorrência, uma obrigação líquida. De outro modo, quando determinável o objeto, como ocorrente nos contratos aleatórios, ilícida a obrigação, visto que dependem de prévio apurar, porque imprecisa a própria prestação ou objeto obrigacional.

In casu, temos um contrato de empreitada cujo objeto é “a execução das obras e serviços de construção da Rodovia Governador Carvalho Pinto, Lote VII, compreendido entre as estacas 3.052+0,00 e 3.551+0,00”. Os serviços a serem efetuados foram inteiramente discriminados nos volumes I a VII, integrantes do instrumento contratual, nos quais houve, inclusive,

a estipulação de normas técnicas que deveriam ser observadas no executar da obrigação decorrente do contrato. (fls. 15/94).

A despeito de ter havido previsão contratual, acerca da possibilidade de serem prestados outros serviços, senão aqueles já acertados, esta ocorreu visando a abarcar a ocorrência de imprevistos, o que inerente à execução de qualquer contrato de execução de obras, e não é suficiente a descaracterização da afirmativa que ora faço, de que determinado o objeto da obrigação em epígrafe.

Note-se, que, nestas hipóteses, termos aditivos foram sempre previamente incorporados ao contrato, com a indicação do valor nominal a que faria jus a Autora-contratada, pela prestação dos seus serviços.

Uma vez assente o entendimento de que é determinado o objeto da obrigação contratual em apreço, cumpre-nos o caracterizar da mora **solvendí**, existente, **in casu**, se **ex re** ou **ex personae**.

Mora, consoante cediço, é o retardo no cumprimento da obrigação. Esta pode se dar por culpa do credor, sendo chamada de **creditoris vel accipiendi**, ou, simplesmente, **accipiendi** e, por culpa do devedor, sendo denominada de **debitoris vel solvendí** ou, apenas, **solvendí**, sendo esta última a situação de que se cuida.

Considera-se em mora o devedor que não efetua pagamento no tempo ou no lugar convencionados, ou que não cumpre a prestação da forma pactuada, sendo esta a dicção do art. 1.058 do Código Civil. Senão vejamos: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados”.

Neste íterim, mais uma vez, valho-me dos ensinamentos do ilustre Professor **Washington de Barros Monteiro**, in Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações. Tomo I: “São pressupostos da **mora debitoris**: a) existência de dívida positiva e líquida; b) vencimento dela; c) inexecução culposa por parte do devedor; d) interpelação judicial ou extrajudicial deste, se a dívida não é a termo, com data certa”.

A obrigação de que se cuida tem liquidez, uma vez que determinado o seu objeto, e é positiva, porquanto revela-se em obrigação de fazer. Outrossim, está vencida, não tendo o devedor promovido a execução do pactuado, de forma culposa, e no tempo estipulado contratualmente, conforme se depreende da leitura dos autos e asseverado pelo Pretório Estadual.

Destarte, outro concluir não nos é possível, senão o de que em mora

Dersa – Desenvolvimento Rodoviário S/A, sendo aplicável, na espécie, o estabelecido no art. 960 do Código Civil, que ora transcrevo, **in verbis**: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”.

Alguma dúvida poderia nos assolar, no tocante à existência de mora, **in casu**, somente a partir da interpelação judicial. *Todavia, segundo explicitai, tal requisito somente é indispensável, quando a dívida não é contraída a termo, com data certa para quitação, não se justapondo, portanto, esta tese, à hipótese de que se cuida.*

A título de elucidação, o devedor, na espécie, teria até o oitavo dia subsequente ao efetuar da medição, para promover o pagamento àquela vinculado (Contrato: 4.8 – IV), o que foi descumprido, integralmente, no que se refere às faturas de n. 28, em diante.

Retomando o raciocínio que venho estabelecendo, para o tipificar da mora **solvendi** – havendo estipulação de dia certo para o vencimento da obrigação e não verificado o pagamento, por parte do devedor, neste momento, conforme disposto no art. 960 do Código substantivo, ocorre a mora de pleno direito e, advindo tal conceito, da própria lei, esta mora é denominada **ex re**, com aplicação da regra **dies iterpellat pro homine** (o termo interpela em lugar do credor).

Tais as razões, estamos diante de mora solvendi e ex re, devendo-se estabelecer como dies a quo dos juros moratórios, na hipótese, o vencimento de cada uma das faturas não pagas. Afastados, de outro turno, os precedentes jurisprudenciais citados pela ilustre Ministra-Relatora, porquanto desatrelados deste caso em concreto.

Afinal, ressalto as palavras de **Orosimbo Nonato**, no seu Curso de Obrigações, segunda parte, vol. II, Ed. Forense, p. 13:

“O desarestar antinomias da lei, o lhe despontar aparentes contradições, o conciliar a oposição de seus textos, é gravíssima das pensões do intérprete, a sua pensão de maior momento.

Não se pode atribuir de âmbito leve ao legislador a grave mácula da contradição.

Ele despede ordens para cumpridas e ordens contraditórias se destroem.

Deve, assim, o intérprete empregar o último de potência, o esforço mais aturado no configurar e combinar e conciliar os textos da

lei. E somente quando ocorre contradição palpável, onipotente e irreduzível, chegará êle ao extremo, vitando a tôdas as luzes, da **interpretatio abrogans** para sacrificar a ordem acessória e adiáfora ao princípio maior e cabedal.”

Posto isso, *não conheço* do recurso vertente, porquanto a obstaculizá-lo as Súmulas n. 5, 7 e 83, deste egrégio Tribunal e as Súmulas n. 282, 284 e 356, todas do Excelso Pretório.

E se cognoscível o pudesse ser, inexistente afronta, nem mesmo reflexa, no julgamento proferido, pela Corte ordinária, a nenhuma norma infraconstitucional a tratar da incidência da correção monetária ou dos juros moratórios, referente ao direito das obrigações.