

Jurisprudência da Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 175.426 – SC**

(Registro n. 98.0038646-7)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Estado de Santa Catarina
Advogados: Ezequiel Pires e outros
Agravado: Luiz Clemente Schaefer
Advogado: Fabiano Adamy

EMENTA: Tributário – Agravo regimental – Recurso especial – Sócio-gerente – Responsabilidade pessoal pelo não-pagamento de tributo – Ausência de prova de infração à lei ou estatuto.

Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o sócio-gerente de sociedade só pode ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele agido com dolo ou culpa, com infração à lei, do contrato social ou estatuto e que redunde na dissolução irregular da sociedade. Ademais, o não-pagamento de tributo, de **per si**, não caracteriza violação à lei, mormente quando verificado que a sociedade continua em pleno funcionamento, como na hipótese vertente.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 24.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto, tempestivamente, pelo Estado de Santa Catarina, contra decisão que proferi negando seguimento ao recurso especial, o qual versava sobre a possibilidade, ou não, do sócio-gerente ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo durante sua gestão, respondendo com seus bens particulares pelo débito tributário.

Aduz o Agravante que a matéria não é pacífica no seio deste Tribunal, havendo decisões favoráveis à tese da Fazenda Pública. Pede, portanto, a reconsideração do **decisum**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam o despacho recorrido.

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

“Sustenta o Recorrente, em síntese, divergência jurisprudencial com julgados de outros Tribunais, ao argumento de que a responsabilidade do sócio-gerente, estampada no art. 135 do Código Tributário Nacional, art. 4^a da Lei n. 6.830/1980, e art. 568, V, do Código de Processo Civil, está devidamente comprovada, uma vez que o crédito tributário é originário de falta de recolhimento do ICMS, o que, por si só, caracteriza violação à lei.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta egrégia Corte, tendo o douto Ministério Público Federal opinado pelo desprovimento do apelo extremo.

Tenho que a pretensão não merece guarida, posto que a decisão recorrida está em consonância com iterativos julgados deste Tribunal, cujo entendimento é no sentido de que o sócio-gerente de sociedade só pode ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele agido com dolo ou culpa, com infração à lei, do contrato social ou estatuto e que redunde na dissolução irregular da sociedade. Destarte, o não-pagamento de tributo, de **per si**, não caracteriza violação à lei,

mormente quando verificado que a sociedade continua em pleno funcionamento, como na hipótese vertente.

Aliás, cabe aqui transcrever as doudas ponderações emitidas no voto-condutor do acórdão recorrido, que com muita propriedade assinalou:

‘Com efeito, existe controvérsia razoável sobre a necessidade, ou não, de prévia demonstração da culpa ou dolo do sócio ou gerente, por omissões, atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei ou disposição estatutária, que levem a responsabilidade nas obrigações tributárias, conforme dispõem os arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

Os tribunais têm decidido pela responsabilidade do sócio, no caso, por exemplo, de dissolução irregular.

.....
Assim, conclui-se que há necessidade de ser demonstrada a infração.

Inobstante ser a falta de recolhimento do imposto uma infração legal, no caso em apreço a sociedade continua operando, em regime de concordata, tentando recuperar-se de uma situação de insolvabilidade. Além disso, como asseverou o ilustre Procurador de Justiça oficiante no feito, Dr. Jobel Braga de Araújo, ‘a Fazenda Pública não suscitou qualquer ato violador de lei ou estatuto, assim é que o pleito do agravante deve prosperar, uma vez que improvado ou mesmo suscitadas as hipóteses do art. 135 do CTN, autorizadores da responsabilidade solidária do sócio’.

.....
A **contrario sensu**, indemonstrada a dissolução irregular da empresa, evidenciando-se o fato de que a sociedade está em regime de concordata, estando regularmente em atividade – fato incontroverso –, é de ser provido o recurso.’ (fls. 94/96).

Na esteira deste pensamento, destaco, dentre outros, os seguintes precedentes:

‘Tributário. Sócio-gerente e/ou diretor de pessoa jurídica de direito privado. Responsabilidade pessoal pelo não-pagamento de

tributo. Art. 135, III, do CTN. Dolo. Comprovação imprescindível.

1. A responsabilidade do gerente ou diretor de pessoa jurídica de direito privado, pelo não-pagamento de tributo no prazo estipulado, decorre da atuação dolosa que deve ser cabalmente provada.

2. Recurso especial conhecido, porém, improvido.' (REsp n. 174.532-PR, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 21.8.2000, p. 108).

'Tributário e Processual Civil. ICMS. Aproveitamento irregular de créditos extemporâneos. Execução fiscal dirigida contra ex-diretor de sociedade de responsabilidade limitada. Responsabilidade tributária. Art. 135, III, CTN. Ausência de prova de infração à lei ou estatuto ou da incapacidade da empresa para solver o débito fiscal.

1. A responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio-gerente, ao administrador ou ao diretor da empresa comercial depende de prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal.

2. O ex-diretor de sociedade de responsabilidade por cotas não responde objetivamente pela dívida fiscal apurada em período contemporâneo a sua gestão, pelo simples fato da sociedade não recolher a contento o tributo devido, visto que, o não-cumprimento da obrigação principal, sem dolo ou fraude, apenas representa mora da empresa-contribuinte e não 'infração legal' deflagradora da responsabilidade pessoal e direta do sócio-rettirante.

3. Agravo a que se nega provimento.' (AgRg no Ag n. 246.475-DF, rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, DJ de 1.8.2000, p. 244).

'Tributário. Dívida ativa inscrita. Certidão negativa de débito. Pessoa física. Sócios. CTN, art. 135, III.

1. A pessoa jurídica, com personalidade própria, não se confunde com a pessoa de seus sócios. Constitui, pois, delírio fiscal, à matroca de substituição tributária, atribuir-se a responsabilidade substitutiva (art. 135, **caput**, CTN) para sócios-diretores ou gerentes antes de apurado o ato ilícito.

2. Recurso improvido.’ (REsp n. 139.872-CE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 10.8.1998).

‘Tributário. Débitos de sociedade de responsabilidade limitada sob execução fiscal. Expedição de certidão negativa de débito – CND – para sócio-gerente. Responsabilidade tributária. Art. 135, III, CTN. Ausência de prova de infração à lei ou estatuto.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

2. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. Inexistência de responsabilidade tributária do sócio.

4. Agravo de instrumento improvido.’ (Ag n. 248.298-CE, rel. Min. José Delgado, DJ de 14.10.1999, p. 166).

‘Tributário. Sociedade limitada. Responsabilidade do sócio pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica (CTN, art. 173, III).

I – O sócio e a pessoa jurídica formada por ele são pessoas distintas (Código Civil, art. 20). Uma não responde pelas obrigações da outra.

II – Em se tratando de sociedade limitada, a responsabilidade do cotista, por dívidas da pessoa jurídica, restringe-se ao valor do capital ainda não realizado. (Decreto n. 3.708/1919, art. 9^o). Ela desaparece, tão logo se integralize o capital.

III – O CTN, no inciso III do art. 135, impõe responsabilidade, não ao sócio, mas ao gerente, diretor ou equivalente. Assim, sócio-gerente é responsável, não por ser sócio, mas por haver exercido a gerência.

IV – Quando o gerente abandona a sociedade, sem honrar-lhe o débito fiscal, é responsável, não pelo simples atraso de pagamento. A ilicitude que o torna solidário é a dissolução irregular da pessoa jurídica.

V – A circunstância de a sociedade estar em débito com

obrigações fiscais não autoriza o Estado a recusar certidão negativa aos sócios da pessoa jurídica.' (REsp n. 86.439-ES, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1.7.1996).

Isto posto, por compartilhar do mesmo entendimento, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/1990, c.c. o art. 34, XVIII, do RISTJ, e art. 557, *caput*, do CPC, *nego seguimento ao recurso.*" (fls. 119/131).

Como visto, ao contrário do que alegou o Agravante, esta é a orientação pacífica e reiterada desta Corte sobre a matéria em debate.

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

Isto posto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É o meu voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 422.583 – PR

(Registro n. 2002.0035457-5)

Relator: Ministro José Delgado
Agravante: João Alves Filho
Advogados: Eduardo de Vilhena Toledo e outros
Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná

EMENTA: Administrativo e Processual Civil – Agravo regimental – Ação civil pública – Responsabilidade por ato de improbidade administrativa – Fraude em contratos de *leasing* – Sócio – Responsabilidade solidária – Decretação de indisponibilidade e seqüestro de bens – Considerações genéricas – Ausência de fundamentação.

1. Acórdão a quo que denegou agravo de instrumento cujo objetivo foi a concessão de efeito suspensivo à liminar que decretou a indisponibilidade e seqüestro dos bens do recorrente em ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, a qual objetivou apurar fraudes no âmbito de contratos de *leasing*.

2. Chamamento do recorrente para integrar o pólo passivo da demanda sustentado no fato de ser ele o sócio principal da empresa e ter assumido responsabilidade referente aos contratos firmados.

3. **Decisum** recorrido que deixou de avaliar a extensão e as conseqüências graves da medida tomada, além de não ter tido o cuidado de considerar a caracterização da provisoriedade das alegações iniciais do Ministério Público; não se elencam os fatos que demonstram os fortes indícios de responsabilidade, além de não expor em que consistem os riscos determinantes da decretação estatuída.

4. A indisponibilidade de bens, para os efeitos da Lei n. 8.429/1992, só pode ser efetivada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade.

5. A decretação da disponibilidade e o seqüestro de bens, por ser medida extrema, há de ser devida e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula.

6. Inocorrência de verificação dos pressupostos materiais para decretação da medida, quais sejam, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado.

7. Enquanto os bens financiados em garantia ao contrato não forem buscados e executados, em caso de inadimplência, para sustentar, com as suas vendas, as prestações assumidas, é impossível, juridicamente, falar-se em prejuízo patrimonial decorrente do referido negócio jurídico. Os bens financiados são da empresa arrendadora; são apenas entregues ao financiado que, após o término do contrato, poderá optar pela sua compra.

8. Inobservância do princípio da proporcionalidade (“mandamento da proibição de excesso”), tendo em vista que não foi verificada a correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível.

9. A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.

10. Agravo regimental provido. Recurso especial provido, para cassar os efeitos da indisponibilidade e do seqüestro dos bens do recorrente.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 9.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Examina-se agravo regimental que se origina de decisão que entendeu inexistir prequestionamento a suportar recurso especial intentado contra o acórdão.

A espécie meritória trata de indisponibilidade e seqüestro de bens concedidos liminarmente em sede de ação civil pública, cujas características passo a descrever.

O Ministério Público Estadual intentou ação civil pública contra 16 (dezesseis) pessoas físicas e jurídicas, sustentando que os contratos de *leasing* celebrados pelo Banestado Leasing Arrendamento Mercantil, nos anos de 1995 e 1996, teriam sido lavrados de forma fraudulenta e com o intuito de causar prejuízo ao Erário Público.

O ora agravante foi incluído entre os demandados pelo fato único de ser sócio da empresa Habitacional Construções S/A, sobre quem pesa acusações de não ter cumprido supostos contratos de *leasingback* (fl. 115).

O Ministério Público aponta fraude nos contratos acima anunciados e conclui afirmando:

“Frise-se que essa fraude realizada através da pessoa jurídica deverá implicar na responsabilidade dos devedores solidários João Alves Filho e Maria do Carmo Nascimento Alves, mas, também, na responsabilidade dos mesmos por improbidade administrativa, através da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica ...”

O Ministério Público afirma, outrossim, em sua petição inicial da ação civil pública, que o Agravante está incurso no art. 10, **caput**, e incisos I e VI, e no art. 11, **caput**, da Lei Federal n. 8.429, de 2.6.1992.

Em seqüência, em atendimento ao que pediu o Ministério Público, o juiz monocrático decretou a indisponibilidade e o seqüestro dos bens do Agravante, com base nos arts. 7^a e 16 da Lei n. 8.429/1992, por via de decisão assim posta (fls. 188/189):

“O Autor sustenta a ocorrência de atos de improbidade administrativa contra Banestado Leasing S/A – Arrendamento Mercantil, entre janeiro de 1995 e julho de 1996, período da gestão de Osvaldo Luiz Magalhães dos Santos, caracterizados pela realização de dezenas de contratos vultosos com empresas deficitárias, causando à estatal prejuízo que, atualmente, ultrapassa a cifra de R\$ 226.000.000,00 (duzentos e vinte e seis milhões de reais).

Neste momento, mister se faz apenas a análise do pedido de comando liminar.

Infere-se da documentação trazida com a inicial, notadamente as relativas à auditoria efetuada pelo Banco do Estado do Paraná junto a Banestado Leasing S/A e à análise do Banco Central do Brasil, a realização de diversos negócios que teriam sido eivados de irregularidades, revelando falta de cuidado e zelo na condução de operações de concessões de créditos e renegociações de contratos de alta monta, ressaltando-se, ainda, o reduzido empenho na recuperação dos capitais emprestados.

Em cognição sumária e provisória, encontram-se presentes os pressupostos ensejadores das providências liminares requeridas pelo Ministério Público do Estado do Paraná. Isso não só pela relevância dos fundamentos trazidos – apresentando fortes indícios de responsabilidade dos demandados –, como pelo perigo de demora, caso as medidas reclamadas sejam deferidas somente a final, que a própria Lei n. 8.429/1992 define, bastando a tão-só demonstração dos indícios de atos de improbidade.

A jurisprudência não destoa desse entendimento, **verbis**:

‘Ementa: Agravo de instrumento. Medida cautelar de seqüestro de bens, conexa à ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa ajuizada contra agente público, com fundamento na Lei Federal n. 8.429/1992. Pretensão de reformar a decisão que concedeu a liminar de seqüestro dos bens de um dos réus na ação. Impossibilidade. Recurso não provido. Na hipótese de imputação de improbidade administrativa não é a possibilidade de sucesso na ação principal e sua adequação jurídica que conduza ao acolhimento da proposta do órgão ministerial que sustenta e justifica a medida cautelar de seqüestro de bens do agente da Administração Pública, senão e apenas a fundada suspeita de malversação e de munificência com o dinheiro público, pois se a lei de regência busca um juízo de certeza na ação principal, com relação ao provimento de natureza cautelar contenta-se com a simples dúvida. A doutrina é unânime no entendimento de que a providência de natureza cautelar está escorada no interesse processual de agir pelo perigo de demora na causa principal e agir rápido para coarctar a ação nociva e deletérica da outra parte, de modo a evitar que o prejuízo seja irreparável, sem se preocupar com a certeza do provimento jurisdicional ao final da causa, tanto que criou-se sistema de contracautela para neutralizar a possibilidade de insucesso na causa manter parte do autor, com causação de prejuízo ou dano ao réu.’ (Agravo de Instrumento n. 92.762-5-SP, Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator: Rui Stoco, 6.4.1999, v.u.).

Os fatos descritos na inicial denotam atos de improbidade administrativa, consoante dispõe a Lei n. 8.429/1992.”

Os bens tornados indisponíveis e seqüestrados são os seguintes (fls. 137/138):

“1.10) de João Alves Filho, decretando-se a indisponibilidade e o seqüestro dos seguintes bens: 1) um apartamento no edifício Carlos Drummond de Andrade, n. 1.202, no valor declarado de R\$ 311.329,86;

2) créditos de Walmar Coelho Breda Júnior do apartamento 1.301 do edifício Solar da Praia, decorrentes da extinção da empresa Flac Construções Ltda, no valor de R\$ 70.642,56, dos quais R\$ 23.877,35 recebidos em 1997, no valor declarado de R\$ 30.266,32; 3) um apartamento no condomínio Villagio di Roma n. 12, no valor declarado de R\$ 24.884,06; 4) uma casa residencial na travessa Santa Luzia, n. 69, na cidade de Tobias Barreto-SE, no valor declarado de R\$ 6.123; 5) um lote de terreno no loteamento Morada do Sol, bairro Santos Dumont, no valor declarado de R\$ 1.139,33; 6) um lote de terreno no loteamento Fonseca, n. 9, no valor declarado de R\$ 2.347,01; 7) um terreno localizado no bairro de Santa Rita, conforme escritura registro n. 3.708, livro 2AC, no valor declarado de R\$ 3.500,00; 8) tarefas na fazenda Lagoa Seca e na fazenda Bernardo, no Município de Cedro de São João-SE, no valor declarado de R\$ 46.900,40; 9) uma biblioteca no valor declarado de R\$ 6.939,72; 10) dois telefones adquiridos da Telergipe, no valor declarado de R\$ 5.551,77; 11) um telefone adquirido da Telergipe, no valor declarado de R\$ 2.775,88; 12) um telefone adquirido da Telergipe, no valor declarado de R\$ 2.775,88; 13) um telefone adquirido da Telergipe, no valor declarado de R\$ 2.775,88; 14) um telefone adquirido da Telergipe, no valor declarado de R\$ 2.775,88; 15) uma linha celular n. 981-1301, no valor declarado de R\$ 328,87; 16) uma linha celular conforme contrato n. TMC 17.143-0, no valor declarado de R\$ 328,87; 17) um aparelho celular Nokia 232, n. 15607201822DD, no valor declarado de R\$ 540,00; 18) um telefone adquirido da Telergipe, conforme contrato n. 4.606, de 23.8.1994, no valor declarado de R\$ 1.626,24; 19) ações do capital social da Habitacional Construções S/A, no valor declarado de R\$ 8.281.138,22; 20) ações ordinárias da Wailig Nordeste, no valor declarado de R\$ 12,42; 21) ações da Produban Crédito Imobiliário S/A, no valor declarado de R\$ 24,85; 22) cotas do capital social da Rádio Jornal de Sergipe Ltda, no valor declarado de R\$ 100.340,51; 23) cotas do capital social da Rádio Jornal de Propriá, no valor declarado de R\$ 17.953,11; 24) cotas do capital social da Rádio e Televisão Aracaju Ltda, no valor declarado de R\$ 175.656,04; 25) cotas do capital social da Indústria Gráfica Tribuna de Aracaju Ltda, no valor declarado de R\$ 91.343,77; 26) conta-poupança n. 0059-00544000-2 junto à Caixa Econômica Federal, no valor declarado de R\$ 862,00; 27) Banorte, poupanças n. 022.011617-7 e 022.072504-9 – Sistema Financeiro Bandeirantes, no valor declarado de R\$ 662,50; 28) HSBC Bamerindus,

conta-poupança, no valor declarado de R\$ 283,80; 29) Bradesco S/A papéis de renda fixa, no valor declarado de R\$ 29.600,00; 30) Fundo de Investimento Financeiro – curto prazo – junto ao Bradesco S/A, no valor declarado de R\$ 28,61; 31) Bradesco S/A fundo de aplicação em quotas de Furf – 30, no valor declarado de R\$ 905,24; 32) Fundo Bahia 157, no valor declarado de R\$ 10,15; 33) Fundo Aymore incentivos fiscais, no valor declarado de R\$ 10,15; 34) um título de sócio-proprietário do Camping Clube do Brasil, no valor declarado de R\$ 1.387,93; 35) um título de sócio-proprietário do Camping Clube do Brasil, no valor declarado de R\$ 1.387,93; 36) um título de sócio-proprietário do Clube dos Advogados de Sergipe, no valor declarado de R\$ 1.387,93; 37) um título de sócio-proprietário do Iate Clube de Aracaju, no valor declarado de R\$ 1.387,93; 38) um título de sócio-proprietário do Camping Clube do Brasil, no valor declarado de R\$ 1.387,93; 39) créditos na Habitacional Construções S/A, no valor declarado de R\$ 24.390,19.”

O egrégio Tribunal de Justiça confirmou a decisão monocrática supra-referida, com base no voto do teor seguinte (fls. 576/577):

“Insurge-se, em suma, o Agravante, contra decisão que decretou a indisponibilidade e seqüestro de bens de vários réus, dentre os quais ele se encontra. Quer ele a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, sucessivamente, a anulação do pronunciamento agravado por suposta falta de fundamentação.

A liminar objetivando dar efeito suspensivo àquela decisão foi indeferida (fls. 537/542).

Efetivamente, mesmo depois de tornar a analisar cuidadosamente os autos, forçoso é chegar ao resultado do pronunciamento inicial, ou seja, pela negativa do efeito suspensivo pretendido.

Com efeito, a sentença bem analisou os fatos e os fundamentos de direito e concluiu pela relevância dos argumentos invocados e pelo perigo da demora, com sério risco de prejuízo irreparável ao Erário, no caso de se esperar a decisão final para concretizar as providências reclamadas.

É inegável a existência nos autos de fortes indícios de atos de improbidade cometidos pelos demandados, com o comprometimento de todos eles, cada qual a seu modo.

Dessa forma, nesta fase em que não se pode adentrar o mérito da demanda, é suficiente a demonstração dos indícios de atos de improbidade perpetrados pelos demandados, inclusive pelo Agravante – o que, por si só, demonstra a relevância dos fundamentos invocados.”

Contra essa decisão do Tribunal **a quo** foi manejado o recurso especial em debate, a respeito do qual, em decisão monocrática, entendeu de não conhecê-lo, sob o fundamento de ausência de prequestionamento.

O agravo ora em exame requer reapreciação do citado **decisum**, forte na argumentação de que a matéria jurídica, em sua essência, está prequestionada, haja vista que a discussão reina sobre aspectos que envolvem a ausência de fundamentação da decisão monocrática e, conseqüentemente, do acórdão hostilizado, bem como da não-razoabilidade e da não-proporcionalidade da medida, além da constrição de indisponibilidade e de seqüestro ter recaído sobre bens adquiridos anteriormente à data dos contratos ditos como lesivos e, especialmente, sobre os de propriedade da pessoa física do Agravante, por não se aplicar, ao caso, o princípio da desconstituição da pessoa jurídica.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O reexame das fundamentações postas nos autos me leva à conclusão de que o recurso especial merece ser conhecido e, desde logo, provido, em face da determinação contida no art. 557 do CPC. Nesse sentido, dou provimento ao agravo.

Evidenciado está nos autos que a ação civil pública busca apurar fraudes que afirma ter existido com as conseqüentes responsabilidades, no âmbito de contratos de *leasing* firmados entre a empresa Habitacional Construções S/A e a Banestado Leasing S/A – Arrendamento Mercantil, sociedade de economia mista.

O chamamento do Agravante para integrar o pólo passivo da demanda está sustentado no fato de ser sócio principal da empresa e ter assumido responsabilidade solidária referente aos contratos firmados.

Os contratos de *leasing* foram firmados pela Empresa e têm os bens financiados como garantia.

A afirmação do Ministério Público de que houve fraude só será confirmada após regular instrução probatória a ser desenvolvida com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal.

O Juiz de 1º grau, ao decretar a disponibilidade e o seqüestro dos bens, não apresentou qualquer fundamentação concreta que justificasse a sua decisão. Afirmou, apenas, o que transcrevo (fls. 188/189):

“O Autor sustenta a ocorrência de atos de improbidade administrativa contra Banestado Leasing S/A – Arrendamento Mercantil, entre janeiro de 1995 e julho de 1996, período da gestão de Osvaldo Luiz Magalhães dos Santos, caracterizados pela realização de dezenas de contratos vultosos com empresas deficitárias, causando à estatal prejuízo que, atualmente, ultrapassa a cifra de R\$ 226.000.000,00 (duzentos e vinte e seis milhões de reais).

Neste momento, mister se faz apenas a análise do pedido de comando liminar.

Infere-se da documentação trazida com a inicial, notadamente as relativas à auditoria efetuada pelo Banco do Estado do Paraná junto a Banestado Leasing S/A e à análise do Banco Central do Brasil, a realização de diversos negócios que teriam sido eivados de irregularidades, revelando falta de cuidado e zelo na condução de operações de concessões de créditos e renegociações de contratos de alta monta, ressaltando-se, ainda, o reduzido empenho na recuperação dos capitais emprestados.

Em cognição sumária e provisória, encontram-se presentes os pressupostos ensejadores das providências liminares requeridas pelo Ministério Público do Estado do Paraná. Isso não só pela relevância dos fundamentos trazidos – apresentando fortes indícios de responsabilidade dos demandados –, como pelo perigo de demora, caso as medidas reclamadas sejam deferidas somente a final, que a própria Lei n. 8.429/1992 define, bastando a tão-só demonstração dos indícios de atos de improbidade.

A jurisprudência não destoia desse entendimento, **verbis**:

‘Ementa: Agravo de instrumento. Medida cautelar de seqüestro de bens, conexa à ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa ajuizada contra agente público, com fundamento na Lei Federal n. 8.429/1992. Pretensão de reformar a decisão que concedeu a liminar de seqüestro dos bens de um dos réus na ação. Impossibilidade. Recurso não provido. Na hipótese

de imputação de improbidade administrativa não é a possibilidade de sucesso na ação principal e sua adequação jurídica que conduza ao acolhimento da proposta do órgão ministerial que sustenta e justifica a medida cautelar de seqüestro de bens do agente da Administração Pública, senão e apenas a fundada suspeita de malversação e de munificência com o dinheiro público, pois se a lei de regência busca um juízo de certeza na ação principal, com relação ao provimento de natureza cautelar, contenta-se com a simples dúvida. A doutrina é unânime no entendimento de que a providência de natureza cautelar está escorada no interesse processual de agir pelo perigo de demora na causa principal e agir rápido para coarctar a ação nociva e deletérica da outra parte, de modo a evitar que o prejuízo seja irreparável, sem se preocupar com a certeza do provimento jurisdicional ao final da causa, tanto que criou-se sistema de contracautela para neutralizar a possibilidade de insucesso na causa manter parte do autor, com causação de prejuízo ou dano ao réu.' (Agravo de Instrumento n. 92.762-5-SP, Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator: Rui Stoco, 6.4.1999, v.u.).

Os fatos descritos na inicial denotam atos de improbidade administrativa, consoante dispõe a Lei n. 8.429/1992.”

Verifica-se que nenhum pressuposto material, existência de fundada caracterização da fraude e o difícil ou impossível ressarcimento do dano, caso comprovado, foi examinado pelo julgador. Limitou-se, apenas, a considerações genéricas, sem demonstrar dosagem de convencimento, mesmo provisório.

O acórdão embargado acompanhou, sem nada acrescentar, a fundamentação da decisão monocrática.

Há, portanto, evidência de falta de fundamentação em decisão grave como é a que decreta indisponibilidade de bens e seqüestro de pessoa colocada no pólo passivo de ação civil pública.

A jurisprudência é uniforme no sentido de reconhecer nula decisão judicial sem fundamentação.

Há que se considerar, também, que, conforme noticia o Ministério Público, há, apenas, fraude alegada em processo de investigação.

Tem influência na espécie, pela sua relevância, o fato de que a empresa Habitacional Construções S/A é quem firmou os dois contratos de *leasing* apontados pelo Ministério Público como irregulares.

Ocorre que os contratos de *leasing* representam negócios jurídicos que recebem como garantia os próprios bens financiados. Enquanto estes não forem buscados, em caso de inadimplência, para sustentar as prestações assumidas, não se pode falar em prejuízo patrimonial. Os bens financiados são da Empresa-arrendadora. Eles lhes pertencem. São, apenas, entregues ao financiado que, após o término do contrato, poderá optar pela sua compra.

O valor dos negócios celebrados alcança o total de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), em 1995. A garantia oferecida está representada pelos bens arrendados, e que são:

- a) dois guindastes Liebherr, modelo 55.3HC; um guindaste Lem, tipo BR 35;
- b) quatro guas FM e um guindaste Liebherr.

Há, portanto, os referidos bens garantindo a transação financeira celebrada entre partes. Enquanto não executados os contratos e apurados os valores arrecadados com a venda de tais bens, torna-se impossível, juridicamente, falar-se em prejuízos patrimoniais decorrentes do referido negócio jurídico.

Tenha-se, também, em consideração que, no curso do cumprimento dos contratos, surgiram litígios entre as partes-contratantes, como está denunciado às fls. 8/10, que está submetido à decisão judicial. Confira-se:

“10. Ocorre que o desmedido crescimento dos desembolsos mensais que estavam sendo efetuados em favor da Banestado Leasing e a auditoria financeira realizada no contrato em questão, vieram demonstrar que a arrendadora sequer estava se submetendo aos termos que estipulou em seus próprios contratos.

É que o Banestado vinha cobrando o valor residual/opção de compra de forma antecipada. Tal exigência desvirtuava os contratos de *leasing*, transformando-os em simples contratos de compra e venda, já que, ao final do prazo contratado, não haveria um valor residual. Logo, não haveria a opção de compra ao arrendatário.

11. Diz o anexo do Contrato n. 31.219-3/1995:

‘2. Do valor residual garantido: o valor residual garantido,

constante no campo 'I' do contrato ora aditado, passa a ser de R\$ 839.573,92 (oitocentos e trinta e nove mil, quinhentos e setenta e três reais e noventa e dois centavos), cujo vencimento dar-se-á em 8 de agosto de 1998, sendo este valor atualizado, a partir desta data, de acordo com as cláusulas de reajuste que se refere o campo 'M' do contrato ora em aditamento.

3. Da forma de integralização de garantia de recebimento do valor residual garantido:

a) R\$ 62.443,68 (sessenta e dois mil, quatrocentos e três reais e sessenta e oito centavos) já integralizados até esta data, mais

b) R\$ 777.130,24 (setecentos e setenta e sete mil, cento e trinta reais e vinte e quatro centavos), de forma parcelada em 32 (trinta e duas) parcelas, no valor de R\$ 24.285,32 (vinte e quatro mil, duzentos e oitenta e cinco reais e trinta e dois centavos), cada uma, a serem reajustadas em conformidade com o índice de atualização previsto no campo 'M' do contrato ora em aditamento, que será acrescida às contraprestações nas mesmas datas de vencimento destas contraprestações.'

O anexo do Contrato n. 30.975-3/1995 determina o seguinte:

'2. Do valor residual garantido: o valor residual garantido, constante no campo 'J' do contrato ora aditado, passa a ser de R\$ 789.752,92 (setecentos e oitenta e nove mil, setecentos e cinqüenta e dois reais e noventa e dois centavos), cujo vencimento dar-se-á em 8 de agosto de 1998, sendo este valor atualizado, a partir desta data, de acordo com as cláusulas n. 45 e 46 que se refere o campo 'G' do contrato ora em aditamento.

3. Da forma de integralização de garantia de recebimento do valor residual garantido:

a) R\$ 59.841,88 (cinqüenta e nove mil, oitocentos e quarenta e um reais e oitenta e oito centavos) já integralizados até esta data, mais

b) R\$ 729.911,04 (setecentos e vinte e nove mil, novecentos e onze reais e quatro centavos), em 32 (trinta e duas) parcelas, no valor de R\$ 22.809,72 (vinte e dois mil, oitocentos e nove reais e setenta e dois centavos), cada uma, a serem reajustadas em

conformidade com o índice de atualização previsto no campo ‘G’ do contrato ora em aditamento, que serão acrescidas às contra-prestações nas mesmas datas destas contraprestações.’

12. Evidentemente, a Habitacional Construções S/A não pôde continuar submetendo-se a tão desmedidas exigências por parte da Banestado Leasing, que implicavam visível afronta a seu direito e, por vias transversas, ao ordenamento jurídico como um todo. Assim sendo, tentou com os representantes da arrendadora o acertamento da relação jurídica, não obtendo sucesso em seu intento.

Continuando sua trajetória de equívocos, afirmou a Banestado Leasing à Habitacional que iria contra ela propor ações judiciais cabíveis, caso fossem suspensos os pagamentos. Ditas medidas poderiam consistir na reintegração de posse dos bens arrendados, vale dizer, bens essenciais ao cumprimento da sua finalidade social.

Sem dúvidas, **data venia**, as descabidas imposições e as ameaças da Banestado Leasing, criaram para a Habitacional uma situação de iminente risco de dano potencial, impelindo-a à tomada de medidas para salvaguardar não só sua integridade, como também a da comunidade de empregados e pessoas que dela dependem para sobreviver.

13. Diante disso, a Habitacional ajuizou em julho de 1998 uma ação ordinária com pedido de antecipação de tutela em face da Banestado Leasing S/A, a fim de ver declaradas nulas as cláusulas contratuais que previam ilegalmente a cobrança antecipada desse valor residual.

A ação foi distribuída sob n. 1998.11805800 perante a 18ª Vara Cível de Aracaju-SE, tendo sido concedida tutela antecipada autorizando a Habitacional a depositar em juízo as quantias referentes a estes valores residuais. Vale transcrever:

‘Vistos, etc... Estando todos os requisitos necessários à concessão da tutela presentes, razão que não existe para indeferi-la. Isto posto, antecipo os efeitos da tutela pretendida na inicial, de maneira que o Autor deposite, em conta-poupança à disposição deste Juízo, as quantias referentes aos valores residuais garantidos, conforme planilha de fl. 59 dos autos. Cite-se o requerido, por carta, para, querendo, contestar o presente feito. Intimem-se as partes.’ (certidão do andamento do processo, doc. em anexo).

O Blam apresentou contestação em julho de 1998 e atualmente os autos aguardam manifestação das partes a respeito do laudo pericial. É o que comprovam os documentos em anexo (certidão do andamento do processo, cópia da petição inicial, cópia da contestação).”

Diante do panorama suso demonstrado, não se sustenta a imotivada decisão que decretou a disponibilidade e o seqüestro dos bens do Agravante.

O **decisum** questionado, por não possuir fundamentação, deixou de avaliar a extensão e as conseqüências graves da medida tomada, além de não ter tido o cuidado de considerar caracterização da provisoriedade das alegações iniciais do Ministério Público, no momento em que apresentou a petição inicial da ação civil pública.

Inaceitável, também, a decisão pela sua falta total de fundamentação, como bem acentuam a doutrina e a jurisprudência, conforme revelado às fls. 11/13:

“15. A existência de completa e clara exposição dos fundamentos de qualquer decisão proferida pelo Poder Judiciário e a demonstração dos elementos de fato e de direito que a motivaram, constituem requisitos essenciais de validade da decisão, seja qual for seu provimento final.

Em brilhante contribuição apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Curitiba, 1978), José Carlos Barbosa Moreira suscitou a necessidade da motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.

Após as indicações históricas sobre o tema, a análise do problema da justificação do dever de motivar e outras abordagens, o prestigiado jurista trata do assunto à luz do sistema brasileiro para concluir que inexistia (na época do trabalho) um texto constitucional expresso. E propõe as seguintes conclusões, que merecem transcrição:

‘1. A motivação das decisões judiciais, como expressão da ‘justificação formal’ dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito;

2. O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau

de jurisdição, sem exclusão dos que possuam índole discricionária ou se fundem em juízos de valor livremente formulados;

3. É conveniente a inclusão, na Constituição da República, de dispositivo que consagre em termos expressos o princípio da obrigatoriedade da motivação.’

16. Tratando da motivação que, obrigatoriamente, há de estar na decisão, **Ada Pellegrini Grinover**, **Antônio Scarance do Nascimento** e **Antônio Magalhães Gomes Filho** salientam: ‘são três os pontos básicos em que se assenta a idéia da motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do Magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes na sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é a garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram; como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas, também, como direito à valoração da prova pelo juiz’.

Tourinho Filho é enfático ao dizer que ‘*sentença sem motivação é corpo sem alma*’. É nula. Se se trata, conforme acabamos de ver, de requisito estrutural da sentença, formalidade, ponto essencial, fácil concluir-se que sentença sem motivação é uma não-sentença.

17. A motivação das decisões judiciais decorre do texto constitucional, mais especificamente de seu art. 93, inc. IX, que estabelece que ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’. Como se vê, o legislador inclusive fez questão de estabelecer que o descumprimento da exigência em comento é tão grave que importa em *nulidade*. Como salienta **Arruda Alvim**, ‘ausente absolutamente a fundamentação, por ser a mesma elemento essencial e indispensável, nula será a sentença’.

18. A motivação, assim, envolve diversas tarefas a serem desenvolvidas pelo magistrado ao proferir decisão. Além do embasamento jurídico, a demonstração dos elementos que formaram a sua convicção está umbilicalmente ligada à clara análise e identificação das provas

constantes do caderno processual, ou seja, da demonstração do fundamento de fato de sua decisão.”

O certo é que inexistem fundamentos de fato e de direito na decisão hostilizada.

A expressão “fortes indícios de responsabilidade” é vaga e nada diz. O afirmar, tão-somente, existir perigo de demora, também, é desprovido de concretude.

O acórdão não elenca os fatos que demonstram os fortes indícios de responsabilidade. Não expõe, também, em que consistem os riscos determinantes para que a disponibilidade e o seqüestro dos bens sejam medidas absolutamente necessárias.

Outrossim, deixou o aresto de fundamentar a aceitação da desconsideração da personalidade da Empresa para que, diretamente, em situação meramente provisória e com base só em alegações, atingisse, com a indisponibilidade e o seqüestro, os bens do Agravante, em montante de quase R\$ 10.000.000,00.

Há, também, falta de alegação e de demonstração de quatro aspectos importantes:

- a) se desapareceram as garantias do contrato (os bens financiados);
- b) se a empresa não tem patrimônio suficiente para responder pelos prejuízos, caso, em decisão final, sejam eles reconhecidos;
- c) se os bens da pessoa física do sócio agora agravante respondiam, de modo solidário ou subsidiário, pelas dívidas da empresa, antes dos seus bens serem chamados à colação;
- d) se é possível seqüestrar e indisponibilizar bens, na situação examinada, que foram adquiridos pela pessoa física sócia da empresa antes dos fatos denunciados.

Evidencia-se que há ferimento expresso ao art. 165 do CPC, conforme vem decidindo a jurisprudência.

Considero, também, que a indisponibilidade de bens, para os efeitos da Lei n. 8.429/1992, só pode ser decretada sobre os adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade.

A respeito, corretas as manifestações de fls. 20/23:

“Em outros termos, somente os bens que tivessem sido adquiridos

com o produto da imputada infração é que poderiam ter sido atingidos pelo decreto de indisponibilidade. Nesse sentido, é pacífica a orientação do *Superior Tribunal de Justiça*.

Com efeito, o Tribunal que tem como função constitucional justamente interpretar a lei federal, vem reiteradamente decidindo que no que tange à Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) somente os bens adquiridos após o ato irregular é que podem sofrer a constrição da indisponibilidade. A seguir são transcritas várias decisões do STJ. A primeira foi proferida pela Primeira Turma:

‘Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Ressarcimento de dano ao Erário. Seqüestro de bem adquirido antes do ato ilícito. Impossibilidade.

Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento do dano ao Erário. A Lei n. 8.429/1992, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso. Recurso parcialmente provido.’

29. A Segunda Turma do STJ tem o mesmo entendimento, ou seja, só admite a indisponibilidade daqueles bens adquiridos após a ocorrência dos fatos supostamente irregulares.

‘Constitucional, Processual Civil e Administrativo. CPMI do Orçamento. Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, da Lei n. 8.429/1992, arts. 9º, VII, e 12, I). Mandado de segurança, com pedido de liminar, para dar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra decisão judicial que determinou, em cautelar incidental em ação ordinária, o seqüestro e a indisponibilidade de todos os bens do impetrante. Recurso ordinário provido em parte. (...).

II – A Lei n. 8.429/1992, em art. 16, **caput** e § 1º, fala em ‘seqüestro’, remontando-se expressamente aos arts. 822 e 825 do CPC. No caso concreto. Não há que se falar em sua retroatividade, pois já existiam outras normas dispendo sobre malversação de dinheiro público. Força é reconhecer, todavia, que somente

os bens adquiridos a partir dos fatos criminosos é que se acham sujeitos a seqüestro, não os anteriores. Administração dos bens deferida ao impetrante, com a prestação de contas ao juiz.

III – Recurso ordinário parcialmente provido.’

‘Processual Civil. CPI do Orçamento. Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Lei n. 8.429/1992, arts. 9º, VII, e 12, I). Indisponibilidade de bens do impetrante, anteriormente já decretada. Recurso provido em parte.

I – O Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra o impetrante. Dias depois, aforou ação cautelar, instando na indisponibilidade dos bens constantes da declaração de rendas. O juiz decretou **in limine** a indisponibilidade de todos os bens. O ato judicial foi atacado por meio de mandado de segurança.

II – Como ficou decidido no RMS n. 6.182-DF, somente os bens adquiridos após os fatos criminosos é que podem ser objeto de seqüestro, não os anteriores. Decidiu-se, ainda, permitir ao impetrante administrar seus bens, com a prestação de contas ao juiz.’

É de relevo acentuar, ainda, que a decisão recorrida, se não pecasse pela ausência de motivação e pelos fatos já apontados, inobservou o princípio da proporcionalidade em face da lesão alegada.

Acolho, sobre o tema, os dizeres de fls. 25/26:

“38. Segundo a melhor doutrina, o princípio da proporcionalidade ‘determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível’.

Não é à toa que o princípio da proporcionalidade também é conhecido como ‘mandamento da proibição de excesso’.

39. Tal princípio vem previsto na Constituição Portuguesa de 1974, a qual em seu art. 18, inciso II, estabelece o seguinte:

‘A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.’

Analisando este dispositivo, esclarece o Professor **Willis Guerra Filho**:

‘Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito democrático.’

40. Em suma, o princípio da proporcionalidade, recepcionado por força do § 2º do art. 5º de nossa Carta Magna, estabelece que no caso dos autos, a constrição judicial dos bens deve se limitar ao fim previsto na norma, ou seja, ao exato montante necessário a eventual ressarcimento ao Erário Público.

41. A jurisprudência de nosso país também já vem reconhecendo a necessidade de se observar a proporcionalidade em sede de medida cautelar. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **verbis**:

‘Medida cautelar inominada. Liminar concedida sem audiência da parte contrária. Obrigatoriedade de o juiz examinar o **fumus boni juris** e o **periculum in mora** que são requisitos indispensáveis e ainda perquirir sobre a proporcionalidade do dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado.

Ementa oficial: (...)

No exame dos requisitos indispensáveis à concessão da liminar, deve o juiz perquirir, também, sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo autor e o dano que poderá suportar o réu.’

42. Na mesma linha de orientação, também decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

‘Ação civil pública. Improbidade administrativa. Determinação, pelo juiz, da indisponibilidade dos bens dos envolvidos, tendo em vista o **periculum in mora**. Admissibilidade, desde que

garde proporção com a reparação civil perseguida. Interpretação do art. 7^a da Lei n. 8.429/1992.

Ementa oficial: exurgindo dos autos da ação civil pública provas convincentes da improbidade administrativa, pode o juiz determinar, a requerimento do autor, a indisponibilidade dos bens dos envolvidos, à vista do **periculum in mora** insito no art. 7^a da Lei n. 8.429/1992, devendo, contudo, guardar proporcionalidade com a reparação civil perseguida.”

Não posso deixar sem referência aspecto de suma relevância: o de, em sede de medida liminar, ter se reconhecido, de imediato, embora de forma implícita, a desconsideração da pessoa jurídica, para, de pronto, atingir bens do Agravante.

A desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal.

A doutrinação de fls. 39/42, com o apoio jurisprudencial nela contido, não pode deixar de ser conhecida e aplicada.

Ei-la:

“63. Tratando-se de medida excepcionalíssima, a necessidade de observância do *due process of law* é ainda mais imperativa. Nesse sentido é o magistério de **Fábio Ulhoa Coelho**:

‘Conforme demonstrado, anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica, para comprometimento de patrimônio de sócio, somente é admissível como medida de coibição de fraudes, perpetradas através da manipulação do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Conclui-se, portanto, que a responsabilização de sócio por obrigação da sociedade, em virtude da desconsideração da personalidade jurídica própria desta, somente é jurídica quando resulta de sentença judicial condenatória, proferida em ação de conhecimento de que é parte ou litisconsorte passivo o sócio.

Simples despachos, em processos de execução movidos contra a sociedade, determinando a penhora de bens dos sócios importam flagrante desobediência ao direito constitucional e ao devido processo legal.

...

Ao direito constitucional ao devido processo legal, de que é titular o sócio da sociedade limitada, corresponde o dever do credor social de promover a prévia ação de conhecimento, citá-lo, provar o pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (fraude ou abuso de direito), obter sentença condenatória transitada em julgado para, somente depois, postular a penhora dos bens do patrimônio do membro da pessoa jurídica.⁷

Nesse mesmo sentido é o melhor entendimento jurisprudencial:

‘Pessoa jurídica. Teoria da desconsideração. Inaplicabilidade. Superação da regra do art. 20 do CC que exige o devido processo legal. Impossibilidade de se alcançar o ente jurídico por dívida de sócio em simples despacho ordinatório da execução. Mandado de segurança concedido.

A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira do art. 20 do CC. Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinatório da execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos em cognição superficial.⁸

‘Falência. Arrecadação de bens. Impetração de mandado de segurança. Admissibilidade. Ações adquiridas por terceiros, de sociedade controlada pela falida, cuja personalidade jurídica foi desconsiderada, em face de auditoria realizada no curso do processo de falência. Medida judicial praticada em procedimento informal, do qual o adquirente não foi parte. Arrecadação que não pode ser efetuada sem a declaração judicial de ineficácia do ato, em ação revocatória.

Ementa oficial: Admissível é o mandado de segurança para cassar ato judicial de arrecadação de bens em poder de terceiro, praticado em procedimento do qual não foi parte.

A arrecadação de bens adquiridos por outros de sociedade controlada pela falida, cuja personalidade jurídica foi desconsiderada em face de auditoria realizada no curso do processo de

falência da controladora, não pode ser efetuada sem a declaração judicial de ineficácia do ato, em ação revocatória ou em outra ação.’

64. A fim de que fosse possível se legitimar a superação da personalidade jurídica, era indispensável que se estabelecesse uma demanda própria, com observância do contraditório e da ampla defesa, exclusivamente para se tentar provar a suposta ocorrência de fraude. Caso esta viesse a ser constatada, ao final, aí, sim, seria possível a responsabilização do sócio na ação civil pública, inclusive deferindo-se liminarmente o pedido.

O que não se pode admitir – e o que não é juridicamente sustentável, **data venia** – é que o Juízo **a quo**, mediante um despacho liminar, exarado **inaudita altera pars** e que sequer chega a decretar textualmente a desconsideração da personalidade jurídica, venha a *bloquear* e *seqüestrar* os bens do Agravante que *sequer é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação*, haja vista que o contrato questionado foi celebrado pela *pessoa jurídica*.

65. **Fábio Coelho**, em outro brilhante trabalho, debruça-se novamente sobre os ‘Aspectos processuais da teoria da desconsideração’, sustentando que ‘o juiz não pode desconsiderar a separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes, senão por meio de ação judicial própria, de caráter cognitivo, movida pelo credor da sociedade contra os sócios ou seus controladores. Nessa ação, o credor deverá demonstrar a presença do pressuposto fraudulento. Em outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas. Se a personalização da sociedade empresária será abstraída, desconsiderada, ignorada pelo juiz, então a sua participação na relação processual como demandada é uma impropriedade’.

Arremata dizendo que ‘A desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado’.”

Isto posto, dou provimento ao presente agravo regimental e, aplicando o art. 557, § 1^a-A, conheço do recurso especial e lhe dou provimento,

para cassar os efeitos da indisponibilidade e do seqüestro dos bens do Agravante.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.797 – RS

(Registro n. 2001.0118243-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Núcleo de Orquidófilos de Venâncio Aires
Advogado: José Antônio Coelho
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Impetrado: Secretário do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradores: Luiz Roberto Nunes Padilla e outros

EMENTA: Administrativo – Associação de orquidófilos – Registro como produtor – Regulamento.

– A exigência de que as associações dedicadas ao cultivo das flores, no Rio Grande do Sul, matriculem-se no Cadastro Florestal provém de regulamento que, longe de exorbitar, deu conseqüências práticas às leis de preservação ambiental e florestal. Regulamento, é bom lembrar, não é mera repetição do texto legal, mas complementação de suas normas, para lhes dar conseqüências práticas. Se a lei não definiu com precisão o que se entende como produtor, o regulamento deve fazê-lo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do

Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 18 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 26.8.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: No relatório que orientou o acórdão recorrido, a lide foi descrita assim:

“Núcleo de Orquidófilos de Venâncio Aires impetra mandado de segurança preventivo contra ato do Secretário Estadual do Meio Ambiente, que permitiu o transporte de plantas para exposição somente após cadastramento no Cadastro Florestal do Departamento de Recursos Renováveis daquela Secretaria, com correspondente expedição de guias.

Na oportunidade, pretendia realizar exposição das plantas na cidade de Mato Leitão, sem finalidade comercial, mas, tão-somente expositiva.

Deferida a liminar, a autoridade presta informações, dizendo que associação deve estar registrada no Cadastro Florestal do Estado, nos termos da legislação pertinente.

O parecer do Dr. Procurador de Justiça é pela denegação da ordem, tendo em vista a inexistência de direito líquido e certo na pretensão do Impetrante.” (fls. 93/94).

O mandado de segurança foi denegado, porque:

“1. Todas entidades, mesmo que sem fins lucrativos, que tenham por objetivo produtos florestais e da flora nativa, dentre elas associação de orquidófilos, com escopo de preservar a planta em seu hábitat e cultivá-la em orquidários ou viveiros, bem assim fazer exposição em locais diversos, estão sujeitas ao registro no Cadastro Florestal, bem assim ao Sistema de Controle para o Transporte de Produto Florestal, no qual consta a respectiva autorização prévia, documentada por meio

de uma guia. Inteligência combinada do art. 1º da Lei-BR n. 4.771/1965 (Código Florestal Federal), art. 1º da Lei-RS n. 9.519/1992 (Código Florestal Estadual) e art. 164 da Lei-RS n. 11.520, de 3.8.2000 (Código Estadual do Meio Ambiente), combinados com os arts. 2º e 3º, I e II, alínea e, do Decreto-RS n. 35.095/1994 (instituiu o Cadastro Florestal), e arts. 1º, 3º, parágrafo único, e 5º do Decreto-RS n. 35.096/1994 (instituiu o Sistema de Controle para o Transporte de Produto Florestal).” (fl. 92).

O recurso ordinário assenta-se no argumento de que suas atividades não se enquadram no conceito de *produtor*. O Ministério Público Federal, louvando-se no parecer emitido por seu congêneres estadual, indica o desprovemento.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Reproduzo os precisos comentários lançados pelo eminente Procurador de Justiça Ricardo da Silva Valdez, a título de parecer do Ministério Público Estadual:

“A discussão trazida pelo Recorrente é haver ou não direito líquido e certo de se isentar do registro no Cadastro Florestal do Departamento de Recursos Renováveis da Secretaria do Meio Ambiente e, conseqüentemente, da expedição da guia de transporte para fins de exposição.

Nos parece que não tem o Recorrente direito líquido e certo, consoante parecer do Ministério Público exarado às fls. 86/88:

‘O mandado de segurança deve ser denegado. Na espécie, não há direito líquido e certo na pretensão da Associação-impetrante. É dever do Estado, no caso, em relação às operações realizadas pelos que lidam com plantas nativas, mais especificamente os orquidófilos. Não assiste razão à Impetrante quando afirma que os orquidófilos exercem apenas a contemplação das plantas, não utilizando-se da produção, comercialização ou consumo. Somente não realizariam tais atos se realizassem a contemplação com as plantas em seu local de origem, a mata nativa. Como em qualquer *hobby*, também o orquidófilo expõe, troca, cultiva, adquire e vende suas plantas, pois é fato que o colecionador busca exibir, qualificar, aumentar ou mesmo desfazer-se da sua coleção ...

‘O artigo 3º, inciso II, alínea d, do Decreto n. 35.095/1994, incide sobre aquelas situações que envolvem os produtores de ‘sementes, raízes, bulbos, folhas e propágulos de espécies florestais, ornamentais e medicinais’. Dessarte, não há direito líquido e certo na pretensão do Impetrante...’

Além disso, a hipótese foi muito bem apanhada na decisão recorrida, pelo Desembargador Irineu Mariani, cujo trecho nos permitiremos transcrever, pois entendemos desnecessária qualquer complementação:

‘A Impetrante é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, cujos objetivos, no que interessa, conforme o art. 2º do Estatuto, são os seguintes (fl. 9): a) ...; b) estimular, auxiliar e promover a preservação das espécies nativas de orquídeas, quer no seu hábitat, quer por meio de cultivo, evitando seu desaparecimento; c) promover exposições, feiras, mostras, palestras e demais iniciativas voltadas ao cultivo de orquídeas e demais espécies vegetais, mantendo, para tanto, intercâmbio com as demais sociedades congêneres do País e exterior.

(...)

Acontece que autoridade coatora, invocando os Códigos Florestais Federal e Estadual, e Código Estadual do Meio Ambiente, mais Regulamentos do Registro de Cadastro Florestal e do Sistema de Controle para Transporte de Produto Florestal, começou a exigir das associações de orquidófilos registro no Cadastro Florestal e, para as exposições, feiras, etc., a emissão de guia para realizar o transporte.

Daí surgiu o presente mandado de segurança preventivo ...

Portanto, há dois pontos básicos: o registro e a guia de transporte, os quais examino em conjunto.

O art. 1º da Lei-BR n. 4.771/1965 (Código Florestal Federal) diz: As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum ...

(...)

Por sua vez, repetindo o Código Federal, o art. 1º da Lei-RS n. 9.519 (Código Florestal Estadual) diz o seguinte: As florestas

nativas e as demais formas de vegetação natural existe no território estadual, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são consideradas bens de interesse comum ...

Invoca, também, a ilustre autoridade coatora, o art. 164 da Lei-RS n. 11.520, de 3.8.2000 (Código Estadual do Meio Ambiente), no qual consta: A exploração, transporte, depósito e comercialização, beneficiamento e consumo de produtos florestais e da flora nativa poderá ser feita por pessoas físicas ou jurídicas, desde que devidamente registradas no órgão competente e com o controle e fiscalização deste.

O texto não é claro quanto à exigência de registro de entidades como a Impetrante, e por decorrência submissão à respectiva fiscalização.

Essa falta de clareza é resolvida pelos Regulamentos, nos quais, de igual modo, não há previsão expressa, mas é possível a abrangência – e com isso adiantando que estou denegando a segurança – dentro de uma interpretação atenta às finalidades de tais diplomas, inclusive porque, de outro modo, fica aberta uma via de produção e transporte de plantas sem controle das autoridades ambientais, que pode ser utilizada por inescrupulosos, maculando as associações que atuam corretamente, como logo veremos.

O art. 2º do Decreto Estadual n. 35.095/1994 (regulamenta o Registro no Cadastro Florestal) diz que a ele estão sujeitos os produtores, consumidores e comerciantes de matéria-prima, produtos e subprodutos florestais, pessoas físicas e jurídicas que se encontram em atividade e se enquadram no art. 3º.

O art. 3º, I, define como matéria-prima florestal os produtos de origem florestal que não tenham sido submetidos a processamentos, tais como: toras, toretes, lenha, resina, plantas medicinais, ornamentais, comestíveis e aromáticas, frutos, folhas e cascas. O inc. II, e, define produtor como aquele que produz mudas florestais, ornamentais, medicinais e aromáticas.

Como vimos no início, um dos objetivos da Impetrante é preservar as orquídeas em seu hábitat ... Mas outro objetivo é cultivar orquídeas. Ora, um dos sentidos do verbo cultivar é exatamente dar condições para o nascimento e desenvolvimento de

plantas. Portanto, há produção de mudas de plantas ornamentais, como são as orquídeas, em ambientes fora de seu hábitat, ou seja, em orquidários ou viveiros.

Desse modo, é possível incluir a atividade da Impetrante na alínea e do inc. II do art. 3º do Decreto n. 35.095/1994, e por conseguinte a obrigação de registro no Cadastro Florestal como produtora de matéria-prima florestal.

No tocante à necessidade de guia para o transporte a fim de realizar exposições, a disciplina ocorre pelo Decreto Estadual n. 35.096, de 25.1.1994, cujo art. 1º, **caput**, institui o Sistema de Controle para o Transporte de Produto Florestal no Estado, e o parágrafo único institui a Autorização para o Transporte de Produto Florestal (ATPF).

O art. 3º, parágrafo único, considera produto florestal também as plantas medicinais, ornamentais ... Depois, no art. 5º, consta que a autorização para o transporte será fornecida pelo Órgão Florestal Estadual, na forma de guias, que obrigatoriamente devem acompanhar o produto florestal (...).

Talvez o Decreto n. 35.095/1994, que instituiu o registro no Cadastro Florestal, e o Decreto n. 35.096/1994, que instituiu o Sistema de Controle para o Transporte de Produto Florestal, exorbitassem face ao art. 1º da Lei-RS n. 9.519/1992 (Código Florestal Estadual), mas isso desapareceu a partir do art. 164 da Lei-RS n. 11.520, de 4.8.2000 (Código Estadual do Meio Ambiente). Nada obsta sejam tais decretos tomados por empréstimo como regulamentos do Código do Meio Ambiente.

(...)

Por fim, não olvido um aspecto que colabora para convencer-me pela denegação. Quem exerce a mesma atividade com fins lucrativos – e aqui estendo para toda e qualquer planta ornamental –, está sujeito ao registro no Cadastro Florestal e à guia de transporte. É a forma que a autoridade ambiental tem para controlar a respectiva produção, transporte, comércio e consumo, além da questão tributária. Caso não houver controle e fiscalização da mesma autoridade sobre a produção e transporte procedidos por entidades sem fins lucrativos, abre-se a oportunidade para a atuação de inescrupulosos, maculando as associações que atuam

corretamente, conforme referi acima. Passarão a ser utilizadas como ‘laranjas’, se me permitem um pouco de gíria. Se não há um registro da entidade informando que não possui fins lucrativos e não há um documento dizendo, por exemplo, que o transporte é para fins de exposição, como saberá a autoridade ambiental, e mesmo o Fisco, que o deslocamento não é para fins comerciais?

Por isso, eminentes colegas, em primeiro lugar, se a lei não é clara, os regulamentos, ao disciplinarem desse modo o controle e fiscalização, não a afrontam, de modo que merecem acolhida; e em segundo lugar, se os próprios regulamentos não são claros quanto às entidades sem fins lucrativos, impõe-se interpretá-los de modo a incluí-las na disciplina, inclusive para protegê-las, consoante os motivos expostos.” (fls. 116/127).

Valho-me desses argumentos para desprover o recurso. Como se percebe, a exigência malsinada provém de regulamento que, longe de exorbitar, deu conseqüências práticas às leis de preservação ambiental e florestal. Regulamento, é bom lembrar, não é mera repetição do texto legal, mas complementação de suas normas, para lhes dar conseqüências práticas. Se a lei não definiu com precisão o que se entende como produtor, o regulamento deve fazê-lo.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.207 – RJ

(Registro n. 2001.0195345-2)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: R Santos Cerealista, Comércio e Indústria
Advogados: José Oswaldo Corrêa e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Secretário de Fazenda e Controle Geral do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Alex Cordeiro Bertolucci e outros

EMENTA: Recurso ordinário em mandado de segurança – Recurso administrativo – Condicionante de depósito prévio – Constitucionalidade – Precedentes do colendo STF.

1. Consoante jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, é constitucional a condicionante do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo, não obstante considere-se que a Constituição Federal de 1988 não garante o duplo grau de jurisdição administrativa (STF, ADIn n. 1.049 e RE n. 210.246).

2. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 9.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O recurso ordinário em mandado de segurança que se examina recebeu, por parte da Ex.^{ma} Sra. Subprocuradora-Geral da República, no parecer de fls. 173/177, o relato seguinte (fls. 173/174):

“Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, fundamentado no art. 105, inciso II, alínea **b**, da **Lex Fundamentalis**, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual entendeu que a exigência prévia do depósito de percentual do valor do débito para interposição do recurso administrativo como condição de procedibilidade do texto constitucional, não viola o texto constitucional, na medida em que inexistente garantia ao duplo grau de jurisdição administrativa.

Alega o Recorrente que a exigência prévia do aludido depósito é inconstitucional e ilegal, pois, no seu entender, afronta princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, bem como o exercício do seu direito de petição, a garantia de propriedade e os termos do art. 146, III, da Constituição Federal, como ainda o princípio do duplo grau de jurisdição. Afirma, ainda, violação a dispositivos infraconstitucionais aplicáveis à espécie, dentre eles, o art. 151, III, do Código Tributário Nacional.”

O Ministério Público Federal, ao final do parecer apresentado, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Tenho que há de ser desprovido o recurso, como sugerido pelo Ministério Público Federal no corpo do parecer já referido, cujas excelentes razões adoto como razão de decidir, pelo que as registro (fls. 174/177):

“O recurso não comporta provimento.

É certo que a Constituição garante o direito de petição (art. 5^a, XXXIV, a), todavia, não deve ser confundido com eventual direito do contribuinte interpor recurso voluntário no âmbito administrativo. Àquele foi obedecido, quando a legislação fiscal garante a possibilidade de apresentação de defesa sem a exigência de qualquer pagamento e com o benefício da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previsto no art. 151, III, do CTN, perante a 1^a instância administrativa.

Assim, nesta primeira fase, onde é permitida a dilação probatória garantiu-se a ampla defesa e o contraditório, cumprindo a administração tributária o estreito respeito ao princípio da legalidade, vez que procedeu exames prévios das autuações antes da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, ao contribuinte é permitido defender-se e produzir todas as provas que julgar necessárias para a comprovação do alegado.

Já a 2^a instância administrativa tem caráter especial, que não se

confunde com o direito de petição. Com efeito, ela atende especialmente àquele contribuinte, que, ainda inconformado com a exigência fiscal, opta por uma nova manifestação da administração tributária antes de buscar a via judicial, que lhe é sempre facultada, tendo em vista o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

In casu, as normas estaduais atacadas reguladoras do processo administrativo guardam, sem dúvida, plena harmonia para com todos os princípios constitucionais já abordados, sendo de toda compatível com o disposto no art. 146, III, **b**, da Lei Maior.

Em outro momento, revela-se infrutífera a argumentação comumente oferecida pelos contribuintes, no sentido da observância obrigatória do duplo grau de jurisdição em sede administrativa. É verdade que há apenas uma previsão legal e não uma garantia na esfera judicial. Entretanto, na esfera administrativa, tampouco a previsão do duplo grau de jurisdição é prevista. Assim, como bem nos ensina o Professor **Nélson Nery Júnior**: ‘Não havendo garantia constitucional ao duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou superior a 50 OTNs (art. 34, Lei n. 6.830/1980), ou ainda não caber recursos de despachos (art. 504 do CPC)’. (*in* **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, p. 149).

Por tudo isso, a inexistência da garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição permite que sejam estabelecidas regras de admissibilidade dos recursos judiciais, limitando ou mesmo impedindo a possibilidade de recorrer, sem que isto represente violação à Carta Magna.

Ora, se não constitui violação à Constituição Federal a limitação ao recurso judicial, com muito mais razão não será afrontosa a limitação imposta ao recurso administrativo, mormente porque, em atenção aos princípios da unicidade e inafastabilidade da jurisdição, a matéria apreciada na esfera administrativa poderá, a qualquer tempo, ser revista em caráter definitivo no Judiciário.

Destarte, não encontram respaldo jurídico as alegações argüidas pelo Recorrente. De fato, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, já decidiu pela constitucionalidade da exigência prévia do depósito de **quantum** parcial do valor do débito para interposição

de recurso administrativo. É o que se observa nos arestos que se seguem dos tribunais pátrios, **in verbis**:

‘Extraordinário. Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Penalidade. Notificação. Recurso perante o DRT. Exigência do depósito prévio da multa. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. Afronta ao artigo 5º, LV, da CF. Inexistência.’ (RE n. 231.320-1-SE, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 28.8.1998).

Em outro momento:

‘Depósito de valor de multa.

O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIn n. 1.049 e o RE n. 210.246, decidiu que é constitucional a exigência do depósito do valor da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo.

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido.’ (RE n. 282.243-RN, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 12.12.2000).

No mesmo sentido:

‘Processo administrativo. Recurso. Depósito. Percentual de 30%. Medida Provisória n. 1.621/1997. Constitucionalidade.

Agravo de instrumento. Exigência de depósito de 30% do valor do débito para interposição de recurso administrativo. Constitucionalidade. A exigência do depósito de 30% da exação fiscal previsto no art. 33, § 2º, do Decreto n. 70.235, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 1.621/1997 – como condição de procedibilidade de recurso administrativo não viola o texto constitucional, na medida que inexistente garantia ao duplo grau de jurisdição administrativa (RE n. 169.077), além de estarem abertas as portas do Judiciário, onde o recorrente pode fazer valer seu eventual direito sem este depósito.

Assim, se a parte preferir discutir o débito no âmbito administrativo, deve se submeter às condições impostas para tanto.’ (Agravo n. 1999.80401045398-5-RS, Segunda Turma, TRF da 4ª Região).

Ademais, o desiderato da instituição do depósito recursal na esfera administrativa é agilizar a cobrança dos créditos tributários do Estado, uma vez que a grande maioria dos recursos interpostos possuem o fim exclusivamente protelatório, ou seja, apenas e tão-somente para suspender a exigibilidade do crédito tributário, adiando-se, assim, a sua cobrança definitiva.”

Na mesma esteira, os seguintes julgados do colendo STF:

“Recurso extraordinário. Administrativo. Recurso. Depósito prévio.

– O Plenário do STF, no julgamento do RE n. 210.246, decidiu pela constitucionalidade da exigência do depósito do valor da multa, como condição de admissibilidade do recurso administrativo.

– Precedentes.

– Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n. 210.244-GO, Segunda Turma, rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19.3.1999).

“Multa por degradação do meio ambiente.

– Exercida defesa prévia à homologação do auto de infração, não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso de recurso administrativo, pois não se insere, na Carta de 1988, garantia do duplo grau de jurisdição administrativa.

– Precedentes: ADIn n. 1.049, sessão de 18.5.1995, RE n. 210.246, 12.11.1997.

– Contrariedade não configurada, do disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição.

– Recurso extraordinário de que, por esse motivo, não se conhece.” (RE n. 169.077-MG, Primeira Turma, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 27.3.1998).

Ainda a respeito: STF, ADIn n. 836-6-DF, rel. eminente Min. Francisco Rezek; STJ, REsp n. 163.665-SE, rel. Min. Garcia Vieira; STJ, EDcl no REsp n. 114.969-MG, rel. Min. Garcia Vieira.

Assim sendo, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no douto parecer ministerial, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 158.661 – RJ

(Registro n. 97.0090505-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Paulo Jeronymo de Oliveira
Recorridos: Óticas Passarela Ltda-ME e outros
Advogado: Reinaldo Lellis dos Santos

EMENTA: Processual Civil e Tributário – Finsocial – Composição judicial com fundamentação de índole constitucional – Alegação de julgamento **extra petita** – (CPC, artigos 128 e 460) – Decreto-Lei n. 1.940/1982 – Leis n. 7.689/1988, 7.738/1989, 7.787/1989, 7.894/1989 e 8.147/1990.

1. Afastado o conhecimento de questões de natureza constitucional.

2. Guardando o julgado correlação com a causa de pedir e pedido, não se espraiando solução além dos limites do diferendo deduzido, as questões menores não têm repercussão para fincar a conclusão de vício na apreciação concretizada.

3. Como o pedido deve ser entendido conforme o conjunto consubstanciador da causa, a esta amoldando-se o julgado, não se reconhece composição judicial **extra petita** (fora do pedido). Somente ocorre quando a questão não foi incluída na litiscontestação, hipótese incorrente no caso.

4. Precedentes jurisprudenciais.

5. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 19.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O egrégio Tribunal Regional Federal da 2^a Região constituiu acórdão, consubstanciado na ementa, a saber:

“Tributário. Finsocial. Artigo 7^a da Lei n. 7.787/1989. Leis n. 7.894/1989 e 8.147/1990.

– O artigo 56 do ADCT não extinguiu o Finsocial, instituído pelo Decreto-Lei n. 1.940/1982, que continuou subsistindo até 1991, quando foi substituído pela Cofins, porém, sem os acréscimos de alíquota previstos no artigo 7^a da Lei n. 7.787/1989, no artigo 1^a da Lei n. 7.894/1989 e artigo 1^a da Lei n. 8.147/1990.” (fl. 142).

Manifestados embargos de declaração, foram rejeitados por aresto assim ementado:

“Tributário e Processual Civil. Finsocial.

– O acolhimento parcial do pedido para excluir tão-somente o excesso recolhido a título de Finsocial não implica em julgamento **extra** nem **ultra petita**, que importa no deferimento de matéria estranha ou além da pleiteada.

– O fato de serem prestadoras de serviços e não vendedoras de mercadorias das autoras, não influi sobre o julgamento, pois, a partir do artigo 28 da Lei n. 7.738/1989, ambas as categorias ficaram sujeitas ao mesmo regime.

– O objeto dos embargos declaratórios restringe-se à supressão dos vícios elencados no artigo 535 do CPC. Não apontado qualquer desses vícios, nega-se provimento ao recurso para confirmar o acórdão.” (fl. 157).

Contra o v. aresto, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Simultaneamente, foi apresentado recurso extraordinário, não admitido.

Não houve contra-razões.

A nobre Presidente do Tribunal de origem admitiu a via especial, por entender presentes as violações apontadas.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Da leitura dos autos aprisionou a memória que, em ação declaratória, vindicado o reconhecimento da inexistência da relação jurídico-obrigacional de recolher o Finsocial, a controvérsia foi solucionada cônsono ficou sumariado na ementa do ferretado v. acórdão:

“Tributário. Finsocial. Artigo 7^a da Lei n. 7.787/1989. Leis n. 7.894/1989 e 8.147/1990.

– O artigo 56 do ADCT não extinguiu o Finsocial, instituído pelo Decreto-Lei n. 1.940/1982, que continuou subsistindo até 1991, quando foi substituído pela Cofins, porém, sem os acréscimos de alíquota previstos no artigo 7^a da Lei n. 7.787/1989, no artigo 1^a da Lei n. 7.894/1989 e artigo 1^a da Lei n. 8.147/1990.” (fl. 142).

Diante do julgado, manifestados embargos de declaração, houve composição, conforme o acórdão abreviado nestes termos:

“Tributário e Processual Civil. Finsocial.

– O acolhimento parcial do pedido para excluir tão-somente o excesso recolhido a título de Finsocial não implica em julgamento

extra nem ultra petita, que importa no deferimento de matéria estranha ou além da pleiteada.

– O fato de serem prestadoras de serviços e não vendedoras de mercadorias duas das autoras, não influi sobre o julgamento, pois, a partir do artigo 28 da Lei n. 7.738/1989, ambas as categorias ficaram sujeitas ao mesmo regime.

– O objeto dos embargos declaratórios restringe-se à supressão dos vícios elencados no artigo 535 do CPC. Não apontado qualquer desses vícios, nega-se provimento ao recurso para confirmar o acórdão.” (fl. 157).

Inicialmente, na lida da admissibilidade, impõe-se registrar que a questão jurídico-litigiosa de fundo, diz tão-só com a alegada contrariedade aos artigos 128 e 460, CPC.

Pela seteira do exame permitido, prendendo-se a atenção à causa de pedir e pedido, sob essa iluminura, a inicial revela que a argumentação agregou-se ao Decreto-Lei n. 1.940/1982, às Leis n. 7.689/1988, 7.738/1989, 7.787/1989, 7.894/1989 e 8.147/1990. Pois bem; o v. julgado, fazendo ampla vigiliatura da legislação de regência, sem omitir aquela versada na articulação inaugural, ofereceu a prestação jurisdicional, conseqüente ao conhecimento, aplicando o direito à espécie (Súmula n. 456-STF). Significa dizer que o egrégio Tribunal **a quo**, em conhecendo da remessa e da apelação, apreciou as questões jurídicas, “aplicando o direito à espécie”, sem a eiva de julgamento **extra petita**. Com efeito, nessa perspectiva, descabe a cogitação de contrariedade ou negativa de vigência aos artigos 128 e 460, CPC, uma vez que o julgado, sem modificar o objeto, apenas dimensionou-o, conformando-o à causa no eito da prestação jurisdicional pedida.

A respeito do tema, custodiando as afirmações antecedentes, esta Turma tem precedentes, de pronto, pela similitude, comemorando-se o REsp de n. 73.844-RJ, relator Ministro José de Jesus Filho, **verbis**:

“... Conforme ressaltei no relatório, a Recorrente sustenta que houve julgamento **extra petita**, na medida que deferiu ao Autor coisa diversa da pretendida.

Entendo que não ocorreu tal fato, conforme se verá a seguir.

Cuida-se de mandado de segurança objetivando eximir-se do recolhimento do Finsocial, instituído na forma do art. 28 da Lei n. 7.738/1989, alterado pelo art. 7º da Lei n. 7.787/1989.

O v. acórdão perseguido, respondendo aos embargos de declaração, verberou que:

‘Quando a parte pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade total de uma norma legal, nada impede que se acolha parcialmente o pedido, reconhecendo-se que apenas determinados aspectos são inconstitucionais.

Com frequência, em arguições de inconstitucionalidade, por exemplo, em matéria tributária, quando essa inconstitucionalidade é reconhecida apenas parcialmente, por ofensa ao princípio da anualidade, atingindo certo período.

Dentro da lógica dos embargos, o juiz, ao decidir a lide, teria dois caminhos: acolher o pedido integralmente ou rejeitá-lo.

Ademais, pelo princípio da economia processual, a solução adotada é a mais acertada. Caso contrário, a empresa seria obrigada a propor outra ação, visando apenas à inconstitucionalidade dos artigos de leis que majoraram as alíquotas, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário com demandas que já poderiam estar solucionadas.

Não considero, portanto, que tenha havido julgamento **extra petita**, pois não se decidiu além do pedido e, sim, nos seus limites.’ (fl. 96).

Como visto, não houve julgamento **extra petita**, pois a Impetrante pretendia eximir-se totalmente da obrigação de recolher o Finsocial e o colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região lhe reconheceu o direito de não recolher apenas parte da referida contribuição social, decidiu a lide nos limites em que foi proposta.

Aliás, esta colenda Turma já apreciou matéria semelhante quando do julgamento do REsp n. 50.759-6-PE, relator o eminente Ministro Garcia Vieira, cujo aresto ficou assim ementado:

‘Finsocial. Pedido parcialmente procedente. Julgamento **extra petita**.

O Impetrante pretendeu eximir-se totalmente de recolher o Finsocial e o egrégio TRF da 5ª Região deu-lhe o direito de recolher apenas parte da contribuição social.

A lide foi decidida nos limites em que foi proposta.

Recurso improvido.” (in DJ de 17.10.1994).

Na mesma linha é o AgRg no Ag n. 46.939-5-AL, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, in DJ de 22.8.1994.” (in DJU de 5.2.1996).”

Para reforçar a compreensão, adotando a mesma linha de pensar, a propósito, confira-se:

“Processo Civil. Julgamento **extra petita**. Hipótese em que isso não ocorreu. Se o pedido visa à desoneração do recolhimento da contribuição para o Finsocial, tal como esta foi instituída pela Lei n. 7.689/1989, agravada em suas alíquotas pela Lei n. 7.787, de 1989, pela Lei n. 7.894, de 1989, e pela Lei n. 8.147, de 1987, o acórdão que, reconhecendo a inconstitucionalidade desses diplomas legais, deixa de aplicá-los, declarando subsistente a obrigação de pagar o imposto chamado de contribuição para o Finsocial pelo Decreto-Lei n. 1.940, de 1982, não implica em julgamento **extra petita**; se tivesse havido, teria beneficiado a União, precisamente quem disso reclama. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 83.401-RJ, rel. Min. Ari Pargendler, in DJU de 22.4.1996);

“Finsocial. Procedência parcial do pedido. Decisão **extra petita**. Inexistência.

Se o Impetrante pediu para se livrar da obrigação de recolher o Finsocial, o acórdão que lhe defere parcialmente o pedido, não ofende o art. 460 do CPC.” (REsp n. 82.395-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU de 13.5.1996);

“Tributário. Finsocial. Limites do pedido. Inconstitucionalidade parcial.

1. Não há decisão **extra petita** quando a parte formula pedido no sentido de se declarar totalmente inconstitucional a exigência de um determinado tributo e o acórdão aceita, apenas, parcialmente.

2. Ação visando a se eximir do pagamento do Finsocial, tendo o aresto recorrido reconhecido inconstitucional, somente, as majorações ocorridas.

3. Inexistência de violação aos arts. 128 e 460, CPC.

4. Recurso especial improvido.” (REsp n. 99.056-ES, rel. Min. José Delgado, in DJU de 4.11.1996);

“Tributário e Processual Civil. Finsocial (Decreto-Lei n. 1.940/1982, Lei n. 7.689/1988, Lei Complementar n. 7/1970). Restituição de indébito. Alegação de julgamento **extra petita**. CPC, artigos 128 e 460.

1. Como o pedido deve ser entendido conforme o conjunto consubstanciador da causa, a esta amoldando-se o julgado, não se reconhece composição judicial **extra petita** (fora do pedido). Somente ocorre quando a questão não foi incluída na litiscontestação, hipótese incorrente no caso.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 82.509-RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU de 9.12.1996);

“Processual Civil e Tributário. Finsocial. Julgamento **extra petita**. Inocorrência. Precedentes. STJ.

– O acórdão recorrido, ao conceder apenas parte da pretensão formulada, entendeu existir a obrigação de pagar o tributo devido sem as majorações das alíquotas, que reconheceu como inconstitucionais, decidindo dentro dos limites da lide.

– Recurso não conhecido.” (REsp n. 73.845-RJ, rel. Min. Peçanha Martins, in DJU de 17.11.1997).

Reanimando a motivação vencida, conhecendo da proposição irresignatória, *voto não provendo o recurso*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 165.011 – SP

(Registro n. 98.0012941-3)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrente: Rol Lex S/A Indústria
Advogados: Ricardo Gomes Lourenço e outros
Recorrida: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás
Advogados: Vladia Viana Régis e outros

EMENTA: Ação declaratória – Valor da causa – Empréstimo compulsório sobre energia elétrica – Art. 260 do CPC.

1. O simples fato de cuidar-se de ação declaratória não implica a inexistência de conteúdo econômico, nem autoriza seja o valor da causa fixado por simples estimativa.

2. Pretendendo-se a declaração de inexistência de determinada relação jurídica, o valor da causa deverá corresponder ao benefício econômico auferido. No caso concreto, tratando-se de parcelas vencidas e vincendas de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, o critério a ser adotado é o preconizado no artigo 260 do Código de Processo Civil.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 19.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Cuida-se de recurso especial, fundamentado na alínea c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

“Processo Civil. Agravo de instrumento. Impugnação ao valor da causa. Ação declaratória. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Prestações continuadas.

I – O valor da causa, na ação declaratória, correspondente à relação jurídica cuja existência se quer afirmar ou negar, há de ser o da

soma de 12 (doze) das prestações discutidas (obrigação por tempo superior a um ano), afastando-se a fixação por estimativa.

II – Agravo parcialmente provido.” (fl. 50).

Sustentou a parte interessada a inexistência de conteúdo econômico nas ações declaratórias, devendo ser o valor da causa estimativo e não determinado. Apontou dissídio com aresto do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Não houve contra-razões.

O nobre Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu a via especial, por entender configurado o dissídio.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Descortina-se recurso aviado ao derredor de acórdão que, negando provimento a agravo de instrumento, fixou o valor da causa, em ação declaratória, nos termos do artigo 260 do Código de Processo Civil, fincado o voto-condutor, **verbis**:

“... Cuida-se de ação declaratória objetivando a inexistência de relação jurídica que obrigue a Agravada ao recolhimento do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, com relação a prestações vencidas ou vincendas.

Ora, se assim é, o valor da causa na ação declaratória, correspondente à relação jurídica cuja existência se quer afirmar ou negar, há de ser o da soma de 12 (doze) das prestações discutidas (obrigação por tempo superior a um ano), não se admitindo possa a Autora atribuir-lhe valor por estimativa.” (fl. 48).

Aberto o pórtico para o conhecimento da irrisignação (art. 105, III, c, CF), observa-se que, no toar da questão jurídico-litigiosa de fundo, depara-se com tema conhecido na Corte, que assentou orientação no mesmo sentido da firmada pelo v. acórdão vergastado. A esse respeito, salutar rememorar voto proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp n. 4.242-RJ, in DJU de 22.10.1990, em que se discutiu sobre o valor da causa nas ações declaratórias:

“A circunstância de tratar-se de ação declaratória não significa, por si só, não tenha conteúdo econômico. No caso em julgamento, este parece-me evidente.

Segundo relatório, os autores da ação pretendem exonerar-se de responsabilidade relativa a uma compra de ações em que figuraram como fiadores. O conteúdo econômico desse negócio, de cuja responsabilidade pretendem exonerar-se, será o da ação; o proveito econômico será esse.”

Esta a ementa do julgado:

“A circunstância de tratar-se de ação declaratória não significa, por si só, não tenha conteúdo econômico. Pretendendo declaração de inexistência de responsabilidade, relativamente a determinado negócio, a significação econômica desse corresponderá ao valor da causa.”

Idêntico entendimento vem sendo adotado tanto nesta Primeira Turma, quanto na Segunda, conforme se depreende da ementa dos seguintes precedentes:

“Processual Civil. Ação declaratória. Valor da causa. Fixação por estimativa. Impossibilidade. Arts. 258 e 260 do CPC. Precedentes.

1. Na ação declaratória, ainda que sem conteúdo econômico imediato, o valor da causa deve corresponder à relação jurídica cuja existência ou inexistência pretende-se ver declarada.

2. Inteligência dos arts. 258 c.c. 260 do CPC.

3. Recurso especial improvido.” (REsp n. 166.007-SP, rel. Min. Peçanha Martins, in DJU de 8.5.2000).

“Processual Civil e Tributário. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Recolhimento. Ação declaratória negativa. Valor da causa. Conteúdo econômico quantificável. Afastada a possibilidade de fixação por mera estimativa.

1. O valor da causa na ação declaratória não necessariamente deve ser fixado pela parte, de forma aleatória, através de estimativa.

2. Pretendendo a autora seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento de parcelas vencidas e vincendas, relativas a determinada exação fiscal, o valor da causa

deverá corresponder ao benefício econômico auferido, caso o pedido venha a ser julgado procedente.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido. Decisão unânime.” (REsp n. 165.732-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, *in* DJU de 1.2.1999).

“Ação declaratória. Valor da causa. Prestação anual. Artigos 258 e 260 do Código de Processo Civil.

Em ação declaratória, deve ser dado um valor (artigo 258, CPC), correspondente ao benefício patrimonial pretendido.

Tratando-se de prestações continuadas, o valor da causa deverá corresponder à soma de doze dos valores discutidos (art. 260).” (REsp n. 164.640-SP, rel. Min. Hélio Mosimann, *in* DJU de 24.8.1998).

“Processual Civil. Ação declaratória. Valor da causa. Conteúdo econômico.

Existindo conteúdo econômico delimitado, não é possível atribuir-se valor da causa, por estimativa, à ação declaratória.

Recurso improvido.” (REsp n. 166.464-SP, rel. Min. Garcia Vieira, *in* DJU de 17.8.1998).

Nesse contexto, adiro ao entendimento esposado e exercitando o definitivo juízo de admissibilidade, *voto pelo não-provimento do recurso*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 255.861 – SP

(Registro n. 2000.0038461-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Recorrentes: Alfredo Almeida Júnior e outros
Advogados: Luís Eduardo Menezes Serra Netto e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Administrativo – Ações civis públicas conexas – Ação cautelar de seqüestro – Improcedência do pedido e extinção do processo – Julgamento do mérito – Eletropaulo – Conceito ampliado de servidor público – CF, art. 37 – CPC, artigos 269, I, 515 e §§ 1º e 2º – Lei n. 3.502/1958 (arts. 1º e 2º).

1. O Tribunal, apreciando apelação, com o sinete revisional, pode julgar procedente o pedido inicial (art. 515, §§ 1º e 2º, CPC). Não-ocorrência de contrariedade ou negativa de vigência ao artigo 269, I, CPC (art. 105, III, a, CF).

2. Os empregados ou dirigentes de concessionária de serviço público também estão sob as ordenanças do “princípio de moralidade”, escudo protetor dos interesses coletivos contra a lesividade. As leis surgem de fatos reais que não podem ser ignorados na interpretação e aplicação do texto legal editado com aquela finalidade.

3. Recurso sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 26 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 22.10.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Trata-se de recurso especial, fundado na alínea a do autorizativo constitucional, malferindo o v. aresto do

colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em ações civis públicas, reunidas pela conexidade, em sede de apelação, assim decidiu:

“Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei n. 3.502/1958. Atos praticados pelo diretor e assistente-executivo da Presidência. Possibilidade jurídica do pedido. A Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S/A é uma sociedade anônima de capital autorizado, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Embora regida pelo Direito Privado, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, não deixa de ser empresa pública, pois o seu capital é público, uma vez que, como demonstra a peça de fl. 69, a Fazenda do Estado detém praticamente a totalidade das ações. Recursos providos para determinar o julgamento das ações, pelo mérito.” (fl. 2.059).

Os embargos de declaração interpostos foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

“Recurso. Embargos de declaração. Alegação de omissão e contradição no acórdão. Inexistência dos vícios apontados. Artigo 535 do CPC. Os embargos de declaração ostentam a natureza processual de incidente de complementação do julgamento; objetivam um pronunciamento integrativo-retificador, a fim e aperfeiçoar a prestação jurisdicional, eliminando obscuridade, dúvida ou contradição, bem como sanando omissão que possam apresentar. Embargos rejeitados.” (fl. 2.101).

No recurso especial, os Recorrentes sustentam que o aresto negou vigência aos artigos 269, I, do Código de Processo Civil, e 1º, § 2º, da Lei n. 3.502/1958.

A respeito discorreram:

“34. Conforme já exposto, a r. sentença monocrática, ao apreciar o mérito das demandas **sub judice**, houve por bem indeferir os pedidos do Autor, ora recorrido, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, já que a legislação apontada como fundamento não se aplica ao caso dos autos.

35. Houve, assim, julgamento do mérito da demanda, conforme expressamente preconiza o artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

36. O v. acórdão recorrido, contudo, ao analisar os recursos de apelação interpostos pelos Recorridos, afirma que a r. sentença monocrática, muito embora tenha extinto o feito com amparo no dispositivo legal em tela, teria se limitado ao aspecto processual das demandas.”

Omissis

“42. Para que não haja dúvida quanto à decisão de mérito, lembre-se que foi produzida vasta prova, documental e pericial, comprovando a absoluta improcedência das alegações do Autor-recorrido. O convencimento do magistrado quanto à improcedência do pedido é, **data venia**, inafastável.

43. Ao julgar os recursos de apelação, concluindo que a r. sentença monocrática teria se limitado ao aspecto processual, portanto, o v. acórdão recorrido negou vigência ao artigo 269, I, do Código de Processo Civil, que prevê hipótese de extinção do processo com julgamento de mérito.”

Omissis

“44. Conforme também já exposto, o v. acórdão recorrido decidiu que a Lei Bilac Pinto se aplicaria ao caso dos autos, por entender ser a Eletropaulo sociedade de economia mista.

45. Assim, como o § 2º do artigo 1º da Lei n. 3.502/1958, equipara o dirigente ou empregado de autarquia ao dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, para fins de sua incidência, seria ela aplicável à Eletropaulo.

46. Ocorre, contudo, que a Eletropaulo não é sociedade de economia mista, **data maxima venia**, ao contrário do que entende o v. acórdão recorrido.

47. E sujeitar seus dirigentes ou empregados aos termos da Lei n. 3.502/1958, portanto, consiste em clara violação ao seu artigo 1º e § 2º.

48. A Eletropaulo, em verdade, é sociedade anônima, concessionária de serviço público, sendo certo que a mera participação acionária do Estado de São Paulo (hoje já inexistente, inclusive), não descaracteriza sua natureza jurídica de empresa privada.”

Omissis

“50. A Eletropaulo não foi criada por lei. E, ao contrário do que

alega o Ministério Público-recorrido, esta circunstância é suficiente para se concluir que não é ela empresa pública, autarquia, nem, tampouco, empresa de economia mista.”

Omissis

“57. Por outro lado, a participação acionária do Estado não a caracteriza como entidade estatal, posto que, para tanto, pouco importa se o Estado é acionista majoritário ou minoritário, mas, sim, o efetivo controle e participação ativa do Poder Público na empresa, o que não ocorre no caso da Eletropaulo.

58. Ora, se a Eletropaulo não é sociedade de economia mista, não há que se falar na aplicação da Lei n. 3.502/1958 ao caso dos autos.” (fls. 2.114/2.119).

Concluem:

“Diante do exposto, presentes os requisitos de cabimento do recurso especial ora interposto, bem como demonstradas as flagrantes violações a dispositivos federais, requer seja o mesmo recebido e provido para o fim de reformar o v. acórdão recorrido, mantendo-se a r. sentença monocrática e julgando-se extinto o processo com julgamento de mérito.” (fl. 2.120).

Contra-arrazoando, o Estado de São Paulo disse que “o recurso parece padecer de um vício insanável ao não esclarecer o porquê insiste na tese de ter havido um julgamento de mérito, quando sua argumentação básica neste item é exatamente algo que já foi esclarecido pelos eminentes julgadores de 2ª instância, qual seja, a aplicabilidade da Lei Bilac Pinto na hipótese.”

Aduziu ainda:

“A respeito da aplicabilidade da mencionada lei, tal questão foi magistralmente decidida pelo egrégio Tribunal **a quo**. Não obstante, não parece exagero enfatizar os motivos principais que embasam tal conclusão.

Com efeito, dispõe o art. 1º da citada lei:

‘O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se

beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores.’

§ 2º: *‘Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba ou aplique contribuições parafiscais.’*

Assim sendo, percebe-se facilmente a amplitude do preceito em tela, ao equiparar aos agentes e servidores da Administração Direta quaisquer dirigentes ou empregados de outras entidades de que o Estado participe, de alguma forma.

Apesar de sua natureza jurídica de direito privado, a Eletropaulo era, à época dos fatos, uma empresa sob o controle acionário do Estado. Aliás, também possuem natureza jurídica de direito privado as sociedades de economia mista, mencionadas no dispositivo supratranscrito, o que, de forma alguma, impede sua submissão aos termos da Lei n. 3.502/1958.” (fls. 2.127/2.128).

Em suas contra-razões, o Ministério Público alega que, em relação aos artigos 269, I, do Código de Processo Civil, e 1º, § 2º, da Lei n. 3.502/1958, falta o prequestionamento. No mérito, sustenta que “a questão da aplicação da Lei Bilac Pinto, bem como da qualidade da Eletropaulo, como pessoa jurídica de direito privado, mas como capital público, se circunscrevia no âmbito das condições da ação e, portanto, tratava-se de matéria processual. Impróprio, portanto, se mostrava a apreciação dessa questão como de mérito.”

Ao admitir o seguimento do recurso especial, o nobre 4º Vice-Presidente do Tribunal **a quo** finalizou:

“A matéria legal controvertida foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, portanto, o requisito do prequestionamento.

Há menção ao dispositivo legal tido como violado, não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais ou sumulares, preenchendo, pois, o recurso, os requisitos do Regimento Interno da colenda Corte Superior.” (fl. 2.138).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Garimpendo-se as informações processuais sublinha-se que, em ações civis públicas conexas, precedidas de ação cautelar de seqüestro, todas ajuizadas pelo Ministério Público, foi constituído o verumado v. acórdão, assim sumariado:

– “Ação civil pública. Improbidade administrativa. Lei n. 3.502/1958. Atos praticados pelo diretor e assistente-executivo da Presidência. Possibilidade jurídica do pedido. A Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S/A é uma sociedade anônima de capital autorizado, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Embora regida pelo Direito Privado, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, não deixa de ser empresa pública, pois o seu capital é público, uma vez que, como demonstra a peça de fl. 69, a Fazenda do Estado detém praticamente a totalidade das ações. Recursos providos para determinar o julgamento das ações, pelo mérito.” (fl. 2.059).

Rejeitados os embargos declaratórios, adveio o recurso especial sustentando que o julgado contrariou o artigo 269, I, CPC e, ainda, o artigo 1º, § 2º, Lei n. 3.502/1958.

No âmbito processual da admissibilidade, antes de tudo, é preciso lembrar que o despique foi lançado contra os arestos constituídos nos julgamentos da apelação e dos embargos declaratórios, como pré-dito, sob as afirmações de contrariedade aos padrões legais pontuados.

Nessa trilha, considerados os conteúdos dos julgados, emergindo o exame das questões postas, ficando exaltado o prequestionamento, o recurso favorece-se do definitivo juízo de admissibilidade, abrindo-se o pórtico para o seu conhecimento (art. 105, III, a, CF).

Desembaraçado, pois, o exame, têm exultância as observações feitas na apreciação dos embargos declaratórios, assim:

“Foi salientado no acórdão embargado que, embora o MM. Juiz tenha julgado a ação improcedente, com base no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, na realidade não examinou o mérito da questão que lhe foi apresentada. Limitou-se a julgar extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que a Lei n. 3.502/1958 não se aplica ao caso, pois ‘a Eletropaulo – Eletricidade

de São Paulo S/A, conquanto concessionária do serviço público federal, não guarda o perfil de autarquia, sociedade de economia mista, ou paraestatal, sendo, à própria evidência, sociedade anônima de direito privado'. Concluiu o douto Magistrado que, 'considerando que ao atos de improbidade administrativa, perpetrados, em tese, pelos requeridos, ocorreram enquanto na administração de sociedade anônima comum, ao tempo da Lei Bilac Pinto, não se subsume o conceito dos fatos ao tipo de improbidade administrativa expresso na lei de regência (Lei n. 3.502/1958), o que enseja o decreto de improcedência dos pedidos'.

A questão da possibilidade jurídica do pedido foi Eletricidade de São Paulo S/A, como se vê do Estatuto de fls. 58/69, é uma sociedade anônima de capital autorizado, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Embora regida pelo Direito Privado, nos termos do artigo 173, § 1^a, da Constituição Federal, não deixa de ser empresa pública, pois o seu capital é público, uma vez que, como demonstra a peça de fl. 69, a Fazenda do Estado detém praticamente a totalidade das ações.

Assim, por se tratar de empresa pública, seus diretores e empregados, nos casos de improbidade administrativa, estão sujeitos às Leis n. 3.502/1958 e 8.429/1992." (fls. 2.102 e 2.103).

Descortinado esse itinerário, para o deslinde, tem relevância destacar a finalização da r. sentença, a dizer: "... considerando que os atos de improbidade administrativa, perpetrados, em tese, pelos requeridos, ocorreram enquanto na administração de sociedade anônima comum, ao tempo da Lei Bilac Pinto, não se subsume o conceito dos fatos ao tipo de improbidade administrativa expresso na lei de regência (Lei n. 3.502/1958), o que enseja o decreto de improcedência dos pedidos". (fl. 2.102).

Aí o núcleo da quizília jurídica: albergando a aplicabilidade dos referenciados padrões legais, a efetivação, ou não, do julgamento do mérito.

Ora em diante é oportuno lembrar que, mesmo saneado o processo, na apelação, não fica o Tribunal impedido de apreciar as condições da ação, que continuam alforriadas da preclusão (§ 3^o, art. 267, CPC). Por outra espia, quanto à extinção do processo, conforme o julgado afete apenas formalmente o processamento ou materialmente a pretensão deduzida, relembra-se que, no caso, a extinção tem por vinco básico a inaplicabilidade da Lei n. 3.502/1958 (art. 1^o, § 2^o), assentando-se nas disposições do artigo 269, I,

CPC. Logo, o julgado tem a repercussão do juízo de mérito. Contudo, à luz do art. 219, I, CPC, “O texto regula os casos em que o processo se encerra com ‘julgamento de mérito’. Mas nem todas as hipóteses nele figuradas são de ‘julgamento’, pois algumas há em que isso não acontece, uma vez que a lide, em vez de composta pelo Estado, através da sentença, é composta pelos interessados por ato próprio. Em qualquer das distintas situações previstas, o processo se extingue, mas nem sempre em virtude de um julgamento, no sentido de compor a lide por ato do juiz ...” (E. D. Moniz de Aragão, in Comentários ao CPC, vol. II, p. 420, Forense, 9ª ed.).

Assim considerado, inclusive, ficando diminuída a significância do **nomem juris** que seja dado à comentada sentença (*terminativa* do processo ou *definitiva* no exame do mérito), exsurge que a pretensão jurisdicional foi exercida em torno de coordenadas tracejadas pela pretensão deduzida. Mas, seja neste ou naquele rumo, acolha-se que tenha alcançado, ou não, o mérito ou constitua apenas composição interlocutória (ou preliminar) do mérito, soa forte que, interposta e recebida a apelação, à vista do caso concreto, tal como fez, na extensão integral da sua jurisdição e com profundidade, o Tribunal a **quo** podia examinar as condições da ação e com o sinete revisional no merecimento. Máxime, quando o Tribunal provê a apelação interposta pela parte-autora para julgar procedente o pedido inicial (art. 515, §§ 1º e 2º, CPC). À mão de ilustrar: REsp n. 54.538-2-PE, rel. Min. Barros Monteiro; REsp n. 7.212-SP, rel. Min. Ilmar Galvão; REsp n. 9.906-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro.

Nessa lida de considerações, evidencia-se que a composição pode não ter convencido os Recorrentes e, daí o inconformismo delineado na via especial, todavia, por si, não assoalha que o julgado contrariou ou negou vigência ao artigo 269, I, CPC.

No eito da argüição presa à inaplicabilidade da Lei n. 3.502/1958 (art. 1º, § 2º), argumentaram os Recorrentes que a Eletropaulo não é sociedade de economia mista e, sim, anônima, portanto, seus dirigentes ou empregados não estão sob a incidência daquelas disposições legais.

Por essa senda, desde logo, é bom alteiar anotação feita pelo v. acórdão:

“Os fatos mencionados na inicial ocorreram no período de 23.12.1988 a 15.3.1991, na vigência da Lei Federal n. 3.502/1958, sendo, portanto, inaplicável ao caso o disposto na Lei n. 8.429/1992.

A Lei n. 3.502, de 21.12.1958 regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso

do cargo ou função, dispondo no artigo 1^a que, ‘O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito, ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores’.

Nos termos do § 1^a, a expressão ‘servidor público’, compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos, quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.” (fl. 2.062).

Ficando livre de exame, a questão de direito temporal – época dos fatos e período da vigência da Lei n. 3.502/1958 –, uma vez que não houve específico questionamento ou prequestionamento, nesse ponto, descabe exame (Súmulas n. 282 e 356-STF). Cinge-se, pois, somente à aplicação, ou não, das multicitadas disposições aos empregados e dirigentes da Eletropaulo.

À vista do limite para o conhecimento, com importância, a trato de *improbidade administrativa*, não pode ficar esquecida a necessária louvação de que, sem flexibilidade, *todos os servidores* devem culto à *moralidade administrativa* (art. 37, CF), escudo protetor contra a lesividade aos interesses da Administração Pública. Sobre essas linhas, não é sem razão que o artigo 37 da Constituição Federal, além dos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade, como elemento constitutivo do ato administrativo a “princípio da moralidade”. Davante, o ato pode ser legal no aspecto da sua constituição formal, mas se imoral, o ato será nulo.

Sob as ordenanças dessas idéias, sendo a moralidade alavanca de proteção à ordem pública (interesses gerais da sociedade), compreende-se porque o artigo 1^a, § 2^a, Lei n. 3.502/1958, oferece abrangentes e distintas hipóteses para qualificar o sujeito da incidência: *servidor público*, ou dirigente, ou *empregado* de autarquia. Significa dizer, **lato sensu**, que todo *servidor público*, mesmo não vinculado à autarquia. Pensar em contrário será fugir da finalidade daquela lei e sombrear o “princípio da moralidade” e as conseqüências danosas aos interesses públicos.

Demais, seja esta ou aquela a natureza da pessoa jurídica da Eletropaulo, importante é que o ato tenha reflexos nos interesses públicos. Ou será que os seus atos não estão sob o “garante” da moralidade administrativa? Claro que sim. Pois é concessionária de *serviço público*. Desse modo, o fato de ser *sociedade anônima* não livra os seus empregados e dirigentes da obediência à supremacia de conduta apropriada aos interesses públicos.

É caso de alargamento da noção de *servidor público* diante de afivelado ato de improbidade no cipoal de enriquecimento ilícito, seja na Administração Direta ou Indireta ao fim e cabo, lesando o patrimônio do Estado. Cônsono à finalidade do texto legal em comento (art. 1º, § 2º, Lei n. 3.502/1958) é a forma de responsabilizar os agentes públicos ou *terceiros* colhidos em práticas atentatórias à moralidade pública.

Pela guia dessa compreensão, finca-se que a malsinada equiparação ao servidor público não configura a sugerida contrariedade ou negativa de vigência (art. 105, III, a, CF). Enfim, devendo corresponder ou expressar realidades superiores e necessárias, as leis surgem de fatos reais, por isso, os efeitos destes não podem ser ignorados na interpretação e aplicação do texto legal.

Confluente à exposição, *voto negando provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 272.612 – PI

(Registro n. 2000.0082167-5)

Relator: Ministro José Delgado
Relator p/ acórdão: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Manoel Barbosa Lima – Empresa Líder
Advogados: Marília Stella Ferraz Barbosa e outros
Recorrido: Jurandi Vieira de Sousa e Companhia Ltda
Advogados: Francisco Soares Campelo Filho e outros
Recorrido: Diretor-Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Piauí – DER/PI
Advogados: Waldir Sousa Macedo e outros
Sustentação oral: Adriana Mendonça S. Moura (pela recorrente)

EMENTA: Administrativo – Exploração de linha de ônibus – Licitação.

– “A exploração de linha de ônibus só pode ser permitida através de licitação. Contra ato flagrantemente ilegal é admissível a

impetração de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha.

Recurso provido.” (RMS n. 7.651-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 3.8.1998, p. 82).

– Com a contratação sem prévia licitação, a Administração violou o direito subjetivo do recorrente e de outras empresas de transporte que poderiam concorrer à exploração da linha, além de infringir aos princípios da legalidade e da publicidade.

– Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão dando provimento ao recurso, por unanimidade, não conhecer do recurso quanto à matéria de natureza constitucional e, na parte conhecida, por maioria, vencidos os Srs. Ministros José Delgado e Milton Luiz Pereira, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Francisco Falcão. Votaram os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 21 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 17.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Manoel Barbosa Lima – Empresa Líder insurge-se, via recurso especial (fls. 170/187), ao abrigo das alíneas a e c do inc. III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão (fls. 150/154) proferido pela Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Piauí, assim ementado:

“Mandado de segurança. Inexistência de direito líquido e certo do Impetrante, segundo **Luiz Roberto Barroso**, a ‘eficácia social da

norma é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos, ineficazes seriam os comandos constitucionais se não aplicadas à concorrência as regras de ‘não-exclusividade’, liberdade de escolha do usuário’ e estímulo à ‘competitividade’. Preliminares rejeitadas. Recursos conhecidos e providos.”

Noticiam os autos que a empresa ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Piauí objetivando fosse desfeito à autoridade indigitada coatora conceder itinerários na linha *Teresina/Colônia* a terceiros, sem o devido processo licitatório, determinando, em consequência, a fiscalização mediante aplicação das medidas administrativas necessárias pelo DER junto à Empresa Jurandi, em especial, ou a qualquer outra que realize transporte clandestino e precário na linha em questão. Aduziu que é empresa da área de transporte público intermunicipal e possui permissão do DER, desde 31.5.1976, para explorar a linha entre as cidades de *Teresina/Colônia*. Todavia, em novembro/1998, teve conhecimento de que a Empresa Jurandi obteve da autoridade coatora permissão para explorar o mesmo itinerário. Afirma que não é a primeira vez que o Diretor-Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Piauí concede itinerários já servidos pela Recorrente a terceiros, em especial à Empresa Jurandi, afrontando, assim, o seu direito de preferência insculpido nos arts. 16 e 17 do Decreto n. 786/1967, **litteris**:

“Art. 16. Poderá ser concedida permissão para mais de uma empresa em um mesmo itinerário desde que o DER verifique a insuficiência dos serviços existentes e se comprove a sua necessidade pelas estatísticas de tráfego e estudos das condições econômicas da região, não podendo, entretanto, haver coincidência ou injustificável aproximação de horários, nem diferenças de tarifas.

Parágrafo único. Ter-se-á por comprovada a necessidade de transporte em regiões já servidas, desde que o índice de aproveitamento de lugares oferecidos ao público seja superior a 75%.

Art. 17. Sempre que for constatada a insuficiência de transporte na forma do artigo anterior, haja ou não requerimento de terceiro para explorar linha no mesmo itinerário, o permissionário da linha existente será consultado sobre a possibilidade de cumprir as exigências do DER/PI, para atendimento das necessidades de transporte na região.”

Finalmente, afirma que foram violados os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, e os arts. 1^o e 2^o da Lei n. 8.666/1993.

O r. juízo monocrático proferiu sentença concedendo a segurança pleiteada no sentido de que a Empresa-recorrente continuasse a operar a linha de transporte da forma costumeira, uma vez que o contrato firmado entre o DER e a Empresa Jurandi Vieira de Sousa e Cia Ltda já havia vencido, não operando, portanto, nenhum efeito legal.

Irresignada, apelou a Empresa Jurandi, aduzindo que merece ser reformada a d. sentença, tendo o egrégio Tribunal **a quo**, por unanimidade, dado provimento ao apelo voluntário ao argumento de que não existe direito líquido e certo da Empresa-impetrante, pois, entender de forma contrária significaria que “todas as linhas de ônibus existentes que passam por Demerval Lobão estariam impedidas de trafegarem, uma vez que a Empresa-impetrante possui uma linha Teresina/Oeiras, e obrigatoriamente, passa por aquela Cidade e Município” (fl. 152).

Interpostos embargos de declaração (fls. 157/158) pela Empresa Manoel Barbosa Lima – Empresa Líder, estes foram improvidos e julgados meramente protelatórios, aplicando-se-lhe, em consequência, multa de 1% (um por cento).

Utilizando-se da via extraordinária, Manoel Barbosa Lima – Empresa Líder interpôs recurso especial com base no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, sustentando ofensa ao art. 1º da Lei n. 8.666/1993, arts. 165, 458, II, e 535 do CPC, e que o v. acórdão atacado deu-lhes interpretação diversa da que foi emprestada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e por esta Corte Superior.

Alega, em síntese, que o v. aresto merece ser anulado pelos seguintes fundamentos:

a) sequer fez referência ou apreciou as preliminares requeridas, sendo, portanto, carente de fundamentação, indo de encontro ao preceituado nos arts. 165 e 458, II, do CPC, que transcrevo:

“Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – ...

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – ...”;

b) contrariou a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações Públicas), em especial, os seguintes dispositivos:

“Art. 1º. Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.”

c) ofendeu o disposto no art. 1º da Lei n. 1.533/1951, **verbis**:

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

d) reconheceu a validade de lei estadual, indo de encontro à Constituição Federal, violando o seu art. 37, XXI, **verbis**:

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

...

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual

somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

e) divergiu do entendimento dado à matéria por esta Corte, em outras oportunidades, como fazem prova os seguintes arestos:

“Ato administrativo. Licitação. Linhas de ônibus. Ato ilegal. Mandado de segurança. Efeito suspensivo. Possibilidade. A exploração de linha de ônibus só pode ser permitida através de licitação. Contra ato flagrantemente ilegal é admissível a impetração de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha.” (STJ, Primeira Turma, RMS n. 7.651-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 12.5.1998, deram provimento, maioria, DJU de 3.8.1998, p. 82).

“Administrativo. Concessão. Linhas de ônibus. Exploração por outra empresa, mediante permissão sem licitação. Impossibilidade. Não pode o Poder Público autorizar a exploração, mediante mera autorização, sem licitação e sem audiência do concessionário, de linha de ônibus que interfira com a que já é objeto de concessão, sobre cujo serviço não aponta nenhuma queixa.” (STJ, Primeira Turma, RMS n. 4.912-RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 5.4.1995, deram provimento, v.u., DJU de 15.5.1995, p. 13.365).

f) violou, ao negar provimento aos embargos de declaração opostos, o art. 535 do CPC:

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

Foram manejados embargos de declaração (fls. 247/253) buscando o prequestionamento dos arts. 37, XXI, e 165 da Carta Magna, os quais foram rejeitados (fls. 258/260).

Recurso extraordinário foi interposto (fls. 263/279).

Contra-razões foram apresentadas (fls. 336/355) pela empresa Jurandi Vieira de Sousa e Cia Ltda, pugnando pela manutenção do aresto recorrido.

Exercido o juízo de admissibilidade positivo pelo Tribunal **a quo** (fls. 373/376), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

“Administrativo. Mandado de segurança. Direito líquido e certo inexistente.

1. A empresa exploradora de determinada linha de ônibus não cristaliza ser possuidora de direito líquido e certo a ser protegido, via mandado de segurança, quando impugna ato de permissão, a título precário, de exploração de linha com percurso diferente ao de outra empresa.

2. Pretendido monopólio de exploração de transporte de passageiros que não se prestigia.

3. Segurança denegada.”

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O voto-condutor do acórdão recorrido está posto nos termos seguintes (fls. 152/153):

“Pretende a Autora, através de mandado de segurança, a sustação do transporte efetuado pela Empresa Jurandi, no trecho Teresina/Colônia; para tal pretensão invoca a Impetrante a ilegalidade do Órgão-impetrado ao conceder permissão à referida empresa, para transportar passageiros entre as cidades de Teresina e Colônia, ferindo, assim, o disposto nos arts. 16 e 17 do Decreto n. 786/1967.

Examinando os presentes autos, verifica-se considerar em que pese a sentença de 1^o grau da lavra do eminente Dr. Juiz de Direito da 2^a Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Capital, a meu ver, não existe direito líquido e certo do Impetrante.

Achamos equivocada a afirmação do Impetrante de que a Empresa Jurandi teria sido beneficiada pelo DER/PI, apontado como autoridade coatora, permitindo a concessão de um itinerário dela Impetrante, infringindo o disposto nos artigos 16 e 17 do Decreto n. 786/1967.

Com efeito, a referida interpretação é duvidosa; o art. 16 do mencionado decreto diz o seguinte:

‘Poderá ser concedida permissão para mais de uma empresa em um mesmo itinerário desde que o DER verifique a insuficiência dos serviços existentes e se comprove a sua necessidade pelas estatísticas de tráfego e estudo das condições econômicas da região, não podendo, entretanto, haver coincidência ou injustificável aproximação de horários nem diferenças de tarifas.’

Ressalte-se que seja mesmo itinerário: é o trajeto que faz um ônibus, de um Município a outro, não importando os seccionamentos havidos entre os dois pontos.

Na hipótese, vale dizer-se que pelo entendimento do Impetrante, ora apelada, todas as linhas de ônibus existentes que passam por Demerval Lobão estariam impedidas de trafegarem, uma vez que a Empresa-impetrante possui uma linha Teresina/Oeiras, e obrigatoriamente, passa por aquela Cidade e Município.

Direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvida, que está isento de obscuridade, que não precisa ser declarado com o exame de provas, que é de si mesmo, concludente, ensina **Pontes de Miranda**.

O DER/PI é o órgão que controla a eficácia social da norma e a fiscalização do comando normativo, do sistema de transporte coletivo no Estado do Piauí.

Segundo o entendimento de **Luiz Roberto Barroso**, a ‘eficácia social da norma é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos, ineficazes seriam os comandos constitucionais se não aplicadas à concorrência as regras de ‘não-exclusividade’, ‘liberdade de escolha do usuário’ e estímulo à ‘competitividade’.

Ante o exposto, conheço dos recursos, dou-lhes provimento, para reformar a decisão apelada, em harmonia com o parecer ministerial.”

O mencionado aresto foi complementado com decisão proferida em embargos de declaração, onde está afirmado (fls. 163/164):

“Pretende a Apelante, através de embargos declaratórios, esclarecer se o egrégio Tribunal de Justiça, ao reconhecer o contrato de concessão firmado é legítimo não contrariar o disposto na Lei Federal n. 8.666/1993 que obriga o DER, para realizar contratos de concessão, licitar previamente os trechos.

Ao exame dos autos, verifica-se que a demanda desenvolveu-se como fundamento o Decreto n. 786/1967, jamais a Lei n. 8.666/1993, agora questionada pela Embargante.

Com efeito, a indicação supramencionada é duvidosa, o art. 16 do referido decreto diz o seguinte:

‘Poderá ser concedida permissão para mais de uma empresa em um mesmo itinerário desde que o DER verifique a insuficiência dos serviços e se comprove a sua necessidade pelas estatísticas de tráfego e estudo das condições econômicas da região, não podendo, entretanto, haver coincidência ou injustificável aproximação de horários nem diferenças de tarifas.’

De conformidade com a Súmula n. 317 do STF: ‘São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior em que se verificou a omissão’.

Na hipótese, não houve por parte da Embargante qualquer questionamento no que diz respeito à indicação da Lei n. 8.666/1993, mesmo porque nos casos dos autos, não tenho conhecimento de ter havido processo liquidatório.

Ante o exposto, conheço dos embargos, mas para negar-lhes provimento, mantendo, assim, o acórdão atacado.”

A Recorrente, empresa-impetrante, aponta, em sede de recurso especial, violação aos arts. 535 do CPC; 37, XXI, da CF, e 1ª da Lei n. 8.666/1993, além de divergência jurisprudencial.

Não merece ser provido o recurso.

Destaco que o mandado de segurança, em 2ª grau, foi denegado sob o fundamento central da inexistência de direito líquido e certo, haja vista ser equivocada a afirmação da Impetrante de que a Empresa Jurandi, litisconsorte necessária, teria sido beneficiada pelo DER/PI, por, na hipótese, não se cuidar do mesmo itinerário, isto é, da mesma linha de exploração de transporte.

Sob esse fundamento, o acórdão entendeu inexistir direito líquido e certo a ser protegido.

Tenho como correta essa compreensão.

A linha explorada pela Recorrente compreende o trecho iniciado na cidade de Teresina com seu final em São João do Piauí, com seccionamento nas cidades de Demerval Lobão, Monsenhor Gil, Estaca Zero, Água Branca, São Pedro, Regeneração, Tanque, Corrente, Oeiras, Colônia e outras cidades.

A linha concedida à litisconsorte necessária tem seu início em Teresina com final em Colônia do Piauí, com seccionamentos em Regeneração, Amarante, Floriano e Oeiras.

São, portanto, percursos diferentes, a demonstrar que direito subjetivo da Recorrente não foi atingido.

Esse fundamento do acórdão é suficiente para a denegação da segurança.

Não contribui para a solução da demanda, em face do panorama suso descrito, a alegada violação à Lei n. 8.666/1993.

Isto posto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve a denegação do mandado de segurança impetrado para revogar o ato do Departamento de Estradas de Rodagem do Piauí, que concedeu permissão à Empresa-recorrida para explorar a linha *Teresina/Colônia do Piauí*, com seccionamentos nos Municípios de Regeneração, Amarante, Floriano e Oeiras (fl. 13).

Alega a Recorrente que a concessão da permissão foi feita sem o devido processo licitatório, afirmando que desde 31.5.1976, possui permissão do DER para explorar a linha entre as cidades de *Teresina/Colônia*.

Assevera que o acórdão recorrido infringiu o art. 1^º da Lei n. 1.533/1951, arts. 165, 458, II; 535 do CPC, e arts. 1^º e 2^º da Lei n. 8.666/1993.

O Ministro-Relator entendeu que não houve violação à Lei n. 8.666/1993, observando ainda que os percursos concedidos são diferentes, não havendo ofensa ao direito subjetivo da Recorrente.

Peço vênua ao Ministro-Relator para acolher a tese do Recorrente.

O contrato celebrado pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Piauí e a Recorrida, permite a exploração da linha que vai de Teresina à

Colônia do Piauí (fl. 13), enquanto que a Empresa-recorrente tem permissão do trecho que vai de Teresina a São João do Piauí (fl. 16).

Observando o mapa (fl. 41) do percurso das empresas litigantes, constata-se que as duas linhas trafegam pela mesma rodovia, havendo superposição de trajeto em quase toda a extensão do trecho concedido à Empresa-recorrente.

O Decreto n. 786/1967 admite a concessão de permissão para mais de uma empresa em um mesmo itinerário, desde que verificada a insuficiência dos serviços existentes e se comprove a sua necessidade pelas estatísticas de tráfego e estudo das condições econômicas da região.

O contrato celebrado entre o DER e a Recorrida não traz qualquer motivação para a concessão em tela, o que redundaria em ilegalidade de sua concessão em face da superposição acima observada.

Ademais, mesmo entendendo que os itinerários são diferentes e que o DER local poderia conceder a permissão em comento, tenho que existe um obstáculo intransponível à exploração da linha em tela.

O contrato acima citado não foi precedido do regular procedimento licitatório, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 8.666/1993, **verbis**:

“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.”

O dispositivo suso mencionado guarda fundamento no art. 175 da Constituição Federal, pelo qual incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, sempre através de licitação.

Com a contratação sem prévia licitação, a Administração violou o direito subjetivo do Recorrente e de outras empresas de transporte que poderiam concorrer à exploração da linha, além de infringir os princípios da legalidade e da publicidade.

No mesmo diapasão, destaco a ementa dos seguintes julgados, **verbis**:

“Ato administrativo. Licitação. Linha de ônibus. Ato ilegal. Mandado de segurança. Efeito suspensivo. Possibilidade. A exploração de linha de ônibus só pode ser permitida através de licitação. Contra ato

flagrantemente ilegal é admissível a impetração de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha.

Recurso provido.” (RMS n. 7.651-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 3.8.1998, p. 82).

“Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Conversão de autorização de serviço público de transporte coletivo de passageiros em contrato de concessão. Inconstitucionalidade.

I – Ofende o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 a concessão de serviço público sem prévio procedimento licitatório, ainda que a contratada já prestasse atividade delegada pelo Poder Público sob a forma de autorização.

II – O deferimento de prolongamento de trecho de itinerário de linha rodoviária intermunicipal que afete a esfera patrimonial de outra empresa que o explorava – com exclusividade e por prazo determinado, antes garantida pelo Poder Público –, imprescinde da oitiva da parte interessada, não podendo ser procedido como forma de penalização da empresa sem instauração de procedimento administrativo que apure a ineficiência ou má prestação do serviço delegado.” (RMS n. 6.918-TO, rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, DJU de 15.5.2000, p. 148).

“I – Processual. Mandado de segurança. Empresa transportadora. Legitimidade. Permissão outorgada sem licitação.

– Empresa que se dedica ao transporte de passageiro tem interesse e legitimidade para impetrar mandado de segurança com o escopo de desconstituir outorga de linhas, sem licitação pública.

II – Administrativo. Ato nulo. Fundamento inidôneo.

– É nulo o ato administrativo que se apóia em fundamento inidôneo.” (MS n. 5.964-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 20.3.2000).

“Administrativo. Concessão. Linhas de ônibus. Exploração por outra empresa mediante permissão sem licitação. Impossibilidade. Não pode o Poder Público autorizar a exploração, mediante mera autorização, sem licitação e sem audiência do concessionário, de linhas de ônibus que interfiram com a que já é objeto de concessão, sobre cujo serviço não aponta nenhuma queixa.

Recurso provido.” (RMS n. 4.912-RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 15.5.1995, p. 13.365).

Com estas considerações, pedindo vênias ao Ministro-Relator, *dou provimento* ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 331.706 – SP

(Registro n. 2001.0074921-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Steven Shuniti Zwicker e outros
Recorrida: Plastic Five Indústria e Comércio Ltda
Advogado: Paulo Celso Sanchez

EMENTA: Processual Civil e Tributário – Embargos à execução fiscal – Multa moratória mais favorável ao devedor – Aplicabilidade.

I – Nos embargos à execução fiscal, aplica-se a lei, ao ato ou fato pretérito, quando lhe cominar punibilidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

II – Na espécie, ainda não julgado definitivamente o feito, aplica-se a multa moratória prevista no artigo 35 da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação dada pela Lei n. 9.528/1997 por se revelar mais benéfica ao devedor, nos termos do artigo 106, inciso II, letra c, do CTN.

III – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 5.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com arrimo na letra a do permissivo constitucional, contra decisão do Tribunal Regional Federal, que restou sumariada no acórdão assim ementado:

“Processo Civil. Embargos à execução fiscal. Cerceamento de defesa. Verbas acessórias.

1. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de exibição do processo administrativo-fiscal e de produção de prova pericial tendente a apurar a exatidão de lançamento de crédito previdenciário, caso este encontre-se especificado por competências na certidão de dívida ativa e tenha sido efetuado com base na folha de pagamento e escrituração fiscal do próprio devedor.

2. Incide correção monetária sobre a multa moratória (Súmula n. 45 do extinto egrégio TFR).

3. No caso de feitos ainda não definitivamente julgados aplicam-se os percentuais de multa moratória previstos no art. 35 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pelo art. 7º da Medida Provisória n. 1.571, de 1.4.1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10.12.1997, por se revelarem mais benéficos ao devedor, nos termos do disposto na alínea c do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional e art. 462 do Código de Processo Civil (precedentes do egrégio STJ).

4. Apelação parcialmente provida.” (fl. 48).

Sustenta a Autarquia-recorrente que o v. aresto recorrido contrariou o disposto nos artigos 462 do CPC, e 106, II, c, do Código Tributário Nacional e negou vigência ao artigo 35 da Lei n. 8.212/1991.

Transcorrido **in albis** o prazo para apresentar contra-razões, admitiu-se o recurso na origem (fl. 67), subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Conforme já antecipado, o Recorrente aponta como violados os artigos 106, II, c, do Código Tributário Nacional, 462 do CPC, e 35 da Lei n. 8.212/1991, que versam sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço, portanto, do recurso.

No mérito, contudo, não me parece colher êxito a irresignação recursal.

É que, examinados os fundamentos do voto-condutor do aresto hostilizado, verifica-se que tem embasamento em precedentes jurisprudenciais desta Corte (REsp n. 187.051-SP, 184.642-SP, 94.511-PR, 182.388 e 95.900-BA), entre os quais é transcrito acórdão da minha lavra, cuja ementa encontra-se assim concebida:

“Execução fiscal. Lei posterior. Aplicabilidade. Multa moratória. Redução.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe cominar punibilidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

A lei não faz distinção entre multa moratória e punitiva.

Tratando-se de execução fiscal ainda não definitivamente julgada, pode a Lei n. 9.399/1996, do Estado, ser aplicada ao caso concreto.

Recurso improvido.” (REsp n. 189.292, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 1.3.1999).

No caso **sub examen**, como ocorreu na hipótese do precedente, também se trata de saber se a lei que reduziu a multa se aplica, ou não, à ora recorrida. E o Tribunal **a quo**, valendo-se de precedentes similares, tanto no âmbito da própria Corte, quanto no deste Sodalício, firmou o seguinte entendimento:

“Todavia, a multa moratória de 60% do valor corrigido da dívida, à época em que foi proferida a r. sentença recorrida, encontrava-se perfeitamente de acordo com a legislação de regência, mas como tal multa moratória foi reduzida para 40% do valor atualizado do débito,

caso o mesmo não seja objeto de parcelamento (50%, no caso de parcelamento), nos termos do art. 35 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pelo art. 7^a da Medida Provisória n. 1.571, de 1.4.1997, o percentual supramencionado, por ser mais favorável à apelante, aplica-se também aos débitos anteriores à edição da retromencionada medida provisória, tendo em vista o disposto na alínea c do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional.” (fl. 67).

Com efeito, mudando o que deve ser mudado, o mesmo raciocínio se aplica, quando então examinei questão análoga, no julgamento do recurso especial citado, concluindo, **in verbis**:

“O CTN, em seu artigo 106, item II, letra c, estabelece que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe cominar punibilidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Como se vê, a lei não faz distinção entre multa moratória e punitiva. Como se trata de execução fiscal ainda não definitivamente julgada, pode a Lei n. 9.399/1996, do Estado, ser aplicada ao caso concreto, sendo irrelevante se já houve ou não apresentação dos embargos do devedor e se estes já foram ou não julgados. A questão já é conhecida desta egrégia Turma, que no Recurso Especial n. 94.511-PR, DJ de 25.11.1996, rel. Min. Demócrito Reinaldo, decidiu que:

‘O artigo 106 do Código Tributário Nacional admite a retroatividade, em favor do contribuinte, da lei mais benigna, nos casos não definitivamente julgados.

Sobrevindo, no curso da execução fiscal, o Decreto-Lei n. 2.471/1988, que reduziu a multa moratória de 100% para 20% e, sendo possível a reestruturação do cálculo de liquidação, é possível a aplicação da lei mais benigna, sem ofensa aos princípios gerais de Direito Tributário.

Na execução fiscal, as decisões finais correspondem às fases de arrematação, da adjudicação ou remição, ainda não oportunizadas, ou, de outra feita, com a extinção do processo, nos termos do artigo 794 do Código de Processo Civil.”

Dessarte, na mesma linha de orientação jurisprudencial prevalecente nesta Corte, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 332.404 – SC

(Registro n. 2001.0095604-6)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Maria da Graça Hahn e outros
Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal no Estado de Santa Catarina – Sintrafesc
Advogados: Luís Fernando Silva e outro

EMENTA: Previdenciário – Contribuição social dos servidores públicos federais inativos – Isenção.

Com o advento da Lei n. 9.630, de 1998, por força do disposto no parágrafo único do seu artigo 1º, o servidor público na inatividade ficou isento da contribuição para o Plano de Seguridade Social, a partir de 31 de março de 1998, extensiva esta isenção às contribuições de inativos não descontadas na época própria. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 19.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao prover recurso apelatório interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores

no Serviço Público Federal de Santa Catarina (Sintrafesc) entendeu que inexistente “determinação legal ou jurídica capaz de amparar e exigir a contribuição social dos servidores públicos federais inativos” (fl. 425).

É contra esta decisão que se insurge a União, pela via do recurso especial fundado na letra **a** do permissivo constitucional e sob a alegação de contrariedade ao artigo 1º da Lei n. 9.630, de 1998 (fls. 428/440).

O Sintrafesc ofereceu contra-razões às fls. 459/481, sustentando, em resumo, a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1.415/1996 e suas subseqüentes, bem como da fixação da contribuição social sobre os proventos dos aposentados e pensionistas.

Admitido o recurso na origem (fl. 506), subiram os autos a esta Instância, vindo-me distribuídos e conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, a Recorrente aponta como violado o artigo 1º da Lei n. 9.630/1998, que trata de matéria versada no aresto recorrido, razão pela qual conheço do recurso pelo único fundamento da letra **a** do permissivo constitucional.

Já no que se relaciona com o mérito, não colhe êxito a Recorrente.

A **quaestio iuris**, conforme entendeu a egrégia Turma julgadora **a quo** não oferece maiores dificuldades no seu deslinde, em face da clareza do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 9.630/1998, **verbis**:

“Parágrafo único. O servidor público inativo, independentemente da data de sua aposentadoria, ficará isento da contribuição para o Plano de Seguridade Social de que trata este artigo, a partir de 31 de março de 1998, estendendo-se a isenção às contribuições de inativos não descontadas na época própria.”

Com base na interpretação literal deste dispositivo e em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e de outro Tribunal Regional, o acórdão hostilizado entendeu que, em decorrência da referida norma, “o servidor público federal inativo ficou desonerado do pagamento da contribuição para o PSS, não só a partir de 31 de março de 1998, mas durante todo o tempo em que foi exigida, uma vez que a lei em comento isentou as anteriores àquela data” (fl. 422).

Restrito o exame a este aspecto da questão suscitada, bem como o dos precedentes invocados, não se me afigura procedente a alegativa de que o aresto recorrido tenha vulnerado o artigo 1º da Lei n. 9.630/1998. Aliás, a própria Recorrente, como não poderia deixar de ser, reconhece que na referida lei “restou estabelecida uma isenção aos servidores inativos, inclusive quanto às contribuições não descontadas na época própria”, acrescentando, ainda, que em razão de tal dispositivo, “todas as contribuições acaso não descontadas são contempladas com a isenção” (fls. 450/451).

Até aí, não há discordância com o **decisum** objurgado. A configuração do maltrato ao artigo 1º da Lei n. 9.630/1998 residiria no fato de que, no caso concreto, “as contribuições a esse título descontadas com suporte nas medidas provisórias, na época própria, vale dizer, em momento anterior à previsão legal de isenção, têm amparo legal. “Em outras palavras, está a dizer o supra-referido artigo de lei que a isenção opera efeitos tão-só e unicamente a partir de 31 de março de 1998, não ficando assegurado ao servidor inativo direito a qualquer ressarcimento sobre descontos efetuados em momento prévio ao benefício legal da isenção.” (fl. 451).

Ocorre que, em momento algum o voto-condutor do acórdão vergastado tratou da controvérsia, sob este ângulo, nem tampouco a ora recorrente opôs embargos de declaração para suprir eventual omissão.

Dessarte, ao que se depreende do que consta, só e só, do contexto do acórdão recorrido não se pode dizer tenha havido o pretense malferimento à norma legal indicada.

Demais disso, a decisão afrontada encontra-se em plena sintonia com o entendimento dominante neste Tribunal, conforme se vê no acórdão assim ementado:

“Excluído o texto do art. 7º da Medida Provisória n. 1.415/1996 com a edição da Medida Provisória n. 1.433/1998, tornou-se insubsistente a discussão sobre a contribuição previdenciária dos servidores inativos, tanto mais em face da Lei n. 9.630/1998 (art. 1º, parágrafo único) que concedeu a isenção da referida contribuição.” (REsp n. 225.881-CE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 18.9.2000).

No mesmo sentido os REsp n. 180.991-PB, DJ de 30.10.2000, e 315.847-SC, este último da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, recentemente julgado em 4.9.2001.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 337.284 – SP

(Registro n. 2001.0096112-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo
– Sabesp
Advogados: Rener Veiga e outros
Recorrido: Condomínio Edifício Daniel Martins Ferreira
Advogados: João Paulino Pinto Teixeira e outros

EMENTA: Civil e Processual Civil – Fornecimento de água – Repetição de indébito – Procedência parcial – Recurso especial – Não-conhecimento da parte em que há ausência de prequestionamento e questiona-se matéria constitucional e de interpretação de Direito local – Dissídio jurisprudencial não comprovado – Inocorrência de violação ao artigo 965 do Código Civil brasileiro – Prescrição quinquenal inócurrenente.

I – Não cabe conhecer do recurso especial quanto à parte das razões recursais em que há ausência de prequestionamento, questiona-se sobre matéria de índole constitucional e interpretação de Direito local, sem demonstração analítica do alegado dissídio jurisprudencial.

II – Na repetição de indébito ajuizada com o objetivo de obter a restituição de valores pagos indevidamente, em decorrência de contrato de adesão celebrado entre as partes, não há como se falar em pagamento voluntário, para se exigir a prova por erro de que trata o artigo 965 do Código Civil.

III – As sociedades de economia mista não se encontram entre as entidades beneficiadas com a redução do prazo prescricional quinquenal.

IV – Recurso parcialmente conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos

e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo interpõe recurso especial, com arrimo nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da egrégia Oitava Câmara do 1^o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que restou sumariado na seguinte ementa:

“Contrato. Prestação de serviços. Fornecimento de água. Reclasseificação de contas. Inexistência do direito. Irretroatividade das leis albergada na Constituição Federal. Cautelar extinta. Repetição de indébito parcialmente procedente. Recurso provido em parte.” (fl. 191).

Alega a Recorrente, em síntese, violação aos artigos 2^o do Decreto-Lei n. 4.597/1942, 965 do Código Civil, 5^o da Lei de Introdução ao Código Civil, 4^o da Lei n. 6.528/1978, e 11 do Decreto n. 82.587/1978, assim como divergência jurisprudencial com julgados de outros tribunais (fls. 197/212).

Ofertadas as contra-razões (fls. 235/238), o recurso foi parcialmente admitido na origem (fls. 240/242), subindo os autos a esta Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, afasta-se, desde logo, a possibilidade de conhecimento do recurso especial pelo fundamento de violação aos artigos 5^o da Lei de Introdução ao Código Civil, 4^o da Lei n. 6.528, de 1978, e 11 do Decreto n. 82.587/1978.

É que de tais dispositivos legais não cuidou explicitamente o aresto hostileado. Ao tratar do tema que poderia estar relacionado com as referidas normas, a Câmara julgadora manifestou entendimento com arrimo em outros fundamentos de natureza constitucional e com base em lei local, conforme se vê no seguinte excerto:

“Também improcede o argumento seguinte de que, pelo fato de ter sido editado, posteriormente, o Decreto n. 41.446/1996, estivesse o usuário impedido de questionar o que pagou a mais na vigência do anterior, que lhe assegurava direito diverso.

A Constituição Federal alberga o princípio da irretroatividade das leis e, no período em que foi concedido o direito à reclassificação, vigorava, de fato, o Decreto anterior, n. 21.123/1983.

E, sob a égide de vigência deste último, o direito do Apelado mostrou-se cristalino, a despeito da longa argumentação em contrário da Apelante; fls. 156 e seguintes.

Ela própria reconheceu procedência nisso, quando efetuava lançamento de nova economia, fl. 30, quando está demonstrado que o condomínio tem 154 unidades, fls. 25 e seguintes dos autos da cautelar.” (fl. 193).

Afigura-se, dessa forma, inviável a admissibilidade do recurso, por ambos os motivos, por se tratar de matéria de índole constitucional e de interpretação de Direito local (Súmula n. 280 do STF), inapreciáveis em sede de recurso especial.

Do mesmo modo, não cabe conhecer do recurso pelo fundamento da letra c do permissivo constitucional, por isso que esta possibilidade já foi afastada, de forma correta, no juízo prévio de admissibilidade, nos seguintes termos:

“Quanto à letra c do permissivo constitucional, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a divergência indicada deverá ser comprovada por certidão, ou cópia autenticada, ou mediante citação do repositório de jurisprudência oficial, autorizado ou credenciado, com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

In casu, foi desatendido o requisito previsto no artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do colendo Superior Tribunal de Justiça (redação da Emenda Regimental n. 1/1991).

Necessário se transcreva trecho do venerando acórdão hostilizado e se proceda ao devido confronto analítico entre este e ou paradigmas arrolados, de molde a demonstrar a identidade de situações geradoras das decisões conflitantes.

De se ressaltar, ainda, que a simples transcrição de ementas não se presta à configuração do dissenso (RTJ 117/740).” (fls. 241/242).

Examinadas estas preliminares, resta então apreciar o mérito quanto à alegada violação ao artigo 965 do Código Civil, segundo o qual “ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”, e ao artigo 2º do Decreto-Lei n. 4.597/1942, que trata da prescrição quinquenal das entidades e órgãos paraestatais.

Quanto à primeira **quaestio iuris**, a Recorrente sustenta, em resumo, que se trata de analisar “se presentes se encontram as condições para a repetição, no caso, a comprovação do erro por parte daquele que voluntariamente pagou o indevido, circunstância essencial à restituição de qualquer pagamento, a teor do que dispõe o artigo 965 do Código Civil brasileiro” (fl. 206).

A Câmara julgadora **a quo**, ao contrário, entendeu que:

“O pagamento pelo usuário de débito a maior, não lhe obsta o direito de repetir, independentemente de erro ou qualquer outro vício.

Constatado o fato, qual seja, pagamento indevido e aferida a possibilidade de sucesso do seu direito, lhe é perfeitamente lícito ajuizar a ação, desde que esta ainda não tenha perecido.

Não constitui requisito para o pleito repetitório o protesto anterior, quer por via de requerimento administrativo, quer por consignatória, como se imagina.” (fl. 193).

Afigura-se-me escorreito e incensurável tal posicionamento, se considerada a natureza jurídica do contrato de adesão celebrado entre as partes, para prestação de serviços de fornecimento de água, consoante emerge claramente dos elementos informativos do processo.

Não há dúvida de que a Companhia de Saneamento Básico do Estado

de São Paulo mantém uma relação contratual com o condomínio ora recorrido, este na condição de consumidor.

Em casos da espécie, havendo esta relação contratual, a jurisprudência do STJ tem entendido que não há como considerar pagamento voluntário, aquele que se postula na restituição dos valores pagos indevidamente. São exemplos de julgados nesse sentido, os que trazem em suas ementas o seguinte:

“Em se tratando, como na espécie, de contrato de abertura de crédito em conta-corrente, o pedido de restituição dos valores pagos a maior, não existe prova do erro, pois não há que se falar em pagamento voluntário, já que os débitos são lançados na conta pela própria instituição financeira credora.” (REsp n. 184.237-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 13.11.2000).

“III – Segundo o ordenamento civil, quem recebe o que não lhe é devido tem o dever de restituir, em atenção ao princípio que veda o enriquecimento sem causa.

IV – Reconhecida a ilegalidade de encargos previstos em contrato de adesão, cujas prestações são calculadas unilateralmente pelo credor, o atendimento do pedido de restituição de eventual saldo credor prescinde da prova do erro.” (REsp n. 256.125-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.9.2000).

Consonante com a jurisprudência desta Corte, portanto, a decisão objurgada.

O acórdão vergastado encontra-se, igualmente, em sintonia com os iterativos precedentes jurisprudenciais, no que se refere à questionada prescrição quinquenal, ao firmar o seguinte entendimento:

“O pleito de reconhecimento de prescrição quinquenal não colhe procedência.

Pretende a Apelante inserir-se no contexto de entidade pública, de forma a beneficiar-se de prescrição específica a ela mais favorável.

Ocorre que, não obstante sua condição possa ser genericamente reconhecida como tal, o contrato de prestação de serviço com o usuário é individual e, portanto, sujeito às regras do Direito Privado, aplicando-se as regras gerais de prescrição das ações pessoais regidas pelo Código Civil.” (fl. 194).

Como é sabido, tem predominado no âmbito das duas Turmas de Direito Público deste Sodalício, o entendimento de que “diferentemente das demais entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), as autarquias estão sempre favorecidas com a redução do prazo prescricional” (REsp n. 247.825-RS, rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 12.2.2001).

No mesmo diapasão, colhe-se os acórdãos que ostentam em suas ementas, **in verbis**:

“A prescrição de prazo curto, criada pelo Decreto n. 20.910/1932, não beneficia empresa pública, sociedade de economia mista ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica (Súmula n. 39).” (REsp n. 78.716-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 4.3.1996).

“A Cia Paulista de Força e Luz é sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado, não se podendo transfigurar-lhe em sociedade de economia mista ou ente paraestatal. O simples fato de ser concessionária de serviço público, não lhe retira a condição de ente privado – sociedade anônima, regida pela Lei n. 6.404/1976. Não se lhe aplica, para efeito de disciplinar a prescrição, o Decreto n. 20.910/1932, uma vez que este diploma diz respeito apenas à dívida passiva da União, Estados e Municípios e de todo e qualquer direito ou ação contra as respectivas Fazendas. Por igual motivo, inaplicável a Lei n. 4.597/1942, posto que esta alcança as dívidas passivas de autarquias ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer outras contribuições exigidas por lei.” (REsp n. 162.011-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 30.8.1999).

“A CPFL, quanto ao prazo prescricional, quinquenal, não está favorecida pelo tratamento assegurado às autarquias ou outras entidades paraestatais albergadas legalmente. As suas dívidas passivas sujeitam-se ao prazo vintenário.” (REsp n. 204.771-SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 3.11.1999).

Nessa mesma linha de orientação jurisprudencial dominante neste Tribunal, no julgamento do REsp n. 252.915-DF, da minha relatoria, tive a oportunidade de assim me manifestar:

“No caso, a prescrição não chegou a se consumir porque ela é

vintenária e não quinquenal. O Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932 se aplica apenas às dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal. A prescrição quinquenal, nele prevista, não se aplica às empresas públicas, sociedade de economia mista (Súmula n. 39 do STJ) ou qualquer outra entidade estatal que explore atividade econômica.” (Recurso Especial n. 17.558-0-SP, julgado no dia 30 de novembro de 1992, relator para o acórdão, eminente Ministro Gomes de Barros).

Com estas considerações, conheço parcialmente do recurso, mas lhe nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 390.234 – MA

(Registro n. 2001.0136172-2)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrentes: Rolimão Rolamentos Industriais do Maranhão Ltda e outros
Advogados: Manuel Luís da Rocha Neto e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Lediani Maria Silva Mendes e outros

EMENTA: Tributário – Contribuição previdenciária – Administradores, autônomos e avulsos – Compensação – Repetição de indébito – Juros de mora – Aplicação da Taxa Selic – Lei n. 9.250/1995.

1 – Compensação é forma de repetição do indébito e enseja incidência de atualização e juros de mora.

2 – Os juros de mora incidem na compensação efetuada pelo sistema de autolancamento, isto é, a produzida pelo próprio contribuinte via registro em seus livros contábeis e fiscais. Precedentes desta Corte.

3 – Conforme disposto no artigo 161, § 1º, combinado com o art. 167 do CTN, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado

da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês, e posteriormente com base no § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995.

4. Estabelece o § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995 que: “A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

5. A Taxa Selic representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação no período considerado e não pode ser aplicada, cumulativamente, com outros índices de reajustamento.

6. Em se tratando de ação declaratória, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da causa, uma vez que não há condenação.

7. Precedentes.

8. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 19.8.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Tributário. Contribuição previdenciária objeto do art. 3º, I, da Lei n. 7.787/1989. Autônomos e administradores. Compensação de créditos: arts. 166 do CTN e 66 da Lei n. 8.383/1991. Prescrição. Correção monetária. Juros de mora.

1. A extinção do direito de pleitear a restituição ocorrerá após 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais 5 (cinco) anos, contados da homologação tácita.

2. A compensação postulada pelo contribuinte tem amparo no artigo 66 da Lei n. 8.383/1991, segundo o qual ‘nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes’.

3. As Leis n. 9.032 e 9.129/1995, que alteraram a Lei n. 8.212/1991, limitaram a compensação das contribuições previdenciárias a 30% do valor a ser recolhido em cada competência vincenda.

4. No sentido supra, pacificou-se a jurisprudência desta Corte.

5. Não-incidência do art. 166 do CTN à espécie.

6. Incabíveis os juros de mora quando há compensação de tributos lançados por homologação.

7. *Apelação do INSS e remessa providas em parte.*” (fl. 390).

A Recorrente assim resume a controvérsia:

“Trata o presente feito de ação ordinária com o fito de compensar os valores recolhidos indevidamente a título de contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de autônomos e administradores/empresários, com os valores devidos a título de contribuição previdenciária sobre a folha de salários, sem as restrições impostas pela Lei n. 9.129/1995, assegurando a plena correção monetária dos créditos da postulante, com a inclusão dos expurgos inflacionários, bem como o acréscimo correspondente à Taxa Selic, a qual foi julgada procedente em 1ª instância, o que deu ensejo às apelações do INSS e à remessa **ex officio**.

Ocorre que o egrégio Tribunal da 1ª Região deu parcial provimento à apelação e à remessa, reformando a sentença para determinar que a compensação não seja superior ao limite de 30% a ser recolhido em

cada competência, para afastar os juros de mora e fixar a verba honorária, em desfavor do INSS, em 20% sobre o valor da causa, em acórdão assim ementado:

(...)

Em suma, percebe-se que o ilustre Relator firmou convencimento no sentido de que na causa sob exame, que visa ao direito à compensação de tributos pagos indevidamente, são incabíveis os juros de mora e os honorários advocatícios devem ser fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Assim decidindo, o v. acórdão recorrido adotou entendimento divergente do já pacificado no Excelso *Superior Tribunal de Justiça*, conforme será demonstrado a seguir:

(...)

Pelo que foi exposto, resulta inelutável a divergência jurisprudencial na interpretação e aplicação do Direito, uma vez que os julgados já fartamente mencionados, partindo de um mesmo suporte, deram interpretação e aplicação totalmente antagônica e divergente sobre o mesmo tema, porquanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça vislumbra que quando da compensação de tributos, é devida a taxa de juros Selic, nos termos da Lei n. 9.250/1995 e, no que tange aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados em percentual sobre o valor da condenação; e, em sentido contrário, está firmada a tese do acórdão recorrido, já que foi prolatado com base na assertiva de que são incabíveis os juros de mora na compensação de tributos lançados por homologação e que nestes casos, os honorários advocatícios devem ser fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

(...)

Ex positis, a Recorrente requer à Turma julgadora do *Superior Tribunal de Justiça* que o recurso especial seja conhecido e provido, prevalecendo o entendimento firmado por esta egrégia Corte no sentido de que nas demandas que discutem a compensação de tributos, é devida a taxa de juros Selic, nos termos da Lei n. 9.250/1995 e, no que tange aos honorários advocatícios, estes devem ser fixados em percentual sobre o valor da condenação.” (fls. 391/401).

A decisão de admissibilidade consignou o seguinte:

“Inicialmente, quanto aos honorários advocatícios, a tese exposta

no acórdão impugnado apresenta-se em harmonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para quem ‘na ação declaratória, o juiz deve arbitrar eqüitativamente os honorários do advogado, segundo os critérios previstos nas alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, tendo em vista o valor da causa’ (grifos nossos – REsp n. 92.318-SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJ-I de 15.6.1998, p. 101). Ou ainda: ‘em se tratando de ação declaratória, a fixação da verba honorária, em percentual sobre valor da causa, não implica ofensa ao disposto no § 4º do art. 20 do CPC’. (grifos nossos – REsp n. 100.236-RS, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJ-I de 19.10.1998, p. 122).

De outra parte, entretanto, o recurso merece seguimento, porquanto ‘em tema de compensação, a Primeira Seção do STJ pacificou-se no sentido de que são devidos juros de mora, equivalente à Taxa Selic, a partir de 1.1.1996 (§ 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/1995)’ (REsp n. 267.847-SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.12.2000, p. 164).” (fl. 422).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A Primeira Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que os juros de mora devem incidir em sede de compensação, seja ela de tributos lançados por homologação, por declaração ou diretamente. Neste sentido, julgado proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 126.751-SC, relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 28.8.2000, assim ementado:

“Compensação. Juros de mora.

1. Os juros de mora incidem na compensação efetuada pelo sistema de autolançamento, isto é, a produzida pelo próprio contribuinte via registro em seus livros contábeis e fiscais.

2. Aplicação do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995.

3. Inaceitação do entendimento de que a Lei n. 9.250/1995, art. 39, § 4º, só se aplica à compensação de tributos subordinada ao prévio deferimento da autoridade administrativa sujeitos a lançamento direto ou por declaração.

4. Embargos de divergência acolhidos.”

No que concerne à incidência de juros de mora em sede de compensação, transcrevo trecho de voto proferido pela Ministra Eliana Calmon nos autos do REsp n. 284.554-SP:

“Entendo que a incidência de juros é consequência lógica no atraso do pagamento, independentemente de texto legal.

O CTN, no art. 167, prevê expressamente a incidência de juros moratórios em repetição de indébito, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Considero que a compensação é forma de pagamento, assim como o precatório é outra forma de pagar.

Se é preciso ir a juízo para reconhecer o indevido, opta-se pelo retorno do desfalque por precatório ou por compensação.

Omissis ...

Na segunda hipótese, da mesma forma, os juros são devidos ao trânsito em julgado da sentença que declara a existência do devido e também a sua qualidade de crédito compensável. Nesta linha já decidi a Segunda Turma no REsp n. 226.662-SP, DJ de 12.6.2000.”

Destarte, conforme dispõe o artigo 161, parágrafo único, do CTN, combinado com o artigo 167 do CTN são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Neste sentido, confira as mais recentes e preponderantes decisões:

“Administrativo e Processual Civil. Desapropriação. Tributário. PIS. Prescrição. Decadência. Compensação. Tributos administrados pela SRF. Impossibilidade. Correção monetária. Juros de mora. Taxa Selic.

Omissis.

Reconhecido o crédito tributário, em sua devolução, deve ser ele reajustado com os índices oficiais que reflitam a verdadeira inflação do período.

Aplica-se, na atualização dos créditos para com a Fazenda Nacional, o IPC e, a partir da promulgação da Lei n. 8.177/1991, o INPC.

Conforme disposto no artigo 161, § 1º, combinado com o artigo 167 do CTN, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

Estabelece o § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995 que a compensação ou restituição do indébito será acrescida de juros equivalentes à Taxa Selic, calculados a partir de 1º de janeiro de 1996, até o mês anterior ao da compensação ou restituição.

Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 325.930-SP, rel. Min. Garcia Viera, julgado unânime, DJ de 29.10.2001).

“Processo Civil. Recurso especial. Fundamentação. Repetição de indébito. Atualização. Juros de mora.

Omissis.

3. Compensação é forma de repetição do indébito e enseja incidência de atualização e juros de mora.

4. A posição jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de que o fenômeno da repercussão só enseja controvérsia quando se tratar de exações indiretas. Revisão da posição pela Seção.

5. Recursos especiais improvidos.” (REsp n. 284.554-SP, rel.ª Min.ª Eliana Calmon, julgado unânime, DJ de 19.2.2001).

No que concerne à taxa de juros Selic estabelece o § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995 que a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à Selic, calculados a partir de 1º de janeiro de 1996, até o mês anterior ao da compensação ou restituição.

A Taxa Selic é o valor apurado no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, mediante cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia. A referida taxa reflete, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário e se decompõe em taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, razão pela qual não pode ser aplicada cumulativamente, com outros índices de reajustamento, como por exemplo, com a Ufir, o IPC e o INPC.

No que tange à aplicação da Taxa Selic, transcrevo trecho do julgado proferido pelo eminente Ministro José Delgado, nos autos do REsp n. 396.918-RS, publicado no DJ de 27.2.2002, *in verbis*:

“Omissis.

O acórdão examinado entendeu que devem incidir, nas parcelas do tributo submetido ao fenômeno da compensação, a partir de janeiro de 1996, juros de mora equivalentes à Taxa Selic.

O convencimento reconhece que a incidência dos juros, como acima registrado, decorre da força da Lei n. 9.250/1995, afastando, assim, os efeitos do art. 167, § 1º, do CTN.

Portanto, tenho como aplicável, sem qualquer restrição, em caso de compensação tributária, a partir de 1º de janeiro de 1996, o art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250, de 26.12.1995, que assim dispõe:

‘Art. 39 (...)

§ 4º. A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.’

A respeito, há de se considerar que a aplicação de juros com base na Taxa Selic compreende, também, a inclusão da correção monetária.

Não me sinto autorizado, com a devida vênia, a crescer na mensagem do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/1995, a exigência de que os juros calculados pela Taxa Selic só são aplicáveis, em compensação tributária, quando existir prévio deferimento de autoridade administrativa.

O dispositivo em discussão, segundo o meu entendimento, contém carga imperativa no sentido de que os juros de mora incidirão a partir do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação.

A redação do texto legal não abre espaço para que o intérprete lhe acresça qualquer outra condição.

Omissis.”

A questão **sub examine** já foi amplamente debatida no âmbito desta Corte, o que deu ensejo a posicionamentos antagônicos. Todavia, a matéria restou definida, consoante se infere dos inúmeros julgados proferidos pela Primeira Seção, em embargos de divergência, dentre os quais destaco os mais recentes:

“Tributário. Compensação tributária. Taxa referencial Selic. Incidência.

Estabelece o § 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995 que a repetição de indébito ou a compensação tributária será acrescida de juros equivalentes à Selic, calculados a partir de 1º de janeiro de 1996 até o mês anterior ao da compensação ou restituição.

Embargos recebidos.” (EREsp n. 131.203-RS, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11.12.2000).

“Agravo regimental. Compensação tributária. Taxa Selic. Precedente ainda não publicado. Inexistência de cerceamento de defesa. Agravo improvido.

1. Embora não unânime, a jurisprudência da Primeira Seção é majoritária no sentido de que são devidos juros Selic em compensação de tributos.

2. Da decisão agravada constam as razões de decidir, o que possibilita a impugnação da parte, não havendo prejuízo em virtude da não-publicação dos precedentes mencionados (EREsp n. 230.427, 242.029 e 244.443), conforme decidiu o STF (REED n. 112.564-RS).

3. Inexistência de cerceamento de defesa.

4. Agravo regimental improvido.” (AEREsp n. 246.733-RS, rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ de 25.2.2002).

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Cerceamento de defesa. Inexistência. Compensação tributária. Taxa Selic.

1. Inexistência de cerceamento de defesa apoiar-se a decisão monocrática em precedentes da Primeira Seção ainda não publicados, eis que constam da decisão agravada as razões de decidir, que podem ser impugnadas através de agravo.

2. Em repetição de indébito a devolução pode ser feita em espécie, via precatório, ou por compensação, na forma da lei.

3. Lei n. 9.250/1995 que indicou como incidente na compensação a correção monetária pelos índices da Taxa Selic.

4. Agravo regimental improvido.” (AEREsp n. 217.994-SC, rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ de 4.2.2002).

Quanto à verba honorária, esta Corte firmou entendimento no sentido de que nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da causa, uma vez que não há condenação, consoante se colhe do seguinte julgado:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Inexistência de irregularidade no acórdão. Ação declaratória. Honorários advocatícios sobre o valor da causa.

1. Em ação declaratória, sendo vencedora a parte-autora, os honorários advocatícios são fixados sobre o valor da causa, tendo em vista a inexistência da condenação.

2. Inversão dos ônus da sucumbência. Verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

3. Embargos acolhidos.” (EDREsp n. 366.443-SC, rel. Min. José Delgado, DJ de 29.4.2002).

Por esses fundamentos, provejo em parte o recurso apenas para determinar a incidência dos juros de mora na compensação.

RECURSO ESPECIAL N. 395.343 – SC

(Registro n. 2001.0189777-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Dicave Gartner Distribuidora Catarinense de Veículos Ltda

Advogados: Márcio Ari Vendruscolo e outro

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA: Tributário – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – Despesas efetuadas com a diretoria – Limitação – Decreto-Lei n. 2.341/1987 – Ilegalidade – Inconstitucionalidade indireta – Tema que escapa à competência do Superior Tribunal de Justiça.

1. Afirmar que o art. 29 do Decreto-Lei n. 2.341/1987, que limita a dedução das despesas efetuadas com a diretoria, está em confronto com o art. 43 do Código Tributário Nacional, significa, indiretamente, afirmar a inconstitucionalidade de tal disposição, uma vez que o conceito de renda deve decorrer de interpretação do colendo Supremo Tribunal Federal, guardião dos comandos constitucionais.

In casu, o art. 153, III, da Constituição Federal determina que o Imposto de Renda deverá incidir sobre renda e proventos de qualquer natureza.

2. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 19.8.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Dicave Gartner Distribuidora Catarinense de Veículos Ltda, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Base de cálculo do IRPJ. Dedução das despesas operacionais.

O limite de isenção fixado pelo Decreto-Lei n. 2.341/1987, para efeito de desconto do IR na Fonte, não viola dispositivo constitucional, ou do CTN, uma vez que integra o elaborado sistema de prevenção à distribuição disfarçada de lucros e à sonegação fiscal, em sintonia com os demais diplomas legais regulamentadores da exação.” (fl. 164).

Em síntese, a Recorrente insurge-se contra a proibição de computar, como despesas operacionais, para fins de incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, despesas com sócios, diretores e administradores superiores aos limites fixados no art. 29 do Decreto-Lei n. 2.341/1987.

O v. acórdão recorrido concluiu que:

“(...) é legal a pretensão fiscal de limitar a dedução de despesas operacionais, dentre as quais, a remuneração de diretoria, a qual não viola o conceito de renda lucro previsto no CTN.”

No entender da Recorrente, ao assim decidir, o v. aresto **a quo** acabou por negar vigência aos artigos 43, 45 e 110 do CTN.

A decisão de admissibilidade afirmou o prequestionamento da matéria em discussão, admitindo o processamento do presente recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): A Constituição Federal, em seu artigo 153, inciso III, determina que cabe à União estabelecer o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

De sua vez, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 43, complementando o comando constitucional, estabelece o que é renda para fins de tributação.

A irresignação da Recorrente funda-se na premissa de que a se manter o decidido pelo egrégio Tribunal **a quo**, estaria-se a permitir a burla dos limites estabelecidos tanto pela Carta Maior como pelo CTN, lei complementar **ratione materiae**, esclarecendo textualmente que:

“À guisa de tais considerações, resta evidente que, na medida em que as despesas operacionais passam a ser vistas como elementos de renda ao arbítrio do Poder Público no reconhecimento de direito ao abatimento por ocasião da incidência do imposto de renda, estará havendo, não apenas a transmutação do conceito de faturamento em renda, mas, também, uma verdadeira insurreição contra a regra do artigo 43 do Código Tributário Nacional e, por decorrência, ao artigo 153 da Constituição.” (fl. 188).

O raciocínio exigido para a presente controvérsia é simples.

É que, **in casu**, a declaração de ilegalidade do art. 29 do Decreto-Lei n. 2.341/1987 frente às disposições do CTN que mandam que seja tributada apenas a renda, entendida esta como apenas o acréscimo patrimonial, importa em dizer, via reflexa, que tal disposição normativa é inconstitucional.

E isto porque a própria Constituição Federal determina que a renda tem que ser tributada. Destarte, se o CTN dispõe que renda é só o acréscimo patrimonial, afirmar que os limites das despesas efetuadas com a diretoria da empresa não podem ser deduzidas da formação da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, é afirmar, indiretamente, que tais despesas não constituem renda, nos moldes exigidos pela Constituição para fins de tributação. Em outras palavras, é negar vigência ao próprio comando insculpido na Carta Maior, tarefa reservada constitucionalmente ao colendo Supremo Tribunal Federal.

Não se desconhece a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o confronto entre a lei complementar e a lei ordinária pode ser resolvido em âmbito infraconstitucional. Ocorre que, no presente caso, a declaração de ilegalidade da disposição que limita o percentual das despesas efetuadas com diretores e sócios para fins de incidência da exação, corresponde, indiretamente, a declarar inconstitucional o referido decreto-lei, tema que, como de sabinça, é defeso a este egrégio STJ.

Se a própria Constituição Federal determina que se tribute a renda, cabe à Corte Maior interpretar tal disposição em confronto com as alegações da Recorrente, uma vez ser aquela Corte guardiã do Texto Maior.

Com essas considerações, nego seguimento a este recurso, determinando a remessa dos autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, uma vez que o recurso extraordinário foi igualmente admitido.

RECURSO ESPECIAL N. 399.318 – RJ

(Registro n. 2001.0176321-8)

Relator: Ministro Luiz Fux
Recorrente: João Deodato Santos Cardoso
Advogado: João Deodato S. Cardoso (em causa própria)
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Delcy Alex Linhares e outros

EMENTA: Tributário – Execução fiscal – Responsabilidade tributária – Sócio – Ausência de comprovação de excesso de mandato, infração à lei ou ao regulamento.

1. Pacificou-se no egrégio STJ a tese de que a responsabilidade do sócio não é objetiva. Para que surja a responsabilidade pessoal, disciplinada no art. 135 do CTN é necessário que haja comprovação de que ele, o sócio, agiu com excesso de mandato, ou infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto.

2. Não havendo tal comprovação, não há como a execução fiscal ser redirecionada para ele.

3. Em princípio, o sócio que recolhe os bônus lucrativos da sociedade mas não verifica o adimplemento dos tributos, locupleta-se e **a fortiori** comete o ilícito que faz surgir a sua responsabilidade. Ressalva do voto com submissão à jurisprudência dominante, à luz da função precípua do egrégio STJ.

4. Precedente.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Luiz Fux, Relator.

Publicado no DJ de 19.8.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por João Deodato Santos Cardoso, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Embargos à execução. Execução que tem por objeto débito de ICM da empresa Seibrasil S/A Ar Condicionado. Nos termos do § 2º,

artigo 8º da Lei n. 6.830/1980 ocorreu interrupção da prescrição. Não-incidência da regra do artigo 174, inciso I, do CTN. Recepção pela nova Constituição da Lei n. 6.830/1980. Válida a citação de sócio, que, quando da ocorrência do fato gerador, detinha cargo de direção. Nos termos do artigo 125, inciso III, do CTN, também o alcança a interrupção da prescrição. Não cabe, portanto, argüir o apelante, sócio que na ocasião de ocorrência do fato gerador não tinha cargo de gerência, em seu favor a ocorrência de prescrição. Por tal razão tem ele ilegitimidade passiva **ad causam**.” (fl. 127).

A este acórdão foram opostos embargos de declaração para correção de erro material na ementa, porquanto o teor do voto-condutor afirmou a legitimidade passiva **ad causam** do ora recorrente.

Em suas razões recursais, o Recorrente afirma a inaplicabilidade, **in casu**, do art. 135 do CTN, nestas palavras:

“O dissídio se comprova por ter o v. acórdão recorrido infirmado que a legitimidade do Recorrente figurar no pólo passivo deflui da simples comprovação de ocupar cargo de direção na época da ocorrência do fato gerador e tão-somente desse fato, quando essa Corte exige a comprovação de infração à lei, contrato ou estatuto e que o não-recolhimento de tributo nas épocas próprias não constitui infração capaz de legitimar o redirecionamento da execução fiscal.” (fl. 149).

Afirma, ainda, que as hipóteses de interrupção do prazo prescricional estão arroladas no art. 174 do Código Tributário Nacional “nelas não incluído o § 2º do artigo 8º da Lei n. 6.830/1980.” (fl. 149).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O recurso especial merece parcial provimento.

Com efeito, no tocante ao redirecionamento da execução fiscal para o sócio, embora manifeste o meu entendimento contrário, no sentido de que, em princípio, o sócio que recolhe os bônus lucrativos da sociedade, mas não verifica o adimplemento dos tributos, locupleta-se e **a fortiori** comete o ilícito que faz surgir a sua responsabilidade, acompanho a orientação dominante deste Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

“Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Responsabilidade de sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Precedentes.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/1976).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de divergência rejeitados.” (REsp n. 174.532-PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 20.8.2001, p. 342).

Ressalto que a divergência notória serve para comprovação do dissídio jurisprudencial exigido para o conhecimento do recurso especial pela alínea c.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, restando prejudicado o exame deste especial no concernente à aplicabilidade, ou não, do § 2º do art. 8º da Lei n. 6.830/1980 em face das disposições contidas no art. 174 do Código Tributário Nacional.

RECURSO ESPECIAL N. 427.858 – SP

(Registro n. 2002.0044183-5)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Ana Cristina Livoratti Oliva Garbelini e outros
Recorrido: Damm Produtos Alimentícios Ltda
Advogados: Peter Fredy Alexandrakis e outros

EMENTA: Tributário – Importação de salmão – ICMS – Isenção – Existência do pescado em águas nacionais – Precedentes.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que julgou procedente ação visando a obter o reconhecimento do direito à isenção do ICMS na importação de salmão, com base em benefício conferido pelo Tratado do GATT.

2. As decisões judiciais estão sujeitas às mutações histórico-geográficas e até mesmo aos fenômenos da natureza. A realidade atual noticia a existência de pescado similar em águas marítimas do Brasil, pelo que as operações com o pescado brasileiro não se encontram isentas ao pagamento do ICMS. O produto estrangeiro não pode ser beneficiado mais que o nacional.

3. O contribuinte, ao importar o pescado salmão, não tem direito à isenção do ICMS, por haver a possibilidade de o mesmo ser colhido em nossas águas marítimas, especialmente através da criação em Campos do Jordão, Atibaia, Delfim Moreira e outras cidades de clima propício, inclusive no sul do País. Não se pode, pois, afirmar nesta quadra, inexistir o similar nacional dada a grande variedade de Salmonídeos procriados em águas brasileiras, notadamente rios e lagos de temperatura amena.

4. Indemonstrado que o referido pescado não habita as águas brasileiras, não se pode lhe emprestar a mesma interpretação dada à importação do bacalhau.

5. Em regra, a interpretação da legislação tributária sobre isenção é restritiva, salvo quando, por construção sistêmica, tal critério não atenda aos princípios postos no ordenamento jurídico-fiscal.

6. Precedentes das egrégias Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

7. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro José Delgado, Relator.

Publicado no DJ de 9.9.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo com fulcro no art. 105, III, a e c, da Carta Magna, contra v. acórdão que julgou procedente mandado de segurança impetrado pela Recorrida visando a obter o reconhecimento do direito à isenção do ICMS na importação de *salmão*, com base em benefício conferido pelo Tratado do GATT.

Alega-se violação aos arts. 1^a da Lei n. 1.533/1951, 98 e 111, II, do CTN, além de apontar divergência jurisprudencial, ao argumento de que a isenção discutida não é devida.

Oferecimento de contra-razões pela manutenção do **decisum a quo**.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A realidade atual noticia a existência de pescado similar em águas marítimas do Brasil, pelo que as operações com o pescado brasileiro não se encontram isentas ao pagamento do ICMS. O produto estrangeiro não pode ser beneficiado mais do que o nacional.

Em outra esteira, ao analisar ação referente à incidência de ICMS sobre a merluza importada (REsp n. 85.289-SP, DJ de 29.10.1996), ressaltai que, conforme documento arquivado na Biblioteca do STJ e por mim consultado, ofício expedido pelo Ibama do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, assinado pela assessora Lia Chagas Dornelles, datado de 22 de agosto de 1996, “A *merluza merluccius hubbei marini* é uma espécie bentônica que habita águas temperadas e temperado-frias, ocorrendo no Uruguai, Argentina e, mais esporadicamente, na região Sul do Brasil, nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, tendo sua ocorrência entre os paralelos 23° 4’ S e 60° S. Sua afluência em águas brasileiras é determinada pela entrada de águas frias, através da corrente das Malvinas, pelo Sul, o que explica a ocorrência de capturas esporádicas, registradas nas estatísticas de pesca nacionais. Com efeito, os desembarques controlados de pescado nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, efetuados pelos Centros de Pesquisa do Ibama nesses Estados – respectivamente, Cepsul (Itajaí-SC) e Ceperg (Rio Grande-RS) apontam capturas não superiores a 454 toneladas, enquanto o volume de pescado importado do Uruguai e Argentina é da ordem de 12 mil toneladas, evidenciando o caráter eventual das capturas em águas nacionais (dados anexos)”.

O caso da importação de merluza é idêntico à pretensa isenção de ICMS para o salmão.

As decisões judiciais estão sujeitas às mutações histórico-geográficas e até mesmo aos fenômenos da natureza.

É notória, na atualidade, a existência de salmão em águas brasileiras, povoando lagos e rios (criação em Campos do Jordão, Atibaia, Delfim Moreira e outras cidades de clima propício, inclusive no sul do País). Não se pode alegar, portanto, inexistir o similar nacional dada a grande variedade de Salmonídeos procriados em águas brasileiras, notadamente rios e lagos de temperatura amena.

O contribuinte, ao importar o pescado salmão, não tem direito à isenção do ICMS, por, conforme registrado, haver a possibilidade de o mesmo ser colhido em nossas águas marítimas, especialmente através da criação em Campos do Jordão, Atibaia, Delfim Moreira e outras cidades de clima propício, inclusive no sul do País. Em regra, a interpretação da legislação tributária sobre isenção é restritiva, salvo quando, por construção sistêmica, tal critério não atenda aos princípios postos no ordenamento jurídico-fiscal. Essa razão conduz à impossibilidade de se estender ao salmão os mesmos benefícios isencionais concedidos ao bacalhau, por força da Súmula n.

71-STJ, a qual estabelece que “bacalhau importado de país signatário do GATT é isento de ICMS”.

A legislação tributária que dispõe sobre a isenção veda, expressamente, o emprego da analogia na outorga do benefício, além de esta comparação estar divorciada do espírito do GATT.

Não é jurídico conceder interpretação ampliativa do benefício isencional concedido, por larga jurisprudência, ao peixe bacalhau e ao salmão, face à falta de demonstração inequívoca de sua inexistência em águas brasileiras.

Nessa linha de entendimento, os seguintes pronunciamentos a respeito:

“Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. ICMS. Isenção. Salmão. Analogia. Bacalhau. Impossibilidade.

– Incide o ICMS sobre a importação de salmão proveniente de país signatário do GATT, pois existindo pescado similar sujeito à tributação em território nacional, inexistente o direito ao benefício isencional.

– Não é concebível a concessão de interpretação ampliativa de benefício isencional, além de que resta vedado por legislação tributária, que dispõe sobre a isenção de tributos, o emprego da analogia.

– Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 355.821-RJ, Primeira Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 18.2.2002).

“Tributário. ICMS. Isenção. Salmão importado. Similar nacional não isento. Mandado de segurança. Necessidade de dilação probatória. Descabimento.

– Embora não exista no Brasil o salmão, tem ele o similar nacional no gênero pescado filetado e congelado, que não é isento.

– O Convênio ICMS n. 60/1991, ao conceder isenção às operações internas de pescado, excepcionou o salmão.

– Na hipótese dos autos, não há direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental, visto que, para concessão da isenção, há necessidade de prova acerca da destinação não industrial do pescado.

– Recurso provido.” (REsp n. 314.499-SP, Primeira Turma, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.8.2001).

“Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento a recurso especial. Merluza. Importação. ICMS. Isenção. Impossibilidade. Convênio n. 60/1991.

1. Não havendo mais dúvida a respeito da existência da merluza nacional, conforme afirmado pelo Ibama e, também, pela Enciclopédia Mirador, vol. 16, p. 8.772, edição de 1990, injustificável a concessão da isenção.

2. Os Estados, por força da cláusula 1ª do Convênio n. 60/1991, isentam o pescado em geral da incidência do ICMS, com exceção dos crustáceos, moluscos, hadoque, merluza, pirarucu, salmão e rã.

3. Destarte, se existe o pescado merluza no território brasileiro e se ele não está isento do pagamento do ICMS, não há nenhum motivo para se conceder tratamento mais favorável ao produto estrangeiro do que ao conferido pela legislação interna ao nacional, não incidindo no caso as Súmulas n. 20 e 71-STJ.

4. Agravo regimental improvido.

5. Precedentes.” (AgRg no Ag n. 249.860-RS, Segunda Turma, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 28.5.2001).

“Tributário. ICMS. Isenção. Salmão importado. Similar nacional não isento.

– Embora não exista no Brasil o salmão, tem ele o similar nacional no gênero pescado filetado e congelado, que não é isento.

– O Convênio ICMS n. 60/1991, ao conceder isenção às operações internas de pescado, excepcionou o salmão.

– Recurso improvido.” (REsp n. 234.344-SP, Primeira Turma, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 21.2.2000).

Indemonstrado que o referido pescado não habita as águas brasileiras, não se pode lhe emprestar a mesma interpretação dada à importação do bacalhau.

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

Posto isto, *dou* provimento ao recurso. Sucumbência total pela parte-recorrida.

É como voto.

