

Jurisprudência da Segunda Turma

---



**RECURSO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA N. 11.024 – RO**

(Registro n. 1999.0062900-0)

Relator: Ministro Castro Meira  
Recorrente: Teleron Celular S/A  
Advogados: Vera Lúcia Pereira e outros  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia  
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Rondônia  
Recorrido: Estado de Rondônia  
Advogados: Leri Antônio Souza e Silva e outros

**EMENTA:** Tributário – Mandado de segurança preventivo – Convênio n. 69/1998 – Confaz – ICMS – Incidência – Habilitação – Telefonia móvel celular – Legalidade – Lei Complementar n. 87/1996, art. 2º, inciso III – Lei n. 9.472/1997 – Lei Geral das Telecomunicações, art. 60, **caput** e § 1º.

– A incidência do ICMS sobre os valores pagos a título de habilitação na telefonia móvel celular, prevista no Convênio ICMS n. 69/1998 – Confaz, encontra fundamento legal nas normas do art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996 e no art. 60, **caput** e § 1º, da Lei Geral das Telecomunicações Lei n. 9.472/1997.

– Recurso a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 7 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator.

Publicado no DJ de 08.09.2003.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição da República, interposto por Teleron Celular S/A, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Secretário de Fazenda do Estado de Rondônia, que teria aprovado, no âmbito do Confaz, o Convênio n. 69/1998 (DOU de 29.06.1998), que estabelece a cobrança do ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular, inclusive sobre habilitações anteriores à publicação do Convênio.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, ao apreciar a impetração, entendeu legal a incidência do imposto, limitando-se a cobrança, entretanto, às habilitações ocorridas após a publicação do Convênio, por força do princípio constitucional da irretroatividade tributária, de modo que concedeu apenas parcialmente a segurança. O acórdão guerreado encontra-se assim ementado:

“Mandado de segurança. ICMS. Telefonia celular. Habilitação. Serviço de telecomunicação. Fato gerador. Introdução posterior. Convênio n. 69/1998. Segurança parcialmente procedente.

O ICMS incide sobre quaisquer prestações onerosas dos serviços de comunicação, dentre estes os de habilitação.

O imposto somente poderá incidir sobre fato gerador posterior ao Convênio ICMS n. 69/1998, obedecendo ao crédito da irretroatividade da cobrança de tributo.” (fl. 128).

Irresignada, a Recorrente interpôs o presente recurso ordinário, em que sustenta que a habilitação de telefonia móvel celular não caracteriza serviço de telecomunicação, de modo a afastar a incidência do ICMS. Além disso, alega não ser competência do Confaz legislar e definir o campo tributável, ferindo frontalmente a Constituição Federal. Finalmente, requer seja suspensa a exigibilidade do aludido tributo, assegurando-lhe o direito de não recolher o imposto sobre os valores cobrados.

O Estado de Rondônia, em contra-razões, sustenta que a habilitação da telefonia celular é parte integrante da lista elencada pela cláusula primeira do Convênio ICMS n. 69/1998, apoiando-se na Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), art. 60, **caput** e § 1<sup>º</sup>, e na Lei Complementar

n. 87, art. 2º, III. Conclui dizendo que antes da celebração do Convênio ICMS n. 69/1998, o imposto em tela já era devido e legalmente passível de exigência.

No parecer de fls. 207/209, o ilustre representante do Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Sustenta a Recorrente que a habilitação na telefonia móvel celular não configura serviço de telecomunicação capaz de gerar a incidência do ICMS, já que não arrolada no § 1º do art. 60 da Lei n. 9.472/1997 (Lei Geral das Telecomunicações). Assim, o ICMS não pode ser cobrado sobre esse serviço, de modo que se mostra ilegal a previsão do Convênio ICMS n. 69/1998 – Confaz. Alega, também, que a cobrança sobre as habilitações anteriores à publicação do convênio fere o princípio constitucional da irretroatividade fiscal.

Inicialmente, cumpre registrar que a questão dos autos não cuida de impetração contra lei em tese. A Impetrante volta-se, preventivamente, contra a cobrança de ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular, em face da normatização contida no Convênio ICMS n. 69/1998 – Confaz.

A própria atividade empresarial da Recorrente (empresa concessionária de telefonia móvel celular) está a demonstrar que a mesma se encontra, ou pelo menos se encontrava à época da impetração, na iminência de ser compelida ao pagamento do imposto, principalmente por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que se exige pagamento prévio, antes mesmo de qualquer atividade por parte da Administração Fazendária.

O entendimento de que situação como a dos autos não configura impetração contra lei em tese firmou-se, por maioria, na Turma, em conformidade com o seguinte precedente que se traz à colação:

“Processo Civil e Tributário. Mandado de segurança. Art. 1º da Lei n. 1.533/1951. Cabimento.

1. É cabível mandado de segurança contra lei tributária capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes, o que afasta a aplicação da Súmula n. 266-STF.

2. Recurso conhecido e provido.” (STJ, Segunda Turma, REsp n. 56.096-RJ, rel. Min. Paulo Medina, rel.<sup>a</sup> para acórdão Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, J. por maioria em 15.10.2002, DJ de 31.03.2003, p. 181).

Quanto à matéria de fundo, a questão dos autos centra discussão na legalidade ou ilegalidade da cobrança do ICMS sobre os valores pagos a título de habilitação na telefonia móvel celular, bem como na possibilidade de cobrança do imposto sobre habilitações anteriores à publicação do Convênio.

O art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996 estabelece no campo de incidência do ICMS “as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

Da leitura do dispositivo em destaque, é possível concluir que uma atividade somente poderá ser validamente tributada pelo ICMS, com fundamento no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996, se, efetivamente, configurar serviço de comunicação e, ao mesmo tempo, for onerosa a prestação. Conjugados os dois requisitos, válida será a tributação, pelo menos no que pertine ao aspecto material da hipótese de incidência.

As divergências quanto à incidência do imposto surgem ante o fato de ser a habilitação considerada, ou não, um serviço de telecomunicação, vez que a onerosidade da prestação não é objeto de controvérsia. Se positiva a resposta, legal a incidência. Caso contrário, deverá ser declarada a ilegalidade da cobrança.

O art. 60 da Lei n. 9.472/1997, traz a seguinte redação:

“Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º. Telecomunicações é transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

A habilitação na telefonia móvel celular encontra-se inserida no conceito de serviço de telecomunicação fornecido pelo art. 60, **caput** e § 1º, da Lei n. 9.472/1997, pois sem ela se tornaria impossível a utilização do serviço, vale dizer, seria inviável a oferta do serviço de telecomunicação.

Com apoio no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996, e no art. 60, **caput** e § 1º, da Lei n. 9.472/1997, os Estados deram vida ao Convênio ICMS n. 69/1998 – Confaz, que determina a incidência do imposto sobre os valores pagos a título de habilitação na telefonia móvel celular.

O Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, tem por função precípua conferir uniformidade mínima à legislação do ICMS, sobretudo no campo dos incentivos e benefícios fiscais, objetivando, com isso, impedir ou, pelo menos, reduzir a chamada “Guerra Fiscal”. Cumpre também a esse Conselho, como bem salientou o órgão do Ministério Público Federal, o ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Miguel Guskow, no parecer de fls. 207/209, elaborar listas de mercadorias e serviços que estejam sob a incidência tributária do ICMS.

O Convênio n. 69/1998, cuja legalidade se põe à prova, diferentemente do que alega a Recorrente, não tipificou uma nova hipótese de incidência do ICMS. Apenas listou um serviço de comunicação que se encontra no campo de tributação do imposto, por força do que preconizam os artigos 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996, e 60, **caput** e § 1º, da Lei n. 9.472/1997, objetivando, com isso, dar uniformidade à legislação tributária dos diversos Estados da federação.

Não há, assim, qualquer ilegalidade que possa ser reconhecida relativamente ao Convênio n. 69/1998 – Confaz, pelo menos no que pertine à incidência do ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular. O serviço de habilitação preenche os dois requisitos exigidos pelo art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 87/1996, para que ocorra a incidência tributária: é efetivamente serviço de telecomunicação (enquadramento no conceito do art. 60, **caput** e § 1º, da Lei n. 9.472/1997), além de estar marcado pela nota da onerosidade.

A segunda controvérsia dos autos refere-se à possibilidade de cobrança do ICMS sobre habilitações anteriores à publicação do Convênio.

A questão resolve-se com base no princípio constitucional da irretroatividade fiscal, corolário do princípio maior da segurança jurídica. A norma tributária, por força do que dispõe o art. 150, inciso III, **a**, da Constituição da República, não pode atingir fatos geradores ocorridos antes do início de sua vigência, vale dizer, não pode ser retroativa, sob pena de restar vulnerada a segurança do patrimônio do contribuinte.

Há, ainda, o princípio da não surpresa, que impede o Poder Público de surpreender o administrado com a exigência de novas exações ou com

a cobrança majorada de tributos já existentes, prejudicando o seu planejamento econômico. Por qualquer que seja o ângulo que se analise a questão, é de se concluir pela impossibilidade de cobrança retroativa do ICMS sobre as habilitações de telefonia móvel celular.

Por derradeiro, cumpre registrar que a questão dos autos não demanda solução semelhante àquela adotada, recentemente, no julgamento do REsp n. 456.650-PR, relatora Ministra Eliana Calmon.

Por ocasião do julgamento, a Turma entendeu não ocorrer incidência do ICMS sobre o serviço de acesso à rede mundial de computadores, sob o argumento de que o provedor “é tão usuário dos serviços de comunicação quanto aqueles que a ele recorrem para obter a conexão à rede maior”.

A solução da controvérsia existente no REsp n. 456.650-PR, assim como no presente caso, encontra-se na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997). A diferença é que, no caso dos autos, a situação fática amolda-se ao conceito de serviço de telecomunicação ditado pelo art. 60, **caput** e § 1º, da lei. Já a situação contemplada no recurso especial indicado amolda-se ao conceito de serviço adicionado, previsto no art. 61 da Lei, de modo a impedir a tributação por não adequar-se como serviço de telecomunicação.

Não merece reparos, portanto, o acórdão recorrido.

Ante o exposto, *conheço do recurso para negar-lhe provimento.*

É como voto.

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.397 – PR

(Registro n. 2001.0086503-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Recorrentes: Paulina Simões Vieira (Espólio) e outro  
Advogados: Walter Borges Carneiro e outro  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná  
Impetrado: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná  
Recorrido: Estado do Paraná  
Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

**EMENTA:** Processo Civil – Mandado de segurança – Impropriedade da via eleita.

1. O pedido de Intervenção no Estado por descumprimento de decisão judicial é questão político-administrativa.
2. Onde há razões políticas não há lugar para direito líquido e certo.
3. Impropriedade do mandado de segurança.
4. Recurso improvido.

### ACÓRDÃO

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

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

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

---

Publicado no DJ de 18.02.2002.

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso ordinário interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que denegou a segurança, por entender que o **mandamus** é via imprópria para a reapreciação jurisdicional do indeferimento de pedido de natureza político-administrativa: intervenção federal em Estado-Membro. Concluiu o Tribunal que o pedido comporta efeito infringente, uma vez que nenhum vício formal do processo interventivo foi apontado.

Sustentam os Recorrentes:

a) que esta Corte tem entendido que a intervenção federal envolve procedimento de natureza político-administrativa, não se constituindo em processo judicial que possa ser entendido como causa e, por isso, não desafia recurso especial e/ou extraordinário, e

b) o cabimento da impetração de mandado de segurança, ante a existência de direito líquido e certo.

Reiteram o pedido de intervenção federal no Estado do Paraná (art. 34, IV, da CF), que se nega a cumprir decisão judicial transitada em julgado e proferida há mais de dez anos, e, ao final, informam que protocolizaram na Secretaria do TJPR requisição para pagamento do precatório em junho/1995 e que não houve pagamento nos anos subseqüentes.

Após as contra-razões, subiram os autos, opinando o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

### VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Os Impetrantes são credores do *Estado do Paraná*, garantidos os seus créditos por decisão judicial – precatório incluso no orçamento de 1996.

Como o art. 34, III, da CF/1988 garante a intervenção nos Estados para prover a execução de decisão judicial, entendem haver direito líquido e certo à impetração.

O TJPR entendeu que, sendo a intervenção um ato político-administrativo, se não há ilegalidade ou vício formal, inexistente direito à impetração.

Verifico que o desatendimento à ordem dos precatórios é hoje uma constante, espalhando-se por todos os Estados da Federação.

Recentemente, o STF convocou os governadores dos Estados para, conjuntamente, buscarem solução para o impasse, o que leva a uma conclusão: o controle judicial para que se faça cumprir a ordem de precatório é de natureza político-administrativa, e atende a razões de conveniência e oportunidade, sendo de igual conteúdo a sanção imposta: intervenção federal.

Esta situação, delicada e anômala, é bem menos grave do que aquela em que se verifica ilegalidade ou abuso de poder no pagamento dos precatórios, por inversão da ordem, privilegiando certos credores, hipótese em que o Judiciário age de forma absoluta, para fazer cessar a ilegalidade.

Na hipótese, há omissão do Estado em pagar e o Tribunal de Justiça nega-se a ordenar a intervenção por razões políticas, estas consideradas incensuráveis para serem atacadas via ação mandamental, razão pela qual entendeu imprópria a via eleita.

Com efeito, concluo que onde há razões político-administrativas não há lugar para direito líquido e certo.

Assim sendo, nego provimento ao recurso.

É o voto.

---

---

## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.166 – BA

(Registro n. 2002.0094265-7)

Relator: Ministro Castro Meira  
Recorrente: G E G Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda  
Advogado: Arx da Costa Tourinho  
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia  
Impetrado: Secretário de Administração do Estado da Bahia  
Recorrido: Estado da Bahia  
Procurador: Bruno Espineira Lemos

**EMENTA:** Administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Licitação – Sanção de inidoneidade para licitar – Extensão de efeitos à sociedade com o mesmo objeto social, mesmos sócios e mesmo endereço – Fraude à lei e abuso de forma – Desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa – Possibilidade – Princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos.

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, Lei n. 8.666/1993, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

– A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses

públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

– Recurso a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator”. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 7 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator.

---

Publicado no DJ de 08.09.2003.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso ordinário constitucional interposto por G E G Móveis, Máquinas e Equipamentos Ltda, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição da República, desafiando acórdão proferido pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

O mandado de segurança foi proposto contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que fez expedir a Portaria n. 650, de 12.09.2000, a qual estendeu à ora recorrente os efeitos da declaração de inidoneidade para licitar emitida contra a empresa Combail Ltda, que se apresenta composta pelo mesmo quadro societário.

Liminar indeferida à fl. 56.

No mérito, a segurança foi denegada sob o argumento de que, no caso **sub judice**, “os sócios tentam burlar a lei, mediante a constituição de nova sociedade, com os mesmos objeto comercial e endereço, para, desta forma, continuarem a participar das licitações públicas. É evidente a possibilidade

de abuso de direito”. O acórdão recorrido apresenta-se assim ementado (fl.129):

“Mandado de segurança. Impedimento de contratação com a Administração Pública.

A Administração Pública deve praticar os seus atos, norteadas pelo princípio da moralidade.”

Irresignada, a Recorrente interpõe o presente Recurso, em que sustenta, em síntese, que o acórdão objurgado contraria o princípio da legalidade, vez que a lei não faculta à Administração Pública a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica para estender sanções administrativas a outra sociedade empresária com idêntico quadro societário, faculdade somente conferida às autoridades judiciárias no que tange às relações de consumo, a teor do disposto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Em suas contra-razões, o Estado da Bahia sustenta a legalidade do ato administrativo impugnado, com espeque na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Alega, ainda, que o ato sancionador atacado foi precedido de processo administrativo, em que restaram assegurados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No parecer de fls. 173/179, o ilustre Subprocurador-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A discussão travada nos autos gira em torno da possibilidade de estender a uma sociedade empresária, na esfera administrativa e com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os efeitos de uma sanção aplicada pela Administração Pública a outra sociedade formada pelos mesmos sócios e com mesmo objeto social.

A Recorrente alega ausência de previsão legal que autorize o Estado da Bahia a aplicar, em situação fática como a presente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aduz, também, que somente o Judiciário, nas situações envolvendo relação de consumo, e com base no art. 28 do CDC, poderia desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade para atingir a figura de seus sócios.

A solução da presente controvérsia demanda, em primeiro plano, a análise do processo de constituição da Sociedade-recorrente, para que então seja possível afirmar-se, com razoável margem de certeza, se agiu ou não em fraude à lei. Em segundo plano, torna-se não menos importante a análise sobre a possibilidade de aplicação, na esfera administrativa, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, à margem de previsão legal específica e sem pronunciamento judicial neste sentido.

Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de “fachada”, constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade Combail Ltda, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa Combail Ltda, o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O Estado da Bahia, no parecer de fls. 25/31, traz aos autos alguns dados complementares que corroboram a atuação fraudulenta da Recorrente, como, v.g., a “continuidade de passivos a descoberto de natureza tributária ou trabalhista da sociedade anteriormente punida, continuidade dela sem baixa na Juceb, ou com sua baixa seguida da constituição da nova sociedade, uso do mesmo acervo de equipamentos, móveis e utensílios, com ou sem sua aquisição à sociedade punida, identidade ou predominância dos mesmos empregados, sobretudo a nível gerencial ou administrativo”.

Assim, não há como negar que as informações carreadas aos autos pelo Estado da Bahia militam, inegavelmente, em desfavor da sociedade Recorrente. Uma empresa constituída com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com sede no mesmo endereço, dificilmente, conseguirá provar que não agiu em fraude à lei, para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa. Parece claro, no presente caso, que a Recorrente valeu-se do “véu da pessoa jurídica” – para usar de metáfora já consagrada –, com o evidente intuito de fraudar a lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta.

Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem princípios como o da moralidade administrativa, o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade dos interesses tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenêuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o princípio da moralidade administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao princípio da legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do princípio da legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o princípio da moralidade administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica.

Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude

à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório.

Ademais, como bem lançado no parecer ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no princípio da legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao princípio da legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos.

Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RT n. 6, p. 52):

“(...) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

(...)

Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica.”

Vale a pena registrar, para concluir, a prática rotineira da Administração Fazendária, que desconsidera atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica subjacente, como instrumento eficiente no combate à evasão fiscal.

Desta feita, se o contribuinte simula uma doação para fugir à incidência da alíquota superior do Imposto de Renda, de competência federal, permitindo, com tal simulação, a incidência do imposto estadual sobre doações, de alíquota reduzida, poderá a Receita Federal desconsiderar o negócio simulado, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica. Nessa situação, assim como no caso dos autos, a Administração desconsidera uma forma jurídica (o contrato de doação) e passa a tributar a situação com base na realidade econômica subjacente (aquisição de renda), garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse maior da coletividade.

A doutrina dominante, de há muito tem admitido que a Administração Fiscal proceda com a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com nítido intuito de sonegação fiscal. É bem verdade que sempre existiu uma certa resistência por parte de alguns doutrinadores, extremamente afetos ao formalismo exacerbado dos institutos jurídicos, em aceitar a adoção da teoria da interpretação econômica do fato gerador. Objetivando obviar as discussões e as resistências infundadas, eis que veio a lume o art. 116, parágrafo único, do CTN, acrescentado pela Lei Complementar n. 104/2001, que apresenta a seguinte redação:

“Art. 116. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Ninguém duvida que à Administração Fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da entrada em vigor do parágrafo único do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. Assim, o Poder Público sempre dispôs de um mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que a própria Administração Fazendária, desde que permitido ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da mais ampla defesa, poderia, sem o socorro do Judiciário e à margem de autorização legal específica, desconsiderar a forma jurídica de um ato ou negócio praticado, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN, veio, apenas e tão-somente, positivar uma prática antiga da Administração Tributária, admitida pelo Judiciário, mesmo à margem de previsão legal específica.

Analogamente, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular.

Adotar-se posicionamento contrário àquele veiculado no acórdão recorrido, traria o risco de tornar ineficaz toda e qualquer sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas. Como não são exigidas maiores formalidades na constituição de uma pessoa jurídica, uma sociedade punida com uma sanção administrativa, facilmente se furtaria da incidência de seus efeitos com a simples constituição de uma nova sociedade, sem que a Administração nada pudesse fazer no combate deste procedimento fraudatório.

Com estas breves considerações, estando o acórdão recorrido em sintonia com o entendimento aqui adotado, *nego provimento ao recurso*.

É o voto.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 215.003 – DF

(Registro n. 1999.0043575-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Recorrente: Pirelli Norte S/A Indústria e Comércio  
Advogados: Tânia Maria do Amaral Dinkhuysen e outros  
Recorrida: Fazenda Nacional  
Procurador: José Luiz Gomes Rolo  
Sustentação oral: Ivan Acegretti (pelo recorrente)

**EMENTA:** Processo Civil – Correção monetária – Pedido implícito.

1. A sentença condenou a *União* a pagar o devido corrigido pela ORTN, índice vigente à época.

2. O Tribunal ao confirmar o julgado, não explicitou que se fizesse a correção pelos índices atuais e de forma plena.

3. Aspectos ligados à correção que deveriam merecer exame pelo Tribunal, evitando incidente na execução.

4. Correção pelo STJ que se faz pertinente, nos termos da Súmula n. 456-STF.

5. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

---

Publicado no DJ de 19.05.2003.

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Pirelli Norte S/A – Indústria e Comércio, como beneficiária de incentivos fiscais em razão de exercer atividades industriais na área da Sudene, ajuizou ação ordinária contra a *União*, objetivando não se submeter aos regramentos expressos nos Decretos-Leis n. 2.064/1983 e 2.065/1983, que reduziram seu benefício, pedindo ainda a restituição do excesso de Imposto de Renda recolhido no ano-base 1983, em função da aplicação dos referidos diplomas.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, mas a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento à apelação da empresa, determinando a inaplicabilidade dos Decretos-Leis n. 2.064/1983 e 2.065/1983 e condenando a *União* ao ressarcimento dos valores recolhidos “a maior”, equivalentes a 99.125,93 ORTNs em 1986.

A empresa vencedora interpôs embargos declaratórios, alegando omissão do julgado por não explicitar o valor a ser restituído com a correção monetária plena, com todos os índices apurados pelo IBGE, e que foram expurgados pelo Governo.

O Tribunal rejeitou os embargos de declaração, entendendo que os índices de correção solicitados não foram discutidos em momento algum na apelação, devendo prevalecer o valor apurado pela perícia, expresso em ORTNs.

Inconformada, interpôs *Pirelli Norte S/A – Indústria e Comércio* o presente recurso especial, com fulcro nas letras a e c do permissivo constitucional, no qual alega negativa de vigência aos arts. 467, 468, 610 e 535, II, do CPC, e 1º, **caput**, da Lei n. 6.899/1981.

Alega a empresa que a correção monetária foi objeto de seu apelo, por ter sido ele fundamentado nos argumentos suscitados desde a petição inicial, inclusive, como se depreende dos autos.

Nas contra-razões, defende a *União* o acórdão recorrido, citando o art. 515 do CPC, que limita a apelação ao princípio **tantum devolutum quantum appellatum**, donde se conclui que o tema não foi prequestionado, sendo pertinente a aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF, diante da inovação do pedido por parte da empresa.

Subindo os autos por força de agravo de instrumento, vieram-me conclusos.

É o relatório.

### VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Em preliminar, afasto o conhecimento do especial com relação aos arts. 467, 468 e 610 do CPC, e 1ª da Lei n. 6.988/1981, porque não prequestionados tais dispositivos nos autos (Súmula n. 356-STF), restando não configurado o dissídio jurisprudencial, por falta de similitude fática entre os julgados.

A ação ordinária proposta pela empresa é muito antiga, datando de 1985, contendo a inicial pedido de repetição, em valor devidamente corrigido (fl. 12).

A sentença só veio nove anos depois, dando pela improcedência do pleito (fl. 276).

O Tribunal, ao inverter o resultado, acolhendo o pedido de reforma, formulado na apelação, reconheceu o direito pugnado e condenou a ora recorrida a repetir o indébito em quantia certa, atualizada pelo padrão monetário da época, acrescido de juros de mora (fl. 306).

No voto-vista proferido pelo segundo julgador, Juiz Osmar Tognolo, acompanhou o relator, mas não se manifestou sobre a correção monetária.

Nos embargos de declaração, disse o relator que os índices de correção monetária não tinham sido prequestionados e por esta razão rejeitava os embargos.

Embora esta Corte não seja Tribunal para exame de fatos, não posso deixar de destacar que não é possível que uma empresa milite em juízo por dezesseis anos e corra o risco de, na execução, ainda venha a ter uma nova peleja em torno da correção monetária.

Tem entendido o STJ que correção monetária se constitui pedido implícito, sendo ainda implícitos os índices da inflação por serem índices oficiais.

Entretanto, por força de expurgos inflacionários decorrentes dos planos econômicos, passou-se a trabalhar com dois índices em cada período: um oficial e um real, identificado como sendo o índice oficial mais expurgos.

Dentro deste contexto, era pertinente que o Tribunal de apelação explicitasse o que lhe foi pleiteado via embargos, mesmo porque, não pôde a empresa prequestionar sobre os índices de correção, porque foi a ação julgada improcedente.

Assim sendo, considero que houve omissão do TRF-1ª Região.

Contudo, pode este Tribunal dar continuidade ao julgamento do pleito, sem necessidade de fazer retornar o processo ao Tribunal de Apelação e sem o perigo de suprimir-se a instância recursal.

Reconhecido o direito da parte a receber o que pagou indevidamente, tem direito à devolução corrigida por índices que expressam a inflação, integralmente, conforme vem julgando esta Corte.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial, para estabelecer como incidente a correção monetária plena, com os expurgos inflacionários.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sra. Ministra-Presidenta, louvado no que li no memorial, ao que me parece, o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, embora tenha dito que não houve pedido de correção monetária (estou baseado no que foi transcrito na fl. 327), diz o seguinte: (lê)

“A questão dos índices de correção não foi matéria de discussão em momento algum. Pelo laudo pericial, o valor da diferença a ser devolvida pela União correspondia em 1986 a 99.125,93 ORTNs.”

Ora, se já na ocasião houve a equivalência do valor devido a ORTNs, e como a ORTN sempre foi corrigida pelos índices oficiais, o Tribunal disse uma coisa e decidiu outra: decidiu exatamente por uma cláusula móvel na

questão do preço. Evidentemente, se tivermos que transformar as ORTNs no valor a ser pago, teremos que usar os índices oficiais para esse fim. Sempre foi assim. Se for exata a informação – estou baseado no que está escrito no memorial – o Tribunal disse uma coisa e decidiu outra.

Pelo laudo pericial, diz o Tribunal: “O valor da diferença a ser devolvida pela União correspondia em 1986 a 99.125,93 ORTNs”.

Em outras palavras, o mesmo ele diria vendo que não foi estipulada nenhuma quantia fixa, e sim móvel, autocorrigível por si só por ter sido expressa em ORTNs.

É o meu voto, acompanhando V. Ex.<sup>a</sup>, mas, por outros fundamentos que nem vou declarar.

### ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sra. Ministra-Presidenta, dadas as peculiaridades, acompanho V. Ex.<sup>a</sup> porque, se o pagamento tivesse sido feito na ocasião, teria sido feito um pagamento com a moeda até então corrigida, pelo menos com poder liberatório suficiente para fazer frente aos efeitos da inflação.

Parece-me que houve aqui um defeito de terminologia quando ele fala da questão dos índices de correção monetária. Mas o que interessa é se deve ou não ser restituído com correção monetária plena; entendo que deve, por isso acompanhei V. Ex.<sup>a</sup>, dadas as peculiaridades, mas reconheço que já tinha sido fixado em cláusula móvel. Veja bem, se o laudo é de 1986, a ação então deve ter sido proposta uns dois, três anos antes, e, se vamos mandar devolver para o Tribunal, para suprir os embargos, etc. e tal, isso é a mesma coisa que negar prestação jurisdicional.

### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Ministra-Presidenta, entendo que não houve omissão, porque não se discutiu nos autos a aplicação dos chamados “expurgos inflacionários”. O Tribunal aplicou a correção monetária vigente à época. De lá para cá, é evidente que as ORTNs foram substituídas por outros índices oficiais, os quais devem prevalecer na liquidação e na execução.

Peço vênia a V. Ex.<sup>a</sup> para não conhecer do recurso.

**RECURSO ESPECIAL N. 240.322 – RS**  
(Registro n. 1999.0108303-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon  
Recorrente: Defesa S/A  
Advogados: Cláudio Leite Pimentel e outro  
Recorrida: Fazenda Nacional  
Procuradores: Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

**EMENTA:** Tributário – Importação – Desembaraço aduaneiro – *Drawback*.

1. Entende-se por *drawback* a operação em que ingressa a matéria-prima em território nacional com isenção ou suspensão de impostos, para ser reexportada após sofrer beneficiamento.
2. Sistemática operacional única que exige formalidades no momento da internação da matéria-prima, dispensando-se a renovação do ritual acessório e burocrático na fase de exportação.
3. Ilegalidade quanto à exigência de certidão negativa já apresentada.
4. Recurso especial conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

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

Brasília-DF, 25 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

---

Publicado no DJ de 12.11.2001.

**RELATÓRIO**

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que negou provimento ao apelo da empresa Defesa S/A, que

objetivava fosse determinado ao Delegado da Receita Federal em Rio Grande-RS o desembaraço aduaneiro de mercadorias por ela importadas, sem a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos fiscais ou de pagamentos de tributos devidos.

Inconformada, com base na alínea a do permissivo constitucional, alega a Recorrente que houve violação a artigos do CPC e do CTN, bem como os arts. 314, I, 317 e 318 do Decreto n. 91.030/1985 (Regulamento Aduaneiro).

Apontando infringência ao art. 535, II, do CPC, afirma que o acórdão recorrido foi omisso quanto ao argumento de que, a partir da edição do Ato Declaratório Normativo n. 22/1997 do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação e Administração, deixou-se de exigir a comprovação da quitação dos tributos.

Considerou a Recorrente que o Tribunal de Apelação deixou de examinar o referido Ato Declaratório Normativo n. 22/1997, editado após o ajuizamento do mandado de segurança, o que contrariou os arts. 462 do CPC, e 106, II, b, do CTN.

Baseia-se a Recorrente em anterior julgado do TRF da 4ª Região e nos dispositivos do Regulamento Aduaneiro, para concluir que não se pode exigir certidões negativas de débitos fiscais no desembaraço aduaneiro quando há comprovação da regularidade fiscal antes da concessão do benefício para importar no regime *drawback*.

Apresentadas as contra-razões, subiram os autos.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Tenho como prequestionados os dispositivos legais mencionados no especial, ainda que implicitamente, restando prejudicada a apreciação da suposta violação ao art. 535, II, do CPC.

Entende-se como *drawback* a operação pela qual há isenção ou suspensão no pagamento de matéria-prima importada, que será reexportada após sofrer beneficiamento.

A operação é do interesse do Estado que, na condução da política fiscal, estabelece o regime de *drawback*, com a outorga de benefício fiscal.

Dentro da sistemática existem três momentos distintos:

- a) quando a mercadoria ingressa no território nacional;
- b) quando a mercadoria, no País, sofre o beneficiamento, e
- c) quando a mercadoria beneficiada vai ser reexportada.

Na hipótese dos autos, a empresa importou mercadorias estrangeiras, apresentou a documentação pertinente, beneficiou-as e, quando da exportação, não apresentando certidão negativa, teve obstada a operação no momento do despacho aduaneiro, porque vigente a Medida Provisória n. 569/1994, convertida na Lei n. 9.069/1995, que dispõe no seu art. 60:

“A concessão ou reconhecimento de qualquer incentivo ou benefício fiscal, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, fica condicionada à comprovação pelo contribuinte, pessoa física ou jurídica, da quitação de tributos e contribuições federais.”

E como exige o regulamento aduaneiro a comprovação do cumprimento de todas as obrigações fiscais, por ocasião do desembaraço aduaneiro (art. 444, Decreto n. 91.010, de 05.03.1985), a sentença e o acórdão denegaram a segurança.

A questão que se coloca é saber se o *drawback* é operação única, com três momentos distintos, ou operação bipartida, em que o Fisco pode exigir do contribuinte nova documentação quando da reexportação.

Entendo, pela sistemática do *drawback* (o que significa “arrastar pra trás” ou “arrastar de volta”), que temos um negócio único, um ato jurídico singular de efeito diferido, porque pendente uma condição resolutória que poderá frustrar o negócio.

Deste modo, não se há de exigir nova documentação, ou novos encargos, senão aqueles existentes quando do fato gerador da operação.

Este entendimento, aliás, encontra-se consagrado em único e solitário precedente da Primeira Turma, cuja ementa transcrevo:

“Tributário. Operação *drawback*. Desembaraço aduaneiro. Certidão negativa.

*Drawback* (‘arrastar de volta’, em tradução literal) é a operação pela qual o contribuinte se compromete a importar mercadoria, assumindo o compromisso de a exportar após beneficiamento. O Estado, de sua vez, interessado em agregar valor à mercadoria, aceita o compromisso,

concedendo benefícios fiscais ao importador. Isto significa, a operação resulta de um negócio sinalagmático, em que o importador assume a obrigação de beneficiar e reexportar e o Estado, de sua parte, outorga o benefício fiscal.

Apresentada a certidão negativa, antes da concessão do benefício por operação *drawback*, não é lícito condicionar-se à apresentação de novo certificado negativo o desembaraço aduaneiro da respectiva importação.” (REsp n. 196.161-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ de 21.02.2000).

Dentro deste contexto, entendo que foi vulnerada a legislação apontada no recurso, razão pela qual conheço e provejo o especial, para conceder a segurança.

É o voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 268.501 – AC

(Registro n. 2000.0074075-6)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins  
Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama  
Procuradores: Jefferson Christianes Brandão e outros  
Recorrida: Ernestina Soares Machado  
Advogado: Muris Lage e outros

**EMENTA:** Administrativo – Desapropriação – Interesse social – Indeferimento da inicial – Memorial descritivo – Prescindibilidade – Decreto-Lei n. 3.365/1941, Lei n. 4.132/1962 e Lei Complementar n. 76/1993 – Precedentes.

1. A desapropriação por interesse social, nos termos do Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 13, c.c. art. 5º da Lei n. 4.132/1962, promovida antes da Lei Complementar n. 76/1993 prescinde da juntada do memorial descritivo.

2. Recurso especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo, determinando o retorno dos autos à instância de origem a fim de dar continuidade à ação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 4 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

---

Publicado no DJ de 30.6.2003.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama propôs ação de desapropriação por interesse social contra Ernestina Soares Machado, proprietária de imóvel rural denominado Fazenda Moreno, localizada no Município de Brasília-AC, considerado de interesse ecológico e social.

Determinada a imissão na posse, após alguns trâmites, o Juiz Federal, antes de sanear o feito, verificando que a inicial não se fez acompanhar de documentos exigidos pelo art. 13 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, c.c. art. 5º da Lei n. 4.132/1962, determinou que o expropriante apresentasse a planta do imóvel com suas confrontações e limites, em memorial descritivo, no prazo de 20 dias, sob pena de indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 283 e 284 c.c. art. 295, VI, do CPC, tendo o Ibama requerido dilação do prazo para 60 dias, o que foi deferido.

Transcorrido o prazo sem que fosse cumprida a determinação judicial, o Juiz singular extinguiu o processo, na forma do art. 267, I, do CPC.

O TRF da 1ª Região negou provimento à apelação do Expropriante, mantendo a sentença, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 182/186 assim resumidos na ementa:

“Processo Civil. Desapropriação por utilidade pública. Memorial descritivo. Documento essencial. Falta. Indeferimento da inicial. Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 13, Lei Complementar n. 76/1993.

1. Tratando-se de desapropriação por utilidade pública, devem ser observadas as disposições contidas no Decreto-Lei n. 3.365/1941. A documentação exigida não se encontra vinculada ao que dispõe a Lei Complementar n. 76/1993, dado que esta reporta-se à desapropriação por interesse social.

2. Deixando o Expropriante de apresentar o memorial descritivo do imóvel, documento indispensável à propositura da ação, e sendo concedido o prazo mais que razoável para superação da falta, impõe-se reconhecer o acerto da decisão de indeferimento da inicial.

3. Sentença confirmada. Improvimento do apelo.”

Inconformado, o Expropriante manifestou recurso especial pelo fundamento da letra a, alegando violação ao art. 13 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 c.c. art. 5<sup>ª</sup> da Lei n. 4.132/1962, tendo ainda ignorado a Lei Complementar n. 76/1993, postulando a reforma do acórdão.

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

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Insurge-se o recorrente, Ibama, contra acórdão do TRF-1<sup>a</sup> Região, que manteve a decisão de 1<sup>ª</sup> grau, extinguindo o processo a teor do art. 267, I, do CPC, por não ser a inicial da ação expropriatória acompanhada da planta do imóvel com suas confrontações e limites contidos em memorial descritivo, como determinado no art.13 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 c.c. art. 5<sup>ª</sup> da Lei n. 4.132/1962.

A meu ver, o acórdão recorrido incorreu em dois equívocos. O primeiro deles, quando afirma que a deficiência da instrução processual, à mínima da juntada do memorial descrito, “... não decorre das disposições contidas na Lei Complementar n. 76/1993, (...). A exigência do documento mencionado encontra-se vinculada a legislação diversa daquela, o Decreto-Lei n. 3.365/1941 (...). A propósito, aquela lei complementar trata da desapropriação por interesse social, ao tempo em que o decreto-lei reporta-se à desapropriação por utilidade pública”. O segundo, quando assevera que

o ato expropriatório foi o Decreto n. 98.897 (fl. 9), levando a crer que a desapropriação foi promovida por interesse público, quando, em verdade, o foi por interesse social.

Com efeito, o Decreto n. 98.897/1990, acostado à fl. 9 dos autos, dispõe sobre as reservas extrativistas, e dá outras providências, enquanto que o decreto que declarou a área expropriada, encravada na Reserva Extrativista Chico Mendes, é o de n. 99.144/1990, que a declarou de interesse ecológico e social.

Em razão disso, considero corretos os argumentos expendidos no parecer de fls. 177/179, do ilustre Procurador Regional da República, Dr. Juliano Villa-Verde de Carvalho, que reproduzo:

“Em razões de apelação, o Recorrente alega que a exordial atendeu aos requisitos previstos no art. 13 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21.06.1941. Aduz, ainda, que a medição e marcação da área remanescente é matéria alheia à debatida nos autos e devem ter suas custas divididas proporcionalmente entre as partes.

No que tange à primeira alegação, o indeferimento da petição inicial, de fato não merece prosperar, pois a exigência do memorial descritivo só foi considerado como documento indispensável à propositura da ação com o advento da Lei Complementar n. 76/1993, publicada em 06.07.1993, especialmente no art. 5º, IV, a.

Há de se ressaltar, ainda, que o art. 23 da referida lei preceitua que as suas disposições aplicam-se aos processos em curso, convalidados os atos já realizados.

No caso, a relação processual se convalidou em data anterior à vigência da Lei Complementar n. 76/1993, onde os requisitos processuais de admissibilidade para a propositura da petição inicial já foram objeto de análise pelo MM. Juiz **a quo**. Logo, não cabe mais a exigência do memorial descritivo. É o entendimento das egrégias Terceira e Quarta Turmas, adiante transcritos:

‘Ementa: Desapropriação por interesse social. Memorial descritivo. Petição inicial. Juntada. Indeferimento.

1. De acordo com o art. 13 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 c.c. o art. 5º da Lei n. 4.132, de 10.09.1962, o memorial descritivo

não se erige a condição de documento indispensável a propositura da ação de desapropriação por interesse social.

2. Deste modo, sua exigência **ex officio** é ilegítima e o indeferimento da petição inicial, que dele não se faz acompanhar, ilegal.

3. Apelação provida.' (TRF, Terceira Turma, AC n. 0135735-94-AC, rel. J. Fernando Gonçalves, DJ de 09.11.1995, p. 76.855).

'Ementa: Administrativo. Desapropriação. Indeferimento da inicial. Ausência de memorial descritivo.

1. À época do ajuizamento da ação, cuja relação processual já foi angularizada pela citação, vigiam os Decretos-Leis n. 3.365/1941 e 554/1969, os quais não indicavam o memorial descritivo como documento essencial.

2. A exigência só surgiu com o advento da Lei Complementar n. 76/1993 (art. 5, IV, letra a).

3. Convalidação dos atos processuais já praticados sob a égide dos anteriores diplomas legais, como expressamente determinado na referida lei complementar (art. 23).

4. Situação fática já consolidada nestes dois anos em que esteve em curso a desapropriação, sendo impossível o retorno ao **status quo ante**.

5. Recurso provido. Sentença de extinção anulada.' (TRF, Quarta Turma, rel.<sup>a</sup> J. Eliana Calmon, DJ de 09.03.1995, p. 12.045).

Já o segundo argumento esposado na apelação não merece ser acolhido, pois o Juiz de 1<sup>o</sup> grau já se manifestou no sentido de as custas em relação à medição e marcação da área remanescente serem realizadas às expensas do Ibama (fl. 149), sem irrisignação da Apelante contra essa decisão, com a interposição de agravo de instrumento, operando-se, conseqüentemente, a preclusão temporal a respeito do reexame desse pedido."

Adotando esses fundamentos como razão de decidir, conheço do recurso e lhe dou provimento para, reformando o acórdão recorrido, afastar a extinção do processo, determinando o retorno dos autos à instância de origem e dar-se prosseguimento à ação expropriatória.

**RECURSO ESPECIAL N. 276.928 – SP**

(Registro n. 2000.0091995-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins  
Recorrente: Wal Mart Brasil  
Advogado: Marcelo Viana Salomão  
Recorrido: Município de Ribeirão Preto  
Procuradora: Regina Lúcia Cocicov Lombardi

**EMENTA:** Administrativo – Estabelecimento comercial – Supermercado – Funcionamento aos domingos e feriados – Legalidade – Lei n. 10.101/2000 (art. 6º) – Competência da União – Precedentes.

1. O art. 6º da Lei n. 10.101/2000, em que se converteu a Medida Provisória n. 1.982-69, autoriza, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem distinguir o ramo de atividade, observado o art. 30, inc. I, da CF.

2. A competência da União Federal resultante das exigências sociais e econômicas hodiernas, a fim de atender aos interesses coletivos de âmbito nacional, prevalece sobre o interesse peculiar do Município, cuja competência para legislar sobre a matéria é supletiva.

3. Entendimento consolidado do STJ com o qual o acórdão recorrido está em discordância.

– Recurso especial conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 6 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

---

Publicado no DJ de 04.08.2003.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial, seguido de extraordinário, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Wal Mart Brasil Ltda impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra o Secretário Municipal da Fazenda de Ribeirão Preto visando a permitir o seu funcionamento aos domingos e feriados e que a administração municipal não a autue e multe por esse motivo.

O deferimento da liminar foi revogado pela sentença denegatória da segurança, sendo esta mantida no Tribunal de Justiça do Estado, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 152/155, assim resumidos na ementa:

“Estabelecimento comercial. Supermercado. Delimitação dos dias de funcionamento. Lei municipal. Admissibilidade. Competência dos Municípios para legislar a respeito do assunto (Súmula n. 419 do colendo Supremo Tribunal Federal). Negam provimento ao recurso.”

A Recorrente fundamenta o recurso especial nos permissivos **a** e **c** alegando violação ao art. 6º da Medida Provisória n. 1.539/1997, mantido em suas reedições até a última delas, de n. 1.982-69, de 06.04.2000, consoante o qual, “Fica autorizado, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da Constituição”, bem como divergência com as decisões indicadas como paradigmas, notadamente a proferida no RMS n. 9.376-RJ, tecendo longas considerações em torno da matéria, pedindo a reforma do acórdão.

Devidamente contra-arrazoados, ambos os recursos foram admitidos na origem, remetendo-se o especial a esta Corte.

Dispensado o parecer da medida provisória federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

Administrativo. Estabelecimento comercial. Supermercado. Funcionamento aos domingos e feriados. Legalidade. Lei n. 10.101/2000 (art. 6º). Competência da União. Precedentes.

1. O art. 6<sup>a</sup> da Lei n. 10.101/2000, em que se converteu a Medida Provisória n. 1.982-69, autoriza, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem distinguir o ramo de atividade, observado o art. 30, inc. I, da CF.

2. A competência da União Federal resultante das exigências sociais e econômicas hodiernas, a fim de atender aos interesses coletivos de âmbito nacional, prevalece sobre o interesse peculiar do Município, cuja competência para legislar sobre a matéria é supletiva.

3. Entendimento consolidado do STJ com o qual o acórdão recorrido está em discordância.

– Recurso especial conhecido e provido.

Ressalto que a Lei n. 10.101, de 19.12.2000, em que finalmente se converteu a Medida Provisória n. 1.982-69, manteve o art. 6<sup>a</sup> com a mesma redação:

“Fica autorizado, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da Constituição.”

O acórdão recorrido está em dissonância com jurisprudência desta Corte sobre a matéria exemplificada, não só nos precedentes colacionados pela recorrente, como nos julgados abaixo transcritos:

“Constitucional e Administrativo. Supermercados. Horário de funcionamento. Domingos e feriados. Autonomia municipal. Art. 30, I, da Carta Magna. Lei n. 605/1949. Decreto n. 27.048/1949. Súmula n. 419-STF.

1. A Constituição Federal, em seu art. 30, inciso I, autoriza, dentro do princípio da autonomia municipal e em observância a esse princípio, competência exclusiva ao legislativo municipal para legislar sobre assuntos de interesse local.

2. O Decreto n. 27.048/1949, que regulamentou a Lei n. 605/1949, permite que o comércio de gêneros de primeira necessidade funcione nos dias de repouso. Os atuais supermercados, gênero mais moderno dos mercados de outrora, beneficiam-se de tal orientação.

3. Predomina a competência da União Federal, decorrente das exigências sociais e econômicas contemporâneas, para legislar sobre as

atividades comerciais varejistas no território nacional. O interesse coletivo com alcance nacional prevalece sobre o ‘peculiar interesse’ do Município, cuja competência para legislar sobre o assunto é supletiva.

4. O ato vergastado – que proíbe o funcionamento dos supermercados nos domingos e feriados – viola o princípio de livre concorrência, tendo em vista que impõe limitações idênticas de outros estabelecimentos comerciais e isso não se constata da lei.

5. Pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não comete qualquer infração supermercado que abra suas portas ao público em dias não úteis (domingos e feriados).

6. A Súmula n. 419-STF (‘os municípios têm competência para regular o horário de comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas’) é clara e precisa ao estabelecer até onde vai a competência dos municípios sobre a matéria de regular horário de funcionamento do comércio local. **In casu**, não se aplica o presente verbete aos supermercados.

7. Precedentes desta Corte Superior.

8. Recurso provido.” (REsp n. 297.358-PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 30.04.2001).

“Administrativo. Legalidade do funcionamento de supermercado aos domingos e feriados. Decreto n. 27.048/1949. Lei n. 605/1949.

1. Padrões legais sem interpretação e aplicação nas verberadas composições judiciais ordinárias, faltantes em embargos declaratórios ensejando a apreciação, à falta de prequestionamento, encontram óbices sumulares para a admissão do recurso especial.

2. Assentou-se a orientação da Primeira Turma no sentido de que o art. 7<sup>o</sup> do Decreto n. 27.048/1949, também se aplica aos Supermercados que, por isso, podem funcionar aos domingos e feriados.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso não provido.” (REsp n. 216.665-AL, rel. Min. Milton Pereira, DJ de 11.03.2002).

Diante disso, configurado o descompasso do acórdão recorrido com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça e com a lei federal que regula o funcionamento aos domingos e feriados do comércio varejista em geral, sem qualquer distinção, conheço do recurso pelos fundamentos a e c invocados pela recorrente e lhe dou provimento.

**RECURSO ESPECIAL N. 306.811 – BA**

(Registro n. 2001.0023837-8)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Recorrente: Tozzini Freire e Zarif Advogados  
Advogados: Liege Ayres de Vasconcelos e outros  
Recorrida: Fazenda Nacional  
Procuradores: José Nazareno Santana Dias e outros

**EMENTA:** Recurso especial – Alínea a – Tributário – Contribuição Social Sobre o Lucro – Sociedade civil de advogados – Incidência.

Com a publicação da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, foi instituída a contribuição social sobre o lucro líquido, a cargo das pessoas jurídicas domiciliadas no país e equiparadas pela legislação tributária (art. 4º).

A sociedade de advogados foi constituída em 29 de março de 1984 e, pelo disposto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.397/1987, não estava obrigada ao recolhimento do imposto sobre a renda. Tal circunstância não implica na inexigibilidade da contribuição social sobre o lucro, cuja base de cálculo é “o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda”, já que o escritório de advocacia, ao contrário do que afirma a recorrente, auferiu lucro que, descontada a contribuição ora em exame e demais encargos, poderá ser distribuído entre os sócios.

Recurso especial não conhecido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir. A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedida a Sra. Ministra Eliana Calmon. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 15 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 19.05.2003.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto por Tozzini Freire e Zarif Associados, com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Federal da 1ª Região que ratificou a sentença denegatória da segurança por entender devida a Contribuição Social sobre o Lucro por sociedades civis de advogados.

A ementa do v. acórdão profligado guarda o seguinte teor:

“Tributário. Mandado de segurança. Contribuição Social Sobre o Lucro (Lei n. 7.689/1988. Instrução Normativa/SRF n. 198/1988). Sociedade de advogados. Incidência. Precedentes.

1. A Instrução Normativa n. 198/1988 encontra-se em completa sintonia com a Lei n. 7.689/1988, no que se refere ao cálculo do valor da Contribuição Social sobre o lucro a ser recolhido.

2. O fato gerador da CSSL é a existência de lucro, pelo que a não sujeição ao imposto de renda não a exime do recolhimento da referida contribuição, já que a sociedade de advogados tem como objeto a prestação de serviços profissionais, e na qualidade de pessoa jurídica aufere lucros.

3. A observância do art. 195, primeira parte, da Constituição Federal: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade (...).”

4. Apelação improvida.” (fl. 243).

Inconformada, a parte aviou o presente recurso especial, no qual aduz, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 1º do Decreto-Lei n. 2.397/1987; 2º e 6º, parágrafo único, da Lei n. 7.689/1988, e 110 do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, afirma que a teor do disposto no artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.397/1987, não estão sujeitas ao imposto de renda as sociedades civis de prestação de serviços profissionais, e que não há qualquer acréscimo patrimonial em favor dessas sociedades que justifique a tributação, tendo em vista que o lucro se destina aos sócios e não à sociedade. Acresce, ainda, que, pelo disposto no art. 2º da Lei n. 7.689/1988, a base de cálculo da contribuição

sobre o lucro está vinculada ao imposto de renda, e que se aplica a esta contribuição o disposto no art. 6<sup>a</sup> dessa mesma lei, razão pela qual “só teria cabimento exigir-se esta exação quando fosse exigível o próprio imposto federal” (fl. 251). Diz, ainda, que os atos normativos invocados pela autoridade coatora para cobrança da contribuição extrapolam o conceito de lucro previsto, o que é vedado pelo art. 110 do CTN.

Nas contra-razões, pugna a União pelo não provimento do recurso (fls. 256/260).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): A controvérsia apresentada nos presentes autos cinge-se ao cabimento da cobrança da contribuição social sobre o lucro, destinada ao custeio da seguridade social, de sociedade civil de advogados.

A impetrante, Tozzini Freire e Zarif Advogados, fundamenta a irresignação em duas assertivas. A primeira, no sentido de que não é contribuinte do imposto porque não aufera lucro, tendo em vista que os honorários são destinados aos seus sócios e não à própria sociedade. De outra parte, alega que como não é devido o imposto de renda pela sociedade e a contribuição se vincula a esse imposto, somente seria exigível a CSSL se também fosse devido o imposto de renda.

Sabe-no todos que a sociedade de advogados é sociedade civil com características peculiares, atualmente regulada pela Lei n. 8.906/1994, mais conhecida como Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dentre as características específicas, pode-se mencionar a necessidade de registro dos atos constitutivos na Seccional da OAB para adquirir personalidade jurídica (art. 15), a proibição do registro em cartório de registro civil ou na junta comercial (art. 16, § 3<sup>a</sup>) e a responsabilidade pessoal subsidiária e ilimitada dos sócios por danos causados a clientes no exercício do mister.

Quanto ao aspecto tributário, diz-se, atualmente, que “a tributação da sociedade de advogados segue, em linhas gerais, as regras aplicáveis às pessoas jurídicas (**Eduardo Grebler**, in *Sociedade de Advogados*, **Sergio Ferraz** (coord.), São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 100).

Com a publicação da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988, foi instituída a contribuição social sobre o lucro líquido, a cargo das pessoas jurídicas domiciliadas no país e equiparadas pela legislação tributária (art. 4<sup>a</sup>).

À luz dessa lei, foi editada a Instrução Normativa n. 198, de 30 de dezembro de 1988, que determinou que “as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987, calcularão a contribuição social tomando por base o lucro apurado de acordo com as normas específicas a elas aplicáveis, definidas naquele Decreto-Lei e legislações posteriores. A contribuição poderá ser deduzida na determinação do lucro automaticamente distribuído aos sócios”.

Para justificar o não-recolhimento da contribuição, sustenta a recorrente, sociedade constituída em 1984, que as sociedades civis, a que se refere o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.397/1987, dentre as quais se insere, não estão sujeitas à CSSL porque excluídas do pagamento do imposto de renda.

Com efeito, pelo disposto no Decreto-Lei n. 2.397/1987, as sociedades civis recebiam tratamento tributário diverso e não estavam obrigadas ao recolhimento do imposto sobre a renda. Confira-se:

“Art. 1º. A partir do exercício financeiro de 1989, não incidirá o Imposto de Renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.”

Hoje em dia a matéria se encontra superada, pois, as sociedades civis de advogados estão sujeitas ao recolhimento da CSSL e IRPJ. O Decreto n. 3.000/1999, em seu art. 647, prevê expressamente que:

“Art. 647. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional (Decreto-Lei n. 2.030, de 9 de junho de 1983, art. 2º, Decreto-Lei n. 2.065, de 1983, art. 1º, inciso III, Lei n. 7.450, de 1985, art. 52, e Lei n. 9.064, de 1995, art. 6º).

§ 1º. Compreendem-se nas disposições deste artigo os serviços a seguir indicados:

1. administração de bens ou negócios em geral (exceto consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens);
2. advocacia.”

Voltando ao Decreto-Lei n. 2.397/1987, ao comentá-lo, raciocínio que, **mutatis mutandis**, se aplica à espécie, afirma **Eduardo Grebler** que “segundo essa sistemática de tributação então vigente, os honorários percebidos pela sociedade uniprofissional pertenciam aos sócios, e não à sociedade, inexistindo lucro próprio desta. A receita da sociedade, formada essencialmente por honorários, era apurada pelo método de caixa e o saldo positivo considerava-se automaticamente distribuído entre os sócios, os quais se sujeitavam à incidência do Imposto sobre a renda da Pessoa Física. Como tal sociedade estava excluída do campo de incidência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, não poderia estar sujeita ao recolhimento do PIS, eis que à mesma não se aplicava o conceito de faturamento, nem possuía lucro que servisse de base de cálculo para o PIS”.

E continua:

“A argumentação, todavia, não prosperou. Manifestações conclusivas do Poder Judiciário consagraram o entendimento de que, embora excluída do rol dos contribuintes do Imposto de Renda, a sociedade civil de prestação de serviços relativos a profissão legalmente regulamentada não se encontra fora da incidência da contribuição para o PIS, porquanto inexistia norma legal concessiva de isenção a tal sociedade, estando ela, pois, sujeita à contribuição ao PIS.” (**op. cit.**, pp. 107/108).

A circunstância de que não fosse a sociedade contribuinte do Imposto de Renda, portanto, não possuía a virtude de tornar inexigível a Contribuição Social Sobre o Lucro, regulada por lei específica.

É certo, outrossim, que a sociedade civil aufere lucro, do qual deverá ser descontado o valor devido a título de contribuição, para posterior distribuição entre os sócios, pois, estabelece o artigo 2º da Lei n. 7.689, que “a base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o Imposto de Renda”.

Nos dias atuais, a questão não recobra maior relevância, visto que, a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 9.249/1995, as pessoas jurídicas deverão recolher a CSSL de acordo com a mesma opção feita para o recolhimento do IRPJ, **in verbis**:

“Art. 20. A partir de 1º de janeiro de 1996, a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas

que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a doze por cento da receita bruta, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês do ano-calendário.”

Oportuno realçar, por fim, que, no tocante à alegada violação ao artigo 110 do CTN, não merece ser conhecido o recurso, ante à ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pelo acórdão objurgado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 346.357 – SP

(Registro n. 2001.0062255-9)

Relatora: Ministra Laurita Vaz  
Recorrente: Yorie Ibara  
Advogados: Maurício José Barros Ferreira e outro  
Recorrida: Fazenda Nacional  
Procuradores: Valdir Serafim e outros

**EMENTA:** Tributário – Empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos – Decreto-Lei n. 2.288/1986 – Declaração de inconstitucionalidade incidental – STF – Efeitos **intra partes** – Resolução do Senado Federal – Extensão **erga omnes** – Prescrição – Termo inicial.

1. A declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no RE n. 121.336-CE somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando da promulgação da Resolução do Senado Federal n. 50/1995, ocasião em que foram tornados sem efeito os atos praticados sob abrigo dos artigos suspensos do Decreto n. 2.288/1986.

2. O prazo prescricional, portanto, iniciou-se em 09.10.1995, data em que foi editada a resolução senatorial, que tornou indevidos, **erga**

**omnes**, os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos – hipótese autorizadora da repetição de indébito, **ex vi** do art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional – findando-se em 08.10.2000.

3. No caso em questão, a ação foi proposta em 29 de agosto de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

## ACÓRDÃO

Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Medina, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Vencida a Ministra Eliana Calmon, que fará juntada de voto. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina (voto-vista), Francisco Peçanha Martins e Franciulli Netto. Presidiu a sessão a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 15 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

---

Publicado no DJ de 25.08.2003.

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto por Yorie Ibara em face da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em ação de repetição de indébito decorrente do empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos, instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288, de 23 de julho de 1986.

Sustenta a Recorrente, em suma, nas razões do especial, que o acórdão recorrido, ao entender prescrito o crédito da autora, violou os arts. 150 e 168 do Código Tributário Nacional, além de divergir da interpretação desta Corte.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A questão versada no presente recurso, referente ao termo **a quo** da prescrição do direito de pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos, ainda encontra divergências no seio deste colendo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, diversas soluções são dadas aos temas, consoante se infere das ementas a seguir transcritas, **in verbis**:

“Tributário. Empréstimo compulsório. Aquisição de veículo automotor. Restituição de indébito. Prescrição. Decreto-Lei n. 2.288/1986.

1. Declaradas inconstitucionais as normas instituidoras do empréstimo compulsório incidente na aquisição de automóveis, *não completado o quinquênio a contar da data em que a lei que criou o tributo foi declarada inconstitucional não se reconhece a prescrição.*

2. Recurso provido.” (REsp n. 213.789-BA, Primeira Turma, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16.11.1999).

“Tributário. Empréstimo compulsório. Veículos. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Prescrição. Início do prazo. Precedentes. Aplicação da Súmula n. 83-STJ.

1. *O prazo prescricional das ações de repetição do empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos, flui a partir da data em que o egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exação.*

2. Acórdão em harmonia com a jurisprudência iterativa da Corte. Incidência de entendimento sumulado no STJ.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 209.903-AL, Segunda Turma, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 04.09.2000).

“Tributária. Empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo. Prazo prescricional. Contagem.

*O prazo prescricional da ação repetitória teve início com a publicação do acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288/1986.*

Agravo improvido.” (AgRg no AgRg no REsp n. 259.459-SP, Primeira Turma, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 27.11.2000).

“Processual Civil. Tributário. Empréstimo compulsório sobre veículos. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Inconstitucionalidade. Restituição. Prescrição. Contagem do prazo. Agravo regimental. Ausência de argumento novo. Improvimento.

– *Conta-se do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Pleno do STF, que julgou o RE n. 121.336-CE, em 17.10.1990 e publicado no DJ de 26.06.1992, declarando a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288/1986, a contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para pleitear a repetição de indébito.*

– Agravo regimental que se limita a repetir tese já enfrentada pela decisão recorrida.

– Improvido.” (AgRg no REsp n. 268.188-MT, Primeira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 11.06.2001).

“Tributário. Empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos automotores. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Ação de repetição de indébito. Prescrição. Inocorrência.

*I – O empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos, instituído pelo art. 10 pelo Decreto-Lei n. 2.288/1986, considerado inconstitucional, constitui tributo sujeito a lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 1º, do CTN. Dessa forma, se depois, de sorte que o lapso prescricional quinquenal, somente então, passou a correr. Conseqüentemente, o ajuizamento da ação de repetição de indébito deu-se atempadamente. Precedentes do STJ.*

*II – Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 171.181-AL, Segunda Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 24.05.1999).*

Conquanto respeitáveis os argumentos expedidos por todas as correntes, peço vênias para discordar dos entendimentos por elas esposados.

O empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288, de 23 de julho de 1986, para incidir sobre os fatos geradores ocorridos entre a sua publicação e o dia 31 de dezembro de 1989, conforme previsão contida no art. 14 desse diploma legal.

Já ultrapassado o prazo de vigência do tributo, em 11 de outubro de 1990, o Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 121.336-CE, afetado ao Plenário daquela Corte, em controle difuso de constitucionalidade, proclamou ser inconstitucional a exação, consoante se extrai da ata do julgamento, **in verbis**:

“O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso pela letra **b**, mas lhe negou provimento, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos do Decreto-Lei n. 2.288/1986: no art. 10 as expressões: ‘bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários’; o art. 11 e seus incisos II, III, e IV; os artigos 13 e seus parágrafos, 15 e 16 e seu § 2<sup>a</sup>.” (grifo nosso).

Restou ainda assentado, no julgamento, “o direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.”

O acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 26 de junho de 1992.

Posteriormente, o Senado Federal editou a Resolução n. 50, de 9 de outubro de 1995, suspendendo a execução dos dispositivos do Decreto-Lei n. 2.288/1986 cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF.

O grande constitucionalista português **J. J. Gomes Canotilho** leciona que o controle de constitucionalidade “distingue-se entre um sistema em que o órgão competente para fiscalização da constitucionalidade anula o acto com eficácia **erga omnes** (Allgemeinwirkung) e um sistema de desaplicação com eficácia **inter partes**. No primeiro caso, o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico; no segundo tipo, o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do Juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes”. (*in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 796).

No caso em tela, o tributo teve sua inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso **incidenter tantum**, pelo que a decisão tem eficácia somente entre as partes envolvidas no processo, não produzindo quaisquer efeitos àquelles entes estranhos à relação processual.

Para que a decisão tenha efeitos **erga omnes**, em casos de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso que o Senado Federal suspenda a execução da norma legal viciada, **ex vi** do art. 52, inciso X, da Constituição da República, **litteris**:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....  
 X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Sobre o assunto, seguem lições de abalizados doutrinadores pátrios, **in verbis**:

“A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia **erga omnes** às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.” (**Gilmar Ferreira Mendes**, **in** *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 366).

“Na verdade, suspender a execução de lei julgada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, nada mais é do que estender **erga omnes** os efeitos de uma decisão judicial **incidenter tantum**, que alcança originariamente, tão-somente, as partes do processo. Ora, tal extensão dada a uma decisão judicial tem, evidentemente, um caráter político, sobretudo tratando-se de suspender a execução de lei inconstitucional, mas, sem dúvida, se aproxima mais da função jurisdicional do Estado, a qual, com se sabe, não é exercida com exclusividade pelo Judiciário, do que da função legislativa. Aliás, a Constituição fala em suspender a execução, não em suspender a vigência. A lei continua em vigor, porque outra lei não a revogou, simplesmente não produzirá mais efeitos, estará sem eficácia, pois o Supremo Tribunal a declarou inconstitucional, ao examinar a exceção oposta por uma parte num determinado processo, e o Senado, em face daquela decisão **inter partes**, suspendeu a sua execução, estendendo o julgado **erga omnes**, dando-lhe, é certo, um caráter normativo, porém não legislativo.” (**Ronaldo Poletti**, **in** *Controle da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 150).

Completa, ainda, **Oswaldo Luiz Palu**, dizendo que o objetivo dessa suspensão senatorial “é apenas tornar pública a decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”. (**in** *Controle de Constitucionalidade*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 131).

Harmônica também é a doutrina no sentido de que a suspensão tem eficácia **ex tunc**, desconstituindo todos os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional.

A propósito:

“A suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que

ressalta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que ‘a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional’.” (Gilmar Ferreira Mendes, obra citada, p. 373).

“A declaração de inconstitucionalidade não fere de morte a norma; proclama que ela é natimorta. Entendemos, pois, que o que se convencionou chamar de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional é a retirada da lei do ordenamento jurídico, pelo mais grave dos vícios, não podendo esta providência deixar de ter efeito retroativo. Aliás, este é o posicionamento do STF (RMS n. 17.976, rel. Min. Amaral Santos, RDA 105/111).” (Zeno Veloso, in Controle Jurisdicional de Constitucionalidade, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2000, p. 60).

Feitas essas considerações, observa-se que a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no RE n. 121.336-CE somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando da promulgação da Resolução do Senado Federal n. 50/1995, ocasião em que foram tornados sem efeito os atos praticados sob abrigo dos artigos suspensos do Decreto n. 2.288/1986.

Sendo assim, o prazo prescricional iniciou-se em 09.10.1995, data em que foi editada a Resolução Senatorial, que tornou indevidos, **erga omnes**, os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos – hipótese autorizadora da repetição de indébito, **ex vi** do art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional – findando-se em 08.10.2000.

Impende ressaltar que esse foi o entendimento adotado por esta egrégia Turma, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp n. 267.718, do qual fui Relatora, à unanimidade, em 07.03.2002.

No caso em questão, a ação foi proposta em 29 de agosto de 1996, não estando, portanto, fulminada pela prescrição.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a prescrição dos créditos dos autores, relativos à restituição dos valores recolhidos a título do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288, de 23 de julho de 1986, bem como para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, ultrapassada a prejudicial de mérito, prossiga no julgamento da apelação como de direito.

É o voto.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: A questão tratada no recurso especial diz respeito ao *prazo prescricional* para pleitear a restituição de indébito decorrente do pagamento de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos e consumo de combustíveis, instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288/1986.

A jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal, em linhas gerais, vem estipulando 3 (três) datas distintas para início do referido *prazo prescricional*: 1) a data do julgamento do RE n. 121.336-CE, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório; 2) a data da publicação do mencionado acórdão; 3) a data do trânsito em julgado da ação.

Ressalte-se, ainda, a fixação do *prazo decadencial* do direito, com início 5 (cinco) anos após a ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a contar-se da homologação tácita do lançamento, por ser o empréstimo compulsório tributo sujeito ao lançamento por homologação.

A Ministra Laurita Vaz, inovando as posições arroladas, e, fundada em fartas e abalizadas lições doutrinárias, assentou o entendimento de que “a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no RE n. 121.336-CE somente passou a ter eficácia **erga omnes** quando da promulgação da Resolução do Senado Federal n. 50/1995, ocasião em que foram tornados sem efeito os atos praticados sob abrigo dos artigos suspensos do Decreto n. 2.288/1986”.

Defende, dessa forma, como início do prazo prescricional a “data em que foi editada a Resolução Senatorial, que tornou indevidos, **erga omnes**, os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículos – hipótese autorizadora da repetição do indébito, **ex vi** do art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional – findando-se em 08.10.2000”.

Razão assiste à eminente relatora. Com efeito, a Ministra Laurita bem delimitou a questão do controle de constitucionalidade no direito pátrio, procedendo a precisa distinção em relação aos critérios *difuso* e *concentrado*, coexistentes no sistema brasileiro.

As posições firmadas por este egrégio Superior Tribunal de Justiça estão, dessa forma, a merecer pequeno reparo.

Como bem acentua o Ministro **Sydney Sanches**:

“A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal pode ser declarada,

incidentalmente, por qualquer juiz ou tribunal, sempre nos limites de sua jurisdição e competência, originária ou recursal, ainda que não suscitada pelas partes, desde que necessária ao julgamento da ação ou do recurso, para extinção do processo com ou sem exame do mérito.

*E como, nesses casos, a decisão sobre a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, tem caráter meramente incidental – e não principal –, sua eficácia opera, apenas, **inter partes**, não assim, **erga omnes**.*

*Tratando-se, porém, de decisão do Supremo Tribunal Federal que, no exercício de sua competência originária ou recursal, declare incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, será feita, logo após, a comunicação à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, ou seja, para que este suspenda a execução (da lei), no todo ou em parte, conforme o decidido pela Corte.*

*Neste caso, a decisão incidental do Supremo Tribunal Federal, que já possuía eficácia **inter partes**, passa a tê-la **erga omnes**.” (Controle de Constitucionalidade, in Estudos em Homenagem a **Geraldo Ataliba**, vol. 2, Direito Administrativo e Constitucional, org. **Celso Antônio Bandeira de Melo**, Malheiros Editores, São Paulo, pp. 603/604).*

Idêntica lição consigna **José Souto Maior Borges** (Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 30, Ed. Revista dos Tribunais, p. 123):

*“... a decisão **incidenter tantum** sobre inconstitucionalidade, no controle difuso, não expulsa a norma constitucional do sistema jurídico. Tanto que é necessário ato do Senado Federal suspendendo-lhe a eficácia (execução) no todo ou em parte (CF, art. 52, X). *Só assim lhe será emprestada a generalidade própria dos efeitos **erga omnes** no controle concentrado.*”*

Corretíssima a conclusão da relatora no sentido de não possuir a decisão proferida no RE n. 121.336-CE, eficácia **erga omnes**, efeito só alcançado com a suspensão da lei inconstitucional pelo Senado Federal.

A contagem do prazo prescricional para repetição do indébito tributário, dessa forma, deve ter como marco inicial, efetivamente, a data da edição da Resolução Senatorial.

Posto isso, acompanho o voto-condutor.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sra. Ministra-Presidenta, acompanho o voto da Ministra-Relatora para estabelecer como marco o decreto do Senado Federal.

Dou provimento ao recurso especial.

## VOTO-VENCIDO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Srs. Ministros, não aceito o entendimento da corrente que defende a contagem do prazo prescricional a partir da data da declaração de inconstitucionalidade.

Esta Corte tem um recurso submetido à Seção, e ele se perdeu, porque está com um pedido de vista e não se sabe quando será julgado. Afetei-o justamente para isso, mas não se consegue completar o julgamento. Sei que sou minoria nesse entendimento, porém, ainda resisto enquanto a Seção não se pronunciar.

Farei a juntada de voto em relação à prescrição na ação de repetição de indébito, no qual não aceito que o sistema jurídico fique em aberto, aguardando um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade.

## VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora):

### *Preliminar*

Preliminarmente, esclareço que a Segunda Turma decidiu afetar o julgamento a esta Seção, a fim de uniformizar o entendimento do tema – prescrição em matéria tributária – diante da controvérsia jurisprudencial.

### *Recurso Especial*

O especial foi interposto com respaldo na alínea c do permissivo constitucional. Demonstrado o dissídio, é de ser conhecido o recurso.

O entendimento esposado no acórdão impugnado neste recurso é clássico e tem por base o princípio da **actio nata**, segundo as lições de **Câmara Leal**.

Pelo princípio, somente quando a parte está apta a impugnar a agressão ao direito por via judicial é que nasce o prazo prescricional, este direcionado ao direito de ação.

Em matéria tributária, o tema assume maior complexidade em razão das diversas espécies de lançamento, ao tempo em que há um outro complicador: o exame da decadência, antecedendo a prescrição. Assim, tem-se como ponto de partida o fato gerador, sendo importante recordar que o lapso temporal que vai até o lançamento está sujeito a decadência e, do lançamento à cobrança, tem-se a prescrição.

O CTN fixa o prazo de cinco anos para o sujeito ativo da relação tributária efetuar o lançamento do tributo, como previsto nos arts. 150, § 4º, e 173.

Este prazo, endereçado ao sujeito ativo e automaticamente aplicado, se não houver lei que estabeleça outro prazo para a homologação, é tido como *prazo decadencial*.

Ainda dirigido ao sujeito ativo, há outra previsão temporal, após o prazo em que cabe a ele agir na certificação do seu direito. Este novo marco refere-se ao direito de exigir-se o cumprimento da obrigação, por parte do sujeito passivo, e está previsto no art. 174 do CTN, tendo-se este prazo como de *prescrição*.

De referência ao prazo decadencial, não se tem dúvida de que surge ele com o nascimento do direito, ou seja, com o fato gerador. E sem sofrer suspensões ou interrupções, tem seu curso em fruição seguida de cinco anos.

Neste período, cabe ao Fisco ativar a certificação do seu direito, o que se consolida pelo lançamento, direito este que se esvai a cada dia, até extinguir-se totalmente, ao final do prazo. A inação do Fisco provoca o que se chama de homologação ficta e que se consolida ao final de cinco anos de inação.

Digamos que o Fisco disponha de cinco anos para lançar, mas o faz em um ano. O prazo decadencial de cinco anos é então encurtado porque com o lançamento surge a exigibilidade e tem então início o prazo prescricional.

Em matéria de repetição de indébito, hipótese do interesse para solução da presente controvérsia, temos como de capital importância a regra contida no art. 168 do CTN, **in verbis**:

“O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I – (...)

II – (...).”

Este prazo sempre foi tratado pelo STF como de prescrição, e o texto remete o interessado ao art. 165 do CTN, resultando da conjugação dos dispositivos mencionados os seguintes termos **a quo** da prescrição:

- 1) a data do pagamento espontâneo do tributo indevido ou do pagamento “a maior” (inciso I, art. 165, do CTN);
- 2) a data do pagamento feito por erro (inciso II, art. 165, do CTN);
- 3) a data em que se tornar definitiva a decisão, seja ela administrativa ou judicial, quando o crédito estiver sendo questionado.

Além da lei de regência, temos para exame, pela importância incontestável, especialmente em um Tribunal de precedentes como é esta Corte, a jurisprudência.

Inúmeros precedentes, a partir do entendimento de que tem o Fisco cinco anos para homologar o seu crédito e mais cinco para exigí-lo, na ausência de homologação. Por um raciocínio simplista, inaugurou-se a tese dos “cinco mais cinco”, contando-se dez anos a partir do fato gerador (os cinco primeiros anos, prazo decadencial, e os cinco restantes, prazo prescricional).

Neste sentido, dentre outros precedentes, temos:

“Tributário. Empréstimo compulsório. Decreto-Lei n. 2.288, de 23.07.1986, art. 10. Repetição do indébito. Direito a restituição. Decadência. Prescrição. Contagem do prazo. Não-caracterização.

I – O tributo, a que se denominou empréstimo compulsório, está sujeito a lançamento por homologação, não se podendo falar antes desta em crédito tributário e pagamento que o extingue. Não tendo ocorrido a homologação expressa, a extinção do direito de pleitear a restituição só ocorrera após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita, isto é, em 1996, quanto aos fatos impositivos mais remotos.

II – Se se contar o prazo para a ação de restituição a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto-Lei n. 2.288, de 1986, o transcurso do prazo quinquenal ocorrerá muito após aquela data.

III – Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 75.006-PR, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, unânime, DJ de 11.12.1995).

“Processual Civil. Tributário. Empréstimo compulsório sobre aquisição de combustíveis. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Ação de repetição de indébito. Prova de recolhimento. Média de consumo. Prescrição. Inocorrência. Precedente.

– Em sede de repetição do empréstimo compulsório sobre aquisição de combustível, o cálculo dos valores tem por base a média do consumo nacional, fixada pela secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 16, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.288/1986, sendo suficiente para a demonstração do recolhimento do gravame a prova de propriedade do veículo.

– Consoante o entendimento fixado pela egrégia primeira seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, a falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados de mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento. Por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o referido gravame.

– Se o acórdão fixou como termo inicial de prescrição da ação a data prevista para a devolução do gravame – hipótese mais benéfica para a recorrente do que a consagrada pela egrégia primeira seção –, e descabido o deferimento da pretensão deduzida no recurso, seja de prescrição ou de decadência o lapso temporal em discussão, sob pena de **reformatio in pejus**.

– Recurso especial desprovido.” (REsp n. 69.233-RN, rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Turma, unânime, DJ de 30.10.1995).

“Tributário. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Restituição. Decadência. Prescrição. Inocorrência.

– Consoante o entendimento fixado pela egrégia Primeira Seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, a falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados de mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento, por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame.

– Embargos de divergência rejeitados.” (REsp n. 430.502-0-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, por maioria, DJ de 29.05.1995).

“Tributário. Empréstimo compulsório. Aquisição de veículo e consumo de combustível. Repetição de indébito. Decadência. Prescrição. Inocorrência.

– O tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículo e sobre o consumo de combustíveis é daqueles, sujeitos a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário.

– A falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco, para apuração do tributo devido.” (REsp n. 266.889-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ de 04.12.2000).

“Tributário e Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. Compensação. Art. 66, Lei n. 8.383/1991. Prescrição. Decadência. Termo inicial do prazo.

1. Agravo regimental contra decisão que, com amparo no art. 544, § 2º, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela agravante, para fins de afastar a decadência pretendida.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, por ser sujeito a lançamento por homologação o empréstimo compulsório sobre combustíveis, seu prazo decadencial só se inicia quando decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de 5 (cinco) anos, a contar-se da homologação tácita do lançamento. Já o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada a inconstitucionalidade do diploma legal em que se fundou a citada exação. Estando o tributo em apreço sujeito a lançamento por homologação, há que serem aplicadas a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

3. A jurisprudência sobre a decadência e a prescrição, no caso da repetição de indébito tributário – o caso debatido nos presentes autos –, a qual teve a honra de ser um dos precursores quando juiz no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, demorou a se consolidar com a

tese que há mais de dez anos venho defendendo e que ora encontra-se esposada no decisório objurgado.

4. Louvável a preocupação da insigne Procuradoria na tese que abraça. No entanto, firme estou na convicção em sentido oposto, após longo e detalhado estudo que elaborei sobre o assunto, não me configurando o momento como apto a alterar o meu posicionamento.

5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 317.687-SP, rel. Min. José Delgado, unânime, DJ de 06.11.2000).

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Empréstimo compulsório sobre combustíveis. Prescrição.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o tributo, denominado empréstimo compulsório, está sujeito a lançamento por homologação, e antes deste não há crédito tributário nem pagamento que o extinga. Se não ocorreu a homologação, a extinção do direito de pedir a sua restituição só ocorrerá depois de 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais 5 (cinco) anos. O período prescricional de 5 (cinco) anos só teve início da publicação do acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da aludida exação. Sendo harmoniosa a jurisprudência no mesmo sentido da decisão recorrida, aplica-se a Súmula n. 83 desta egrégia Corte. (AgRg no Ag n. 280.499-SP, relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 15.05.2000, p. 147).

Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 256.344-DF, rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, unânime, DJ de 20.11.2000).

“Tributário. Finsocial. Compensação. Prescrição. Decadência.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, não havendo lançamento por homologação ou qualquer outra forma, o prazo decadencial só começa a correr após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais 5 (cinco) anos.

O prazo prescricional de cinco anos para a compensação ou cobrança do crédito correspondente aos recolhimentos indevidos só começa a fluir da data da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade da contribuição para o Finsocial (RE n. 159.764-1).

Recurso improvido.” (REsp n. 250.753-PE, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 14.08.2000).

Ainda em tema de repetição de indébito, encontram-se precedentes desta Corte com um outro enfoque, inteiramente novo, abandonando-se a tese dos “cinco mais cinco”, para proclamar-se como só iniciado o prazo prescricional da ação de repetição de indébito, de tributo declarado inconstitucional, a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Este enfoque abriga variantes, entendendo-se que o termo **a quo** é a data do julgamento, a do trânsito em julgado, ou, ainda, a do ajuizamento da ação. Advirta-se, ainda, que não importa, para os adeptos desta tese, se a declaração se faz em controle difuso ou controle concentrado.

Como precedentes colacionam-se alguns que, coincidentemente, situam-se dentro da repetição de indébito do empréstimo compulsório. Vejamos:

“Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Precedentes do STF. Divergência. Empréstimo compulsório. Prescrição. Termo inicial.

Precedentes da Suprema Corte não se prestam à comprovação da divergência para o fim de permitir a análise da matéria em sede de recurso especial.

O prazo prescricional da ação repetitória teve início com a publicação do acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei n. 2.283/1986.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 220.469-AL, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 11.10.1999).

“Tributário. Empréstimo compulsório. Veículos. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Prescrição. Início do prazo. Precedentes. Aplicação da Súmula n. 83-STJ.

1. O prazo prescricional das ações de repetição do empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos, flui a partir da data em que o egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da exação.

2. Acórdão em harmonia com a jurisprudência iterativa da Corte. Incidência de entendimento sumulado do STJ.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 209.903-AL, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, DJ de 04.09.2000).

“Tributário. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Restituição. Decadência. Prescrição. Inocorrência.

– Consoante o entendimento fixado pela egrégia Primeira Seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, a falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados de mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento. Por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame.

– Embargos de divergência rejeitados.” (REsp n. 43.205-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, por maioria, DJ de 29.05.1995).

“Agravo no recurso especial. Tributário. Empréstimo compulsório. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Restituição. Prescrição. Termo inicial.

I – A Primeira Seção deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que o empréstimo compulsório sobre combustíveis é tributo sujeito a lançamento por homologação, de forma que o prazo prescricional para sua restituição é quinquenal e se inicia a partir da homologação tácita do lançamento, a qual se dá após 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador.

II – Se considerada a declaração pelo STF da inconstitucionalidade do dispositivo legal em que se fundou a citada exação (art. 10 do Decreto-Lei n. 2.288/1986), o prazo para o ajuizamento da ação de restituição inicia-se a partir da data da publicação no DJU do respectivo acórdão.

Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no REsp n. 252.846-DF, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrichi, Segunda Turma, unânime, DJ de 11.09.2000).

Não encontrei substrato doutrinário no estudo da prescrição sobre este enfoque, mas é bem rico o material jurisprudencial que deu ensejo à tese.

O precedente mais antigo, ao qual se reportam os Ministros que adotaram o entendimento, como por exemplo o Ministro Humberto Gomes de Barros, é do Ministro Pádua Ribeiro, no REsp n. 44.221-PR. S. Ex.<sup>a</sup>, apoiando-se em precedente de Hugo de Brito Machado, quando integrante do TRF 4<sup>a</sup> Região, disse ser razoável e jurídico que se contasse o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito, na questão do empréstimo compulsório, a partir da decisão plenária do Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade da exação.

Para o então Juiz Hugo de Brito Machado (AC n. 44.403-PE, TRF da 5ª Região, citado no REsp n. 44.221-PR), o art. 168 do CTN não se refere à repetição de indébito na via judicial, e sim na esfera administrativa, enquanto o art. 168 diz respeito à ação de anulação de decisão administrativa que nega o pedido de restituição, inexistindo dispositivo legal que estabeleça a prescrição para a ação do contribuinte reaver o que pagou com base em lei inconstitucional.

A partir daí, o voto do ilustre magistrado faz uma série de considerações racionais, não sendo demais destacar o trecho seguinte:

“Poder-se-á argumentar que as questões em geral, contra a Fazenda Pública, prescrevem em cinco anos, por força do disposto no Decreto-Lei n. 4.597, de 19.08.1942.

Ocorre que a presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo.

É certo que o contribuinte pode promover a ação de restituição, pedindo seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade. Tal ação, todavia, é diversa daquela que tem o contribuinte, diante da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo. Na primeira, o contribuinte enfrenta, como questão prejudicial, a questão da constitucionalidade. Na segunda, essa questão encontra-se previamente resolvida.

Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção.”

Para dar sustentação ao ponto de vista que defendia, o Ministro Pádua Ribeiro invocou precedente do STF, afirmando que a Corte Maior adotara o entendimento do Juiz Hugo de Brito Machado.

Busquei então o precedente indicado, o RE n. 136.883-RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no qual o relator, **data venia**, em nenhum momento referiu-se ao entendimento do Juiz Hugo de Brito Machado.

Disse o Ministro Pertence que o direito do contribuinte de repetir o que pagou a título de empréstimo compulsório, nos termos do art. 165 do CTN, independia do exercício financeiro em que se dera o pagamento.

Esta última frase deu ensejo à tese aqui examinada e que, nascida na Segunda Turma, acabou contaminando os integrantes da Primeira Turma, como confessou o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao aderir à tese do Ministro Pádua Ribeiro no EREsp n. 42.720-5-RS.

A tese adotada, portanto, abandonou a teoria da **actio nata** e abandonou também o CTN – arts. 156, I e VII e 168 –, dispositivos que são expressos em indicar o pagamento, ainda quando antecipado, como causa de extinção do crédito tributário, indicando ainda, o art. 168, que é desta data que se deve contar o prazo de cinco anos para a restituição.

Entendo que, em se tratando de matéria de ordem pública, como é a prescrição, não cabe ao intérprete achar, contornar, construir ou aplicar equidade, princípios gerais do direito ou, em **ultima ratio**, apelar para a razoabilidade.

Os institutos de ordem pública exigem interpretação direta e precisa, quando há norma expressa disciplinando a matéria.

O encaminhamento dado ao tema pela Segunda Turma, mercê de amparar-se em fala do Ministro Sepúlveda Pertence, entrou em testilha com os precedentes da Corte Maior, sedimentados em riquíssima doutrina.

Aliás, trago aqui os julgados invocados pelo Ministro Demócrito Reinaldo, constante do voto-vencido que proferiu por ocasião do julgamento do EREsp n. 42.720-5-RS, peça merecedora de leitura atenta, quando se pretende reestudar a jurisprudência da Primeira Seção.

Vejamos os julgados destacados no ilustre voto-vencido:

“A restituição do indébito tributário deve ser pleiteada, administrativamente, no prazo de cinco anos, que é de decadência, contando na forma do artigo 168 do CTN ... No caso, trata-se de pedido de repetição de indébito. O direito de pleitear se extingue no prazo de cinco anos, como dispõe o artigo 168 do CTN. O pedido de repetição pode ser formulado administrativamente ou judicialmente... O que se há de entender é que, pago indevidamente um tributo, surge para o contribuinte o direito de, no prazo de cinco anos, pleiteá-lo contado o prazo da extinção do crédito tributário nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165 do CTN (STF, Ac. AgRg. n. 111.231, RTJ, vol. 121/332, rel. Ministro Aldir Passarinho).

O Direito de pleitear restituição está sujeito ao prazo de decadência de cinco anos (CTN, art. 168), que se conta assim: a) da ata da extinção do crédito tributário (melhor será dizer: do pagamento do crédito tributário, nas hipóteses de a.1. cobrança ou pagamentos indevidos ou maiores que o devido (CTN, art. 165, I, 1ª parte, *ex vi* do disposto no art. 168, I) (RTFR, n. 117/1950, rel. Ministro Carlos Velloso).

Sendo o fato gerador do ISS a prestação de serviços e dando-se a extinção do crédito com o pagamento, o mês anterior à quitação deve ser o marco para fins de cálculo do lapso prescricional.

Ora, essa afirmação não nega vigência aos artigos 165 e 168 do CTN, mas, ao contrário, lhes dá a devida interpretação. De fato, se, de acordo com esses dispositivos, o prazo de decadência de cinco (5) anos se conta da data da extinção do crédito, extinção esta que ocorre com o pagamento dele, não há dúvida que o crédito que nasceu com o fato gerador ocorrido em setembro, mas que só foi extinto com o pagamento em outubro, não é alcançado, no caso, por esses cinco anos, que só alcança os créditos cujo pagamento ocorreu até o mês de setembro, inclusive.” (RE n. 102.065-2, julgado em 24.04.1984, rel. Ministro Moreira Alves).

Quero chamar a atenção para aspecto que me parece de fundamental importância e que, segundo minha ótica, retira da tese desenvolvida pelo então Juiz Hugo de Brito Machado o apoio pretoriano, de acordo com o Ministro Pádua Ribeiro.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no RE n. 136.883-7-RJ, julgava a questão do empréstimo compulsório incidente na aquisição de automóveis, exação declarada inconstitucional pelo STF no RE n. 121.336 (Pleno de 11.10.1990).

Diferentemente, no STJ a tese se desenvolve em relação aos empréstimos compulsórios incidentes sobre a aquisição de combustíveis, exação sobre a qual o STF não tinha à época declarado a inconstitucionalidade, o que só veio a fazer depois.

Como assinalou o Ministro Demócrito Reinaldo, quando do Julgamento do RE n. 171.025-0-PR, publicado no DJU de 22.02.1994 disse o Ministro Marco Aurélio, relator do processo:

“A controvérsia dirimida pelo Tribunal de origem diz respeito ao artigo 10, primeira parte, do Decreto-Lei n. 2.288/1986, que instituiu

a cobrança do empréstimo compulsório sobre a aquisição de gasolina e álcool (fls. 42 a 46). Inexiste precedente desta Corte sobre a matéria, já que o Plenário, lançado mediante o julgamento do RE n. 121.336-CE, em que funcionou como relator o Ministro Sepúlveda Pertence – cujo acórdão foi publicado na RTJ 139/625, ficou restrito à expressão ‘bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários’ inserta naquele artigo e aos artigos 11, incisos II, III e IV, 13 e parágrafos, 15 e 16, § 2º. À Procuradoria Geral da República (27.12.1993).” (fls. 206/208).

Ora, inexistindo na oportunidade declaração de inconstitucionalidade em relação ao compulsório de combustíveis, tem-se como mal colocado o precedente do STF, é a conclusão.

Tenha-se presente que, na espécie em julgamento, não se trata de repetição de indébito de compulsório de combustível ou automóvel.

Tem-se taxa de expediente da Cacex, cujo lançamento se faz de ofício, e que em nenhuma hipótese pode ser confundida com a sistemática dos tributos lançados por homologação.

Por fim, quero deixar claro, nesta oportunidade, que não pretendo resistir em aceitar os precedentes da Corte.

Tenho proclamado, em muitas oportunidades, que este é um Tribunal de precedentes onde é importante uniformizar-se a jurisprudência que, neste particular, está em completo desalinho.

Assim, e em conclusão, conheço do recurso especial pela alínea c, mas nego-lhe provimento, pugnando pela prevalência do acórdão impugnado.

É o voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sra. Ministra-Presidenta, acompanho o voto da Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 364.292 – MG

(Registro n. 2001.0125893-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Majed Saleh Hilal

Advogados: Rodrigo Carvalho da Silva Araújo e outro

Recorrida: Fazenda Pública do Município de Governador Valadares

Procuradores: Androgeu Gomes Filho e outros

**EMENTA:** Processual Civil – Execução Fiscal – Teoria da aparência – Citação feita na pessoa do filho (parente) – Nulidade – Presuposto de constituição válida do processo – Matéria de Ordem Pública – Apreciação de ofício.

1. Face à teoria da aparência, o sistema jurídico moderno muito embora prestigie as relações sociais que se baseiam na confiança legítima e na boa-fé, a teoria da aparência em caso tal, não se aplica, face à citação ser ato de essencial importância, diretamente vinculado à plenitude do direito assegurado pela Carta Magna.

2. “Na execução, a arguição de nulidade **pleno iure**, como a falta de citação, prescinde da oposição de embargos, podendo dar-se por simples petição.” (REsp n. 422.762, rel. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. no DJ de 25.11.2002).

3. Recurso especial provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 15 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

---

Publicado no DJ de 16.06.2003.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial interposto por Majed Saleh Hilal, com fulcro no artigo 105, inciso III,

alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, onde pretende a reforma do v. acórdão proferido pelo Tribunal de Origem.

Argumenta, em breve síntese, que o v. aresto recorrido afrontou dispositivos de lei federal, notadamente os artigos 214, 247 e 301, I, todos do Código de Processo Civil. Sustenta que proposta uma ação de execução fiscal pela *Fazenda Pública do Município de Governador Valadares* contra ele, o Recorrente, no ato da citação para a devida formação da relação processual, esta foi realizada na pessoa de seu filho, o que, segundo afirma, lhe subtraiu o direito de opor embargos à execução fiscal movida pela Municipalidade, haja vista que transcorrido **in albis** o prazo para oferta dos competentes embargos à execução fiscal, culminou na designação e realização da hasta pública do bem, na qual, fora arrematado. Nesta época ciente do processo, o recorrente afirma que interpôs perante o Tribunal **a quo** a exceção de pré-executividade, sendo indeferida pelo MM. Juízo monocrático por entender que tal exceção era incabível naquele momento processual. Interposto o agravo de instrumento perante aquele Tribunal de Origem, este foi prontamente negado o seu provimento, haja vista que, **in casu**, subsistente a teoria da aparência.

O v. aresto restou assim ementado acerca da irresignação do ora agravante (fl. 204):

“Agravo de instrumento. Execução fiscal. Pré-executividade. Nulidade. Defeito de citação. Teoria da aparência. Válida é a citação efetivada na pessoa que apresenta-se como procurador do executado, pois lícito não é exigir-se do Oficial de Justiça que requeira do cidadão prova quanto à capacidade para receber citação. Inadmissível a exceção de pré-executividade, porquanto já em fase de expropriação do bem do devedor.”

Aduz ainda o Tribunal **a quo** no v. acórdão recorrido que, **in verbis**:

“A citação se deu na pessoa do filho, que se dizia seu procurador, como consta da certidão de fl. 54.

Realmente, há procuração nos autos, fl. 89, só que limitada, mas lícito não é exigir-se do Oficial de Justiça que requeira do cidadão prova quanto à alegação feita.

Não se trata de pessoa estranha ao agravante, mas de seu filho.

Importante, ainda, frisar que houve a intimação do cônjuge do Agravante quando da penhora, fl. 54. (...).

A denominada exceção, a meu sentir, não mais seria admitida com a penhora realizada.

Poderia até o agravante, ciente da realização da praça, antes mesmo de sua efetivação, desde que dispunha de prazo mais do que suficiente, requerer ao juízo da causa a sua suspensão para análise da alegada e não satisfatoriamente provada nulidade de citação.” (fls. 205/206).

Apresentadas as contra-razões, a recorrida pugnou pelo desprovemento do recurso ora interposto.

Efetivado o juízo de admissibilidade pelo Tribunal **a quo**, o recurso foi admitido (fl. 243), subindo os autos a esta egrégia Corte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Discute-se no presente recurso especial, fulcrado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sobre a aplicação da teoria da aparência face à citação feita na pessoa do filho do ora recorrente.

Aduz o ora recorrente nas razões recursais, violação ao artigo 214 do Código de Processo Civil, eis que “A norma refere-se a todo tipo de processo, de conhecimento, de execução e cautelar. Até mesmo o procedimento de jurisdição voluntária quando há interesse de terceiro, torna obrigatória a citação.

A norma não se basta com a citação inicial, é necessário que o seja validamente.” (fl. 168).

E por via de conseqüência alega também a negativa ao artigo 247 do mesmo instituto processual, vez que “fulmina de nulidade a citação quando feita sem observância dos requisitos legais (...)” (fl. 169).

Em sua irresignação complementa ainda que: “**Permissa venia**, entendemos que a teoria da aparência não se aplica à demanda em apreço, pois, além de ser o recorrente pessoa física, quando o meirinho cumpria a diligência inicial, foi devidamente informado de que não se tratava do executado e sim do seu filho.

À fl. 39, ao efetuar a penhora, novamente constou o nome do filho do executado, intimando-o para ofertar embargos.” (fl. 171).

Destarte, eis que o confronto entre os fundamentos que serviram de suporte para negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, com as razões apresentadas no recurso especial, infere-se, sem maiores esforços, a controvérsia em torno da validade da citação face à Teoria da Aparência e a exceção da pré-executividade.

Quanto à Teoria da Aparência, esta surgiu para proteger o contratante que, acreditando nessa aparência, acaba por contratar com quem não é o titular do direito disposto, mas o fazendo de boa-fé.

Assim, mesmo que o contratante e/ou pessoa não seja o verdadeiro titular do direito, mas pelo simples fato de parecer sê-lo, o negócio acaba por ser convalidado e será perfeitamente eficaz.

Na lição de **Arnaldo Rizzardo**, consigna que:

“Uma pessoa é tida, não raras vezes, como titular de um direito, quando não o é, na verdade. Aparece portadora de um valor ou um bem, agindo como se fosse proprietária, por sua própria conta e sob sua responsabilidade. Não está na posição de quem representa o verdadeiro titular, ou de que se encontra gerindo os negócios alheios.

Em outras palavras, produzem-se declarações de vontade que não correspondem à realidade.” (Teoria da Aparência, *Ajuris*, 24, ano IX, 1982, março, Porto Alegre, **Arnaldo Rizzardo**).

Contudo, no tocante a aplicação da teoria da aparência a citação da pessoa física merece maiores ponderações, eis que “**Data maxima venia**, uma coisa é a aplicação da aludida teoria, que visa coibir dificuldades excepcionais na citação – ato de essencial importância pois que diretamente vinculado à plenitude do direito de defesa assegurado pela Carta Política – e outra coisa é a adoção de tal teoria de modo liberal, sem o exame de elementos fáticos importantes, da competência das instâncias ordinárias (...)” (REsp n. 323.873-RJ, rel. Sr. Min. Aldir Passarinho Junior, publ. no DJ de 25.02.2002).

A citação inicial para **Pontes de Miranda** é o pressuposto de validade do processo, tanto no começo da ação de cognição, da executiva ou da cautelar, ou qualquer outra, “Sem ela, nulo é o processo, porque não se perfaz a angularidade da relação jurídica processual. O autor pediu a citação; o juiz deferiu-lhe o pedido; e a citação não se fez. (...)”.

E continua em seu ministério: “Se faltou a citação e prosseguiu o processo, o que não existiu foi a citação, portanto a angularização da relação

jurídica processual”. (Comentários ao Código de Processo Civil, pp. 207/209, Tomo III (arts. 154/281), Revs. e aumentada, 4ª ed., Forense, 1997).

Tenho por oportuno também, trazer à testilha outra passagem na obra do renomado doutrinador **Arruda Alvim**, in **Direito Processual Civil**, vol. I, Ed. Rev. dos Tribunais, no qual transcrevo, **in verbis**:

“Citação é o ato fundamental do processo. Citação não ocorre pelo somatório argumentativo de diversos acontecimentos esparsos ocorridos num processo. Se não houve citação, propriamente dita (art. 225 do CPC), a lei estabelece a nulidade do ato (art. 247), e, neste caso, o que se constata ocorrer é a própria inexistência do ato de citação.” (p. 57).

“A inobservância dos requisitos constantes dos arts. 223 e 225, à luz do que dispõe o art. 247, todos do CPC, conduz à nulidade do ato, admitindo-se que houvesse identidade entre o intimado e o que deveria ter sido não propriamente intimado, mas citado.

Se a citação carecer de qualquer desses elementos, de citação não se trata, e, pois, o ato praticado será inepto para vincular alguém, pessoa física ou jurídica, quando realizado com desatenção ao que consta do art. 223, transcrito.” (p. 59).

Destarte, temos que o sistema jurídico moderno muito embora prestigie as relações sociais que se baseiam na confiança legítima e na boa-fé, colho a doutrina de Moacyr Amaral Santos, onde não se pode deixar de reconhecer que o formalismo é uma necessidade, porquanto uma garantia para todos que são interessados no processo, e que a ausência de formas daria lugar a inconvenientes muito mais graves e gerais.

Na lição do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, a citação irregular, não suprida, torna o processo nulo de pleno direito, uma vez que não completada a relação processual. Eventual decisão proferida nesses autos não transita em julgado, podendo ser anulada a qualquer tempo.

Assim, todos os cuidados deve ter o oficial de Justiça ao entregar a citação inicial, vez que este formará a relação processual e no caso, a citação foi feita indevidamente na pessoa do filho do ora recorrente, cujo nome se assemelha ao pai, aquele Najed Saleh Hilal e o pai, ora recorrente, Majed Saleh Hilal.

Demais disso, quanto a exceção da pré-executividade, não agiu com o costumeiro acerto o v. acórdão recorrido quando consignou que “Inadmissível a exceção de pré-executividade, porquanto já em fase de expropriação

do bem do devedor”, haja vista que esta egrégia Corte em outra oportunidade de julgamento já decidiu que “Ao que se vê nas razões do agravo, a recorrida se insurgiu contra a decisão que determinou a penhora de seus bens antes de promovida sua citação, restando conforme à legislação processual a interposição do agravo de instrumento. Aliás, a alegação desse vício não dependeria da oposição de embargos. Ao contrário, por consistir em nulidade **pleno iure**, poderia tomar a forma de **petitio simplex**”. (REsp n. 422.762, rel. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. no DJ de 25.11.2002).

À vista do exposto, *dou provimento* ao presente recurso especial.

---

## RECURSO ESPECIAL N. 380.176 – RS

(Registro n. 2001.0155442-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Rio Grande do Sul  
Advogados: Bruno Guilherme Rockenbach Júnior e outros  
Recorrida: Marta Ribeiro Pacheco  
Advogado: Roberto Laux

**EMENTA:** Recurso especial – Alínea a – Mandado de segurança – Bacharel em Direito – Nomeação para a função de conciliador no Juizado Especial Cível – Inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – Possibilidade – Impedimento relativo (art. 28 do Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei n. 8.906/1994).

Não se conforma a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul com o **decisum** da Corte de origem que autorizou a inscrição da impetrante, Bacharel em Direito, no mencionado órgão de classe, nada obstante exerça a função de conciliadora do Juizado Especial Cível.

O Bacharel em Direito que atua como conciliador e não ocupa cargo efetivo ou em comissão no Judiciário, não se subsume às hipóteses de incompatibilidade previstas no art. 28 do Estatuto dos advogados e da OAB (Lei n. 8.906/1994).

A vedação, como não poderia deixar de ser, existe tão-somente para o patrocínio de ações propostas no próprio juizado especial. Esse impedimento, de caráter relativo, prevalece para diversos cargos em que é autorizado o exercício da advocacia, a exemplo dos procuradores do Distrito Federal, para os quais é defeso atuar nas causas em que for ré a pessoa jurídica que os remunera.

Hodiernamente, a questão não enseja maiores digressões, visto que a controvérsia já restou superada até mesmo no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

---

Publicado no DJ de 23.06.2003.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Emerge dos autos que Marta Ribeiro Pacheco, bacharel em Direito devidamente habilitada no exame de ordem, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul. Insurge-se a Impetrante contra o indeferimento de sua inscrição nos quadros da OAB em virtude de ter sido nomeada conciliadora no juizado especial cível da comarca de Montenegro-RS, considerada atividade incompatível com o exercício da advocacia.

O r. juízo sentenciante concedeu a segurança “por inexistir qualquer vedação legal ao exercício das funções de conciliador e advogada concomitantemente” (fl. 131).

À apelação da Seccional da OAB, a egrégia Corte de origem, por maioria, houve por bem negar provimento em acórdão que espelha a seguinte ementa:

“Mandado de segurança. Administrativo. Inscrição na OAB. Conciliador de Juizado Especial. Incompatibilidade relativa. Leis n. 8.906/1994 e 9.099/1995.

Legitimidade da autoridade coatora amparada nos arts. 55, § 1º, 57 e 59 da Lei n. 8.906/1994, e 100, inc. I, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

A norma do art. 28, inc. II, da Lei n. 8.906/1994, foi revogada, por força do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, pelo art. 7º da Lei n. 9.099/1995, que estabelece incompatibilidade relativa entre o exercício da advocacia e as atividades perante os juizados especiais.

Aos conciliadores – que não julgam – aplica-se igualmente o art. 7º referido, porque a finalidade da regra que estabelece as incompatibilidades é de coibir o exercício concomitante de funções judicantes com a advocacia.

Deferida a inscrição da Impetrante no quadro da OAB, mesmo porque, sendo irrisória a remuneração dos conciliadores que atuam perante os Juizados Especiais, não se pode exigir que o profissional deixe de exercer a advocacia para dedicar-se exclusivamente àquela atividade.

Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial improvidas.” (fl. 230).

Diante desse desate, sobreveio o presente recurso especial, no qual aduz a recorrente, em suma, que a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) não foi revogada pelo art. 7º da Lei n. 9.099/1995, com a qual não tem relação de especialidade, uma vez que a primeira trata das condições para admissão de bacharéis em Direito na Ordem dos Advogados do Brasil. Acresce que “os conciliadores (bem como os juízes leigos), além de perceberem remuneração pelo desempenho da função (mesmo em valores baixos), estão sujeitos à fiscalização e prevalência hierárquica do juiz togado”, o que

vai de encontro à independência para o exercício da advocacia (fl. 240). Afirma, outrossim, que a função de conciliador pode ser desempenhada por qualquer cidadão, embora a lei dê preferência aos bacharéis em Direito e advogados (fl. 241).

Pugna a recorrida, nas contra-razões, pelo não-conhecimento do recurso sob o argumento de que, nos termos da Lei Estadual n. 9.442/1991, não há cargos de conciliador ou de juiz leigo no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, que são meros auxiliares da Justiça, colaboradores externos, eventuais e temporários, sem vínculo com o Estado. Assevera que os conciliadores são incumbidos apenas de tentar celebrar acordos, e não de julgar. Obtempera, ainda, que a Lei n. 9.099/1995 é especial em relação ao art. 28 da Lei n. 8.906/1994.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Pretende a recorrente, por meio do presente recurso especial, seja reformado o v. acórdão recorrido que reconheceu o direito à inscrição da bacharel em Direito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul, mesmo quando no exercício da função de conciliadora do Juizado Especial Cível da Comarca de Montenegro-RS.

Alega a Recorrente que o art. 7<sup>o</sup> da Lei n. 9.099/1995 não revogou o art. 28 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), razão pela qual prevalece a vedação ao exercício da advocacia tanto para juízes leigos quanto para conciliadores.

A irrisignação, **data venia**, não logra perspectiva de êxito, segundo se infere dos dispositivos de lei que regem a espécie.

Dispõe o art. 7<sup>o</sup> da Lei n. 9.099/1995, que instituiu os juizados especiais, que:

“Art. 7<sup>o</sup>. Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.”

O artigo 28 do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994), por sua vez, estabelece o seguinte:

“Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

[...]

II – membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais e conselhos de contas, dos Juizados Especiais, da justiça de paz, Juízes classistas, bem como de todos que exerçam função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da Administração Pública direta ou indireta; [...]

III – **Omissis.**

IV – ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro.”

É de fácil inferência, pois, que o bacharel em Direito que atua como conciliador do Juizado Especial, e não ocupa cargo efetivo ou em comissão, não se subsume a qualquer das hipóteses previstas no artigo supra referido.

Se não pode afirmar, dessarte, que houve revogação do comando do Estatuto da OAB pela Lei dos Juizados Especiais, uma vez que naquele não é defeso o exercício da advocacia por conciliadores do juizado especial quando inexistente o vínculo com a Administração na qualidade de servidor público.

A vedação, como não poderia deixar de ser, existe tão-somente para o patrocínio de ações propostas no próprio juizado especial. Esse impedimento, de caráter relativo, prevalece para diversos cargos em que é autorizado o exercício da advocacia, a exemplo dos procuradores do Distrito Federal, para os quais é defeso atuar nas causas em que for ré a pessoa jurídica que os remunera.

Para os juízes leigos, convém mencionar, a proibição ao exercício da advocacia também é relativa, como bem lembrou o v. acórdão recorrido, uma vez que somente haverá incompatibilidade para o exercício simultâneo da atividade judicante e da profissão de advogado.

No particular, verifica-se que Marta Ribeiro Pacheco pertencia ao quadro de conciliadores do Juizado Especial Cível Adjunto da Comarca de

Montenegro-RS, tendo sido nomeada nos termos da Lei Estadual n. 9.442/1991, que dispõe o seguinte:

“Art. 8º. Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, prestando serviço público honorário de relevante valor, escolhidos dentre pessoas de reconhecida capacidade e reputação ilibada.

(...)

§ 3º. Os conciliadores e Juízes leigos perceberão honorários pela efetiva prestação de seus serviços, na proporção do número de processos de que tenham participado no período, em valor não inferior a uma (1) URC (Unidade Referencial de Custas) por processo, conforme tabela aprovada anualmente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça.”

Inferre-se, pelo teor da Lei estadual, que a conciliadora é apenas auxiliar da Justiça, e não ocupa cargo público no Poder Judiciário Estadual.

Trata-se, como é sabido, de atividade preponderantemente voluntária, sem intuito remuneratório, já que, como bem ressaltou a Impetrante na inicial, a retribuição pecuniária é modesta, equivalente a uma Unidade Referencial de Custas (R\$ 14,60 em abril de 2003) para cada conciliação que logra êxito.

É de convir, assim, que, se obstado o exercício de atividade em que pudesse a conciliadora prover o próprio sustento, nenhum bacharel em Direito seria candidato a desempenhar tão relevante função.

Hodiernamente, a questão não enseja maiores digressões, visto que a controvérsia já restou superada até mesmo no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que examinou a questão em diversas oportunidades, consoante se verifica dos precedentes cujas ementas a seguir se transcreve:

“Juizado Especial. Lei n. 9.099 (art. 7º). Conciliador. Inexistência de incompatibilidade. Se remunerado pelos cofres públicos, há incompatibilidade (Precedente: Primeira Câmara, Recurso n. 5.117/97-PCA).” (Recurso n. 5.477/2000-PCA-RJ, relator Conselheiro Roberto Rosas (AC), julgamento 12.12.2000, por unanimidade, DJ de 12.02.2001, p. 390, S1e).

.....  
“1. Advocacia. Exercício por Conciliador do Juizado de Pequenas Causas (Juizados Especiais).

2. O exercício da função de Conciliador não incompatibiliza com a advocacia, se não estiver integrada nos quadros do Judiciário, como cargo remunerado.

3. Interpretação do Provimento n. 63 do Conselho Federal. Objetivo pretendido. Conciliador como simples auxiliar da Justiça não integrante do Judiciário.

4. Direito adquirido. Inexistência. Impossibilitado do exercício da advocacia tanto na vigência da Lei n. 4.215, quanto no atual Estatuto.” (Proc. n. 005.117/1997-PCA-BA, rel. Roberto Rosas, j. 09.03.1998, DJ de 24.03.1998, pp. 119/120).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

---

---

## RECURSO ESPECIAL N. 482.045 – SP

(Registro n. 2002.0150520-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto  
Recorrente: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A  
Advogados: Joel Luís Thomaz Bastos e outros  
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

**EMENTA:** Recurso especial – Participação de menores em programa televisivo sem prévia autorização judicial – Imposição da pena pecuniária prevista no art. 258 do ECA pelo r. Juízo **a quo** – Alegada negativa de vigência ao artigo 149, I, e, do ECA – Ausência de prequestionamento – Impossibilidade da participação sem a aludida autorização, em conformidade com o disposto no artigo 149, II, a, do ECA – Precedentes.

Consoante se observa da atenta leitura dos fundamentos do v. acórdão do Tribunal **a quo**, que determinou o pagamento de pena pecuniária à recorrente por infração ao artigo 149, II, a, do ECA, o dispositivo de lei federal invocado nas razões recursais (artigo 149, I, e, do ECA), não foi objeto de análise pela Corte de origem. Incidência das Súmulas n. 282 e 356-STF, por ausência de prequestionamento.

A participação de menores em programas televisivos, verdadeiros espetáculos públicos, impõe prévia autorização judicial (inciso II, a, do artigo 149, do ECA), que não é suprida com a autorização dos pais ou responsáveis do menor. Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

---

Publicado no DJ de 23.06.2003.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: A Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Osasco ofertou representação, para apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, em face da TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A, devido à veiculação, sem prévia autorização judicial, da imagem de duas crianças, em 29 de setembro de 2000, no Programa do Ratinho, que abordava matéria concernente à troca de bebês em maternidade.

O r. Juízo de 1ª grau julgou procedente a representação inicial, “aplicando-lhe pena pecuniária total de 3 salários de referência (pena mínima), por infração ao artigo 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (fl. 71). Salientou, em síntese, que o programa de auditório é caracterizado como espetáculo público, nos termos do artigo 149, inciso II, a, do ECA, sendo indispensável a autorização judicial para a participação de menores, e irrelevante eventual autorização dos pais ou responsáveis.

Irresignada, a TVSBT interpôs recurso de apelação, ao qual o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento. Entendeu a Corte de origem que “a participação de crianças em programa televisivo no qual houve

evidente exposição de sua intimidade e imagem frente a divulgação de fato íntimo sob o enfoque de câmaras, com exposição de sentimentos e drama pessoal dos envolvidos, demandaria autorização judicial nos termos do disposto no artigo 149, inciso II, alínea **a**, do Estatuto da Criança e do Adolescente” (fl. 108).

Sustentou, outrossim, que “se a apelante levou ao ar programa com a participação de crianças para exposição pública do resultado do exame de DNA a que se submeteram, bem como seus pais, a fim de conferir se houve ou não troca na maternidade, sem cuidar de solicitar aos pais a necessária autorização judicial, incorreu em infração administrativa” (fl. 110).

A ementa do v. acórdão restou redigida nos seguintes termos:

“ECA. Infração administrativa. Participação de crianças em programa considerado humilhante e vexatório referente à troca de crianças em maternidade. Alcance do disposto no art. 149, II, **a**, do ECA. Necessidade de autorização judicial ainda que as crianças se façam acompanhar de seus responsáveis. Apelo improvido.” (fl. 107).

Diante desse desate, a apelante opôs embargos de declaração por contradição quanto à verificação conjunta dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal e 149 do ECA, rejeitados ao fundamento de que “a contradição aludida não se configura e, nesse particular, exterioriza-se o caráter infringente dos embargos, os quais não propiciam a alteração própria de outra via” (fls. 120/121).

Em recurso especial interposto com base na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, aponta a TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A negativa de vigência ao artigo 149, I, **e**, da Lei n. 8.069/1990, sob a alegação de que “quando a criança estiver acompanhada de seus pais ou responsáveis, não se faz necessária a autorização judicial” (fl. 158).

Opina o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso (fls. 182/184).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A contra v. acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a alegação de negativa de vigência

ao artigo 149, I, e, da Lei n. 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, **in verbis**:

“Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.”

Impõe-se o não-conhecimento do recurso especial pela ausência do prequestionamento do dispositivo legal objurgado, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal, o que determina a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Consoante se observa da atenta leitura dos fundamentos do v. acórdão do Tribunal **a quo**, que determinou o pagamento de pena pecuniária à recorrente por infração ao artigo 149, II, a, do ECA, o dispositivo de lei federal invocado nas razões recursais (artigo 149, I, e, do ECA), não foi objeto de análise pela Corte de origem.

Ainda que assim não fosse, e estivesse superado o requisito do prequestionamento, na hipótese em exame, em que dois menores participaram, juntamente com seus pais, de programa que vinculava matéria atinente à troca de bebês em maternidade, não é aplicável o inciso I, e, do artigo 149, do ECA, como aduz a recorrente, e sim o inciso II, a, do mencionado artigo, que assim dispõe:

“Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

II – a participação de criança e adolescente em:

a) espetáculos públicos e seus ensaios.”

Dessarte, o inciso I do artigo acima transcrito, que se refere à simples entrada e permanência de criança em estúdio de televisão, não incide no caso dos autos. Com efeito, a participação de menores em programas televisivos, verdadeiros espetáculos públicos, impõe prévia autorização judicial (inciso II), que não é suprida com a autorização dos pais ou responsáveis.

Nessa esteira, os seguintes precedentes das colendas Primeira e Segunda Turmas desta egrégia Corte:

“Recurso especial. Auto de infração. Estatuto da Criança e do Adolescente. Participação de menor em programa de televisão. Alvará Judicial. Necessidade. Multa. Art. 258 do ECA.

1. O art. 149, I, do ECA aplica-se às hipóteses em que a criança e/ou adolescente participam, na condição de espectadores, de evento público, sendo imprescindível a autorização judicial se desacompanhados dos pais e/ou responsáveis.

2. O art. 149, II, do ECA, diferentemente, refere-se à criança e/ou adolescente na condição de participante do espetáculo, sendo necessário o alvará judicial mesmo que acompanhados dos pais e/ou responsáveis.

3. Os programas televisivos têm natureza de espetáculo público, enquadrando-se a situação na hipótese do inciso II do art. 149 do ECA.

4. Precedente da Primeira Turma desta Corte no REsp n. 399.278-RJ.

5. A autorização dos representantes legais não supre a falta de alvará judicial e rende ensejo à multa do art. 258 do ECA.

6. Recurso especial improvido.” (REsp n. 471.467-SP, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, DJ de 07.04.2003).

“Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente. Participação de menor em espetáculos públicos. Alvará. Obrigatoriedade.

A teor do disposto no art. 149, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), será exigido alvará para participação de menor, acompanhado ou não dos pais ou responsáveis, em espetáculos públicos e certames de beleza.

Recurso improvido.” (REsp n. 399.278-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 10.06.2002).

Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.