

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA Nº 1.962 – MS**

(Registro nº 92.0020094-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Mato Grosso do Sul
Advogados: Vladimir Rossi Lourenço e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Impetrado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul

EMENTA: Recurso ordinário – Mandado de segurança coletivo – Ingresso na Magistratura – Concurso público – Juiz substituto – Estado do Mato Grosso do Sul – Limitação etária – Impossibilidade – Precedentes.

1. Inexistindo lei estadual, no Mato Grosso do Sul, estabelecendo limite de idade para ingresso na Magistratura, esta demarcação não pode ser fixada no edital do concurso respectivo.

2. Recurso especial conhecido e provido para conceder a segurança.

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 e dar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Hélio Mosimann.

Brasília-DF, 11 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Presidente.

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Reitero o relatório de fls. 147/148, que passa a integrar o presente acórdão como se transcrito, acrescentando o seguinte:

Cabendo-me relatar o recurso ordinário da OAB – Seção do Mato Grosso do Sul impugnando acórdão do Tribunal de Justiça denegatório de mandado de segurança coletiva contra a limitação etária estabelecida no edital de concurso para provimento de cargo de Juiz-Substituto daquele Estado, rejeitei a preliminar de ilegitimidade ativa da impetrante, sem qualquer discrepância dos demais julgadores integrantes da Turma. Entretanto, ao manifestar-me sobre o mérito declarando a inconstitucionalidade da exigência contida no referido edital, acatei as ponderações do eminente Min. Antônio de Pádua Ribeiro no sentido de que fosse suscitado incidente de inconstitucionalidade para que esta circunstância do ato objurgado fosse apreciada pela egrégia Corte Especial. Processado o incidente, a egrégia Corte Especial, por maioria, dele não conheceu e determinou o retorno dos autos à Turma a fim de ser julgado o mérito do recurso sem imiscuir-se na matéria constitucional.

Estas as razões pelas quais determinei a inclusão do processo em pauta. É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Com ressalva do meu ponto de vista pessoal, rendo-me à decisão majoritária da egrégia Corte Especial de não se poder declarar a inconstitucionalidade da exigência contida no Edital nº 14/1991 de concurso para suprimento de vagas de Juiz-Substituto do Estado do Mato Grosso do Sul, no que concerne à limitação de idade nele estabelecida, devendo a questão ser apreciada sob o aspecto exclusivamente infraconstitucional, já que inexistente lei no referido Estado que possa amparar a mencionada limitação. Sendo assim, adoto como fundamento o voto-condutor proferido pelo eminente Min. Demócrito Reinaldo, cujos tópicos principais reproduzo:

“Observo, todavia, que, naquele Estado (Mato Grosso do Sul), inexistente lei estadual estabelecendo limite de idade para o provimento do cargo de Juiz-Substituto. A limitação etária, para tal fim, adveio no

contexto das instruções, isto é, do Edital nº 014/1991, em seu item I, letra c.

É que, o Código de Organização Judiciária daquele Estado (Lei nº 39, de 18.12.1979), com as alterações da Lei nº 1.054, de 19.06.1990, dispõe, no seu art. 203:

‘Art. 203. O ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º. Para a realização do concurso, será editado regulamento especial.’

O preceito acima está transcrito no voto do Relator, Des. Josué de Oliveira (fl. 74), que o adotou como razão de decidir, sobre afirmar: ‘Desse modo, a resolução que fixou o *limite de idade tem amparo legal*’.

Discordo, frontalmente, com o entendimento do eminente Desembargador Josué de Oliveira. Efetivamente, no Estado do Mato Grosso do Sul não existe lei que, de forma expressa, estabeleça limite de idade para o ingresso na carreira da magistratura. Ouçamos, novamente, a dicção do § 1º do art. 203 da Organização Judiciária: ‘Para a realização do concurso, será editado regulamento especial’. No preceito não está expresso e nem claro, que esse *regulamento especial* – que nada mais é do que o Edital de Inscrição – possa estabelecer *limite de idade*. Não há, na lei, nem sequer de modo implícito, a *delegação ao regulamento*, para que indique a idade *máxima* ou *mínima* dos candidatos ao concurso. Parece-me, assim, que a questão se subsume na esfera da *ilegalidade*, porque, tanto na Constituição Federal pretérita, como na atual, só a lei poderá estabelecer requisitos para o provimento de cargos públicos.

São inumeráveis os precedentes do STF vedando a *limitação de idade*, em concurso para provimento de cargos públicos, pela via de *instruções* ou de *edital*, sem lei que o autorize. Transcrevo alguns, a seguir:

‘É legítima fixação de limite de idade de candidato a concurso mediante instruções, havendo lei autorizativa’ (RE nº 80.941).

‘O limite de idade, para a inscrição em concurso para cargo público, pode ser fixado em instruções, havendo prévia autorização legal’ (RE nº 73.320).

‘O edital não é meio hábil para a fixação de limite de idade para a habilitação em concurso’ (RE nº 71.798).

‘A limitação de idade para a inscrição em concurso de candidato a cargo público não pode ser estabelecida em simples instruções’ (RE nº 73.202).

Todos esses precedentes se cristalizaram em súmula, na Jurisprudência da Suprema Corte, cujo Verbete de nº 14, está, assim, redigido:

‘Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão da idade, inscrição em concurso para cargo público.’

E o ato administrativo a que se refere a súmula compreende o edital, instruções, decretos, resoluções, etc.” (fls. 195/196).

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, para reformar o acórdão recorrido, concedendo a segurança.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.004 – RN

(Registro nº 94.0033287-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Empresa Unidos Ltda
Advogados: Tânia Souza Paiva e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
Impetrado: Secretário de Transportes e Obras Públicas do Estado do Rio Grande do Norte
Recorrido: Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA: Administrativo – Mandado de segurança – Linha de ônibus – Transporte de passageiros – Concorrência de transportes precários e clandestinos – Falta de prova.

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 Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 23 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministra ELIANA CALMON, Relatora.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: 1. Recorre a Empresa Unidos Ltda contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, julgando mandado de segurança impetrado contra ato do Secretário de Transportes e Obras Públicas do Estado, denegou o **mandamus**.

2. A empresa atacou com *writ* ato omissivo do impetrado que se nega a coibir o transporte precário e clandestino de passageiros, por camionetas, *kombis* e *jeeps*, atrapalhando o regular exercício de transporte efetivado pela impetrada, mediante concessão.

3. O Tribunal, desprezando as preliminares, considerou inexistir direito líquido e certo, o que ensejou a interposição de recurso ordinário.

Afirma a recorrente manter serviço de qualidade no transporte de passageiros, com altos custos, sendo-lhe prejudicial, com a contabilização de prejuízos, a ilegal concorrência praticada por veículos clandestinos.

E, como é da competência do Secretário impetrado o controle e fiscalização das concessões de serviços de transporte, cabendo-lhe ainda, pela Subcoordenadoria de Fiscalização, a apreensão e liberação de veículos, nos termos da LC nº 94/1991 (art. 33) e art. 2º, incisos IV e VII, do Decreto nº 11.350/1992, foi o **mandamus** endereçado à autoridade que está à frente da Secretaria de Transportes.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opinou pelo improvi-
mento, à míngua de direito líquido e certo.

Relatei.

VOTO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Entendo que não
merece reparo a decisão impugnada, porquanto se fazia necessária a prova
de que há transporte clandestino de passageiros de ordem tal a causar enor-
me prejuízo à impetrante, não sendo suficiente mera alegação.

O mandado de segurança exige prova pré-constituída, não havendo nos
autos como constatar os dois aspectos imprescindíveis, para o exame do
mandamus.

Assim, confirmo a decisão impugnada, negando provimento ao recurso.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 9.658 – DF

(Registro nº 98.0025590-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Cláudio José de Oliveira Marinho
Advogados: Faíçal de Souza Kizahy Baracat e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territó-
rios
Impetrado: Secretário da Fazenda e Planejamento de Bra-
sília-DF
Recorrido: Distrito Federal
Advogados: Rosana Teixeira de Carvalho e outros

EMENTA: Processo Civil – Coisa julgada – Ação declaratória:
efeitos – Sócio que se retira: responsabilidade.

1. A sentença proferida em ação declaratória não tem efeitos
gerais e **erga omnes**. Limita-se a afastar a incerteza jurídica das re-
lações existentes à época do ajuizamento da ação.

2. O sócio que se retira da sociedade continua responsável pelos débitos que antecederam a alienação.

3. 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 Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 19 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministra ELIANA CALMON, Relatora.

Publicado no DJ de 06.12.1999.

RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Por Cláudio José de Oliveira Marinho foi impetrado mandado de segurança contra ato do Secretário da Fazenda e Planejamento de Brasília-DF que está a negar ao impetrante fornecimento de certidão negativa, ao argumento de que há pendência de pagamento do ICMS.

A segurança foi denegada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (fls. 144/151), ensejando a interposição do presente recurso, no qual alega o recorrente que está ao abrigo da coisa julgada, porquanto foi decidido pela Justiça, em sentença transitada em julgado a não incidência do ICMS sobre as refeições servidas em bares e restaurantes, não tendo aplicação, na espécie, o teor da Súmula nº 163-STJ.

Ademais, continua a argumentação, afastou-se o recorrente da sociedade, alienando suas quotas. Incide portanto o art. 128 do CTN.

O recurso foi contra-arrazoado e o Ministério Público Federal opinou pelo seu conhecimento e improvimento.

Relatei.

VOTO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

No mérito, examino a alegação de coisa julgada e verifico que, na ação declaratória, pediram os autores, dentre eles a Truc's Lanches Ltda da qual era sócio o recorrente, que fosse declarada a inexistência de débito tributário dos autores, relativa ao ICMS, porque só devido o ISS (fl. 76).

A sentença assim declarou:

“..., julgo a ação procedente para declarar a inexistência de crédito tributário do Distrito Federal resultante de relação tributária no campo do ICMS (CF, art. 155, I, **b**) entre o réu e os autores e declarar estarem sujeitos ao ISS (CF, art. 156, IV).” (fl. 87).

O Tribunal, por seu turno, confirmou a sentença nesta parte e deu parcial provimento ao apelo do Distrito Federal e à remessa oficial, apenas para dizer que cabia a ele, Distrito Federal, arrecadar o ISS.

Pergunta-se, então: o preceito declaratório contido na sentença tem valia indefinida, ou está circunscrito aos débitos existentes à época do ajuizamento da ação?

Entendo que não tem a ação declaratória caráter geral e efeitos **erga omnes**, como sói acontecer com as ações declaratórias julgadas pelo STF.

A declaração das ações ordinárias, da espécie em apreciação, estão limitadas às relações jurídicas existentes até a data do ajuizamento da demanda. Na hipótese dos autos, ocorreu em 30.03.1990.

Assim sendo, não há coisa julgada que venha a proteger débitos contraídos posteriormente.

De referência a não responsabilidade do recorrente, porque se afastou ele da empresa, ao transferir suas quotas a terceiras pessoas, tem o alienante responsabilidade pelas dívidas anteriores à alienação.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 23.915 – MG
(Registro nº 92.0015838-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrentes: Companhia de Navegação Marítima Netumar e outro
Advogados: Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto e outros
Recorrida: Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig
Advogados: Pedro Esmeraldo e outros
Sustentação oral: Enderson Couto de Miranda (pelo recorrido)

EMENTA: Administrativo – Venda de queda d’água – Código de Águas: lei superveniente – Direito adquirido – Fornecimento de energia elétrica como preço da compra e venda.

1. Contrato firmado em 1911, sob a égide das Ordenações Filipinas, estabelecendo como preço prestação continuada: redução de 50% (cinquenta por cento) do preço da energia elétrica consumida pelo vendedor.

2. Prescrição trintenária constante do Código de Águas que, embora posterior à avença, não pode ser inferior à norma contratual – Precedentes do STF (RE nº 96.645-5-MG).

3. Aplicação dos arts. 43 e 47 do Decreto nº 24.643/1934 – Código de Águas.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 16 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministra ELIANA CALMON, Relatora.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: 1. Discute-se neste recurso especial, interposto pela Companhia de Navegação Marítima Netumar e pela Netumar Participações S/A, o direito de terem redução de 50% do preço de tabela da energia elétrica fornecida aos consumidores do Município de Juiz de Fora-MG.

Tal direito deriva da compra e venda feita pela Companhia Mineira de Eletricidade, de Amélia de Guimarães Mascarenhas, da Cachoeira dos Marmelos e terrenos anexos em 04.05.1911.

O contrato foi cumprido pela Cemig, que incorporou a Companhia Mineira de Eletricidade, até abril de 1985.

Sem prévio aviso, foi o contrato denunciado, ao argumento de que, a partir da vigência do Código de Águas – Decreto nº 24.643, de 24.06.1934, os direitos adquiridos sobre as águas públicas prescreveriam em trinta anos.

2. As empresas sucessoras da vendedora pleitearam em juízo o cumprimento do contrato e, sem sucesso, recorreram ao Tribunal, onde foi mantida a sentença, ao argumento de que não pode haver obrigação perpétua, ainda quando respaldada nas Ordenações Filipinas.

3. No recurso especial interposto, as empresas, apóiam-se nas letras a e c do permissivo constitucional, alegando que, em relação ao perecimento do direito, o acórdão impugnado diverge de decisão da Primeira Turma do STJ.

Segundo as recorrentes, o STJ considera que o art. 43, § 2º, refere-se às hipóteses de autorização ou concessão, não se confundindo com acordo para a alienação, tendo como preço o fornecimento de energia.

Afirma que o art. 47 regula as hipóteses de direito adquirido sobre águas, não atingindo os casos de alienação.

Invocando o princípio da autonomia da vontade, o art. 82 do Código Civil, pede a reforma do julgado.

Também afirmam violados os artigos 880, 928 e 1.080, todos do Código Civil.

O Ministério Público Federal, opinou pelo improvimento do recurso. Relatei.

VOTO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Efetivamente, o

art. 43, § 2º, do Código de Águas, como bem esclareceu o acórdão-padrão, refere-se às hipóteses de concessão e autorização, não se aplicando ao caso, pois aqui temos alienação de bem imóvel, tendo como preço os serviços da Cemig, como sucessora da empresa compradora.

Embora não se possa dizer, como aliás o fez anteriormente o TFR, pelo voto do Ministro-Relator Armando Rolemberg, que está a Cemig respaldada nos arts. 43 e 47 do Código de Águas, para suprimir a obrigação, temos como inteiramente regulamentada a utilização das águas.

Questão idêntica à presente foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, em data anterior à CF/1988. Daí ter sido a lide objeto de apreciação à luz de dispositivos infraconstitucionais, especificamente o art. 47, parágrafo único, do Código de Águas, exatamente o mesmo aqui questionado.

A decisão do STF ficou assim ementada:

“Queda d’água. Fornecimento de energia elétrica ajustado em contrato entre particulares. Cessação do fornecimento pela companhia cessionária de serviços públicos.

Prescrição prevista no art. 47, parágrafo único, do Código de Águas. Preliminares rejeitadas. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE nº 96.645-5, Rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 15.08.1983).

No STF foi analisado o art. 47, parágrafo único, do Código de Águas e ficou assentado que o mesmo respeitou naturalmente os direitos adquiridos sobre águas públicas, mas tais direitos não poderiam ter maior abrangência do que os direitos instituídos pela nova disciplina (no Código). Daí o limite de trinta anos, não só para os velhos direitos, como também para os novos, a existir a partir do Decreto nº 24.643, de 10.07.1934.

Ora, se assim ficou disciplinado o direito sobre águas públicas, a alienação de alguns dos direitos adquiridos, do mesmo modo, segue a regra geral: prescrição trintenária.

O Supremo Tribunal Federal, em recurso antecedente, o RE nº 25.950-RS, decidiu que o direito de exigir o cumprimento de um contrato de fornecimento de energia elétrica, executado ou não, está sujeito ao fenômeno da preclusão.

Conseqüentemente, não tem guarida a tese dos recorrentes, de que a disciplina dos contratos difere da dos direitos adquiridos, eis que aquele que

sucedeu no contrato tem direito adquirido, tanto quanto o alienante, anteriormente.

O art. 43, § 2^a, portanto, não está adstrito às hipóteses de autorização e concessão, reportando-se o limite temporal do art. 47 a todas as modalidades.

Assim, e em conclusão, não conheço do recurso especial, quer pela letra **a**, quer pela letra **c**.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 92.317 – SP

(Registro nº 96.0021098-5)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Agenor Pavan
Advogados: João Lopes Guimarães e outros
Recorrido: Sebastião Almeida Viana
Advogados: João Jorge Alves Ferreira e outros
Sustentação oral: Arthur Pereira de Castilho Neto (pelo recorrente)

EMENTA: Processo Civil – Recurso especial – Ação popular – Contratos de prestação de serviços sem licitação – Notória especialização não comprovada – Acórdão fundado em provas documentais e testemunhais – Violação à lei federal não configurada – Inadmissibilidade.

– Acórdão que decidiu não ser a empresa de “notória especialização”, com a finalidade de dispensar a licitação, apoiado em provas documentais e testemunhais, está isento de reforma neste STJ a despeito da Súmula nº 7, que não admite o reexame da prova em sede de recurso especial.

– Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ari Pargendler, Aldir Passarinho Junior e Hélio Mosimann.

Brasília-DF, 18 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro ARI PARGENDLER, Presidente.

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Relator.

Publicado no DJ de 21.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial manifestado por Agenor Pavan, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, negou provimento às apelações interpostas nos autos de ação popular proposta por Sebastião Almeida Viana contra a empresa M & S Consultoria Integrada S/C Ltda, seus diretores, a Prefeitura Municipal de Pradópolis e o ex-prefeito Agenor Pavan, objetivando a anulação de atos que entende lesivos ao patrimônio da Municipalidade, consubstanciados em contratos de prestação de serviços celebrados sem licitação, e a condenação dos réus à restituição dos valores recebidos a título de pagamento, acrescidos de juros, correção monetária, despesas processuais e honorários advocatícios.

O v. acórdão recorrido julgou a ação procedente, por entender que a empresa não desfrutava de elevado conceito de notoriedade no mercado e experiência relevante e, que no caso em exame não havia necessidade de serviço de notória especialidade técnica, sendo imprescindível a prévia licitação.

A ora recorrente opôs embargos de declaração, alegando ter o aresto decidido a questão com base em lei posteriormente editada (Decreto-Lei nº 2.300/1986), e não em lei vigente à época da contratação, no caso o Decreto-Lei nº 200/1967, art. 126, § 2º, d.

Os embargos foram rejeitados por unanimidade por inexistirem omissões.

Sustentando que antes do Decreto-Lei nº 2.300/1986 não existiam contornos para definição de notória especialização, alega a ora recorrente ter o aresto contrariado o art. 126, § 2º, d, do Decreto-Lei nº 200/1967.

Contra-razões às fls. 1.277/1.278.

O recurso não foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, por força de agravo de instrumento.

Solicitada a ouvida do Ministério Público Federal que opinou pelo não conhecimento do recurso, por ausência de prequestionamento da questão federal e impossibilidade de reexame de matéria fática e exame de direito local. No mérito, opinou pelo seu improvimento, por entender que existem indícios de favorecimento político na contratação da empresa.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): O recorrente especial, insurgindo-se contra acórdão do Tribunal de Justiça paulista, alega que “o **decisum** prolatado em base de tal legislação (Decreto-Lei nº 2.300/1986) não merece prosperar. De efeito, por tal imprecisão pela falta de detalhamento, as dúvidas de interpretação da legislação anterior, tanto a federal quanto a estadual, respectivamente o Decreto-Lei nº 200/1967 e a Lei Paulista nº 89/1972, não forneciam um mapeamento lúcido para o administrador público, que se valia então, sempre, dos indicativos de empresas que já haviam prestado serviços a outras administrações municipais”.

Insiste o recorrente ter o v. aresto decidido a lide com apoio no Decreto-Lei nº 2.300/1986 e não no Decreto-Lei nº 200/1967, vigente à época da contratação, violando o art. 126, § 2º, **d**, do referido diploma legal. Tal alegação, razão dos embargos de declaração opostos, ficou clara no acórdão da apelação interposta e cristalina na decisão proferida nos declaratórios.

O fundamento central do v. acórdão recorrido consiste na ausência de “notória especialização” a ensejar a contratação da empresa de consultoria, sem licitação.

A fundamentação do aresto atacado está formulada com apoio no Decreto-Lei nº 200/1967 e na Lei Paulista nº 89/1972.

Vale transcrever os trechos que sobressaem do voto-condutor do acórdão, ao analisar a matéria (fl. 1.234):

“2. Ainda que se analise o caso sob as regras do Decreto-Lei nº 200/1967 e da Lei Paulista nº 89/1972, vigentes à época em que

celebrados os sucessivos contratos entre a Prefeitura Municipal de Pradópolis e a empresa M & S Consultoria Integrada S/C Ltda, impõe-se a procedência da ação popular.

Houve dispensa de licitação, por entender que a empresa-ré contratada era notoriamente especializada para a realização do serviço objeto da avença, de revisão das declarações de dados informativos para a apuração dos índices de participação dos municípios paulistas no produto da arrecadação do ICM, em relação às empresas industriais que operam no ramo de açúcar, álcool e cana, através do preenchimento das Dipams.”

Faço uma pausa para dar notícia de que os serviços contratados consistiam em revisão das declarações de dados, com o objetivo de apurar os índices de participação dos municípios paulistas no produto de arrecadação do ICM, em relação a empresas industriais que operam no ramo de açúcar, álcool e cana, face ao preenchimento das Dipams.

Citando **Hely Lopes Meirelles**, continua o relator:

“Na lição de **Hely Lopes Meirelles**, baseada na legislação vigente à época dos fatos, ‘licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos’.” (Licitação e Contrato Administrativo, 2ª edição, 1975, pp. 5 e 6).

Continua:

“Mais adiante, prossegue o mesmo autor: ‘a notória especialização que dispensa a licitação, é a de profissionais ou firmas reconhecidamente capazes no campo de suas atividades. Refere-se unicamente a serviços técnicos profissionais..., como também exclui serviços técnicos rotineiros, embora executados com perfeição pelo autor...’. E acrescenta: ‘notoriedade não se confunde com habilitação profissional. Esta é a autorização legal obtida por pessoas físicas ou jurídicas para o exercício profissional; aquela é o reconhecimento público e generalizado da alta capacidade técnica no desempenho da profissão e, em particular, da especialidade. Todo profissional dispõe de habilitação

para o desempenho de sua atividade, mas nem todos têm notoriedade na profissão. Somente para os de notória especialização é que a lei dispensa a licitação, admitindo a escolha e a contratação direta de seus serviços' (obra citada, p. 101).

.....

No caso em exame, não há que se falar, **data venia**, em notória especialização. Esta não pode estar ancorada apenas na invocação do candidato ou na subjetividade da Administração. Deve ser comprovada, para se evitar abusos.

Cumpre ressaltar, inicialmente, que na época dos fatos os serviços contratados poderiam ter sido executados por diversas outras empresas existentes no mercado, como admitiu um dos réus, Antônio Tadeu Magri, em seu depoimento pessoal (fl. 945 e v.), circunstância confirmada pela testemunha Milton Aparecido Ferreira (fl. 922v.). Isso denota que a tarefa não era altamente técnica nem havia especialidade tal na contratada que pudesse afastar outros eventuais licitantes. Assim, independentemente do afirmado êxito obtido pela empresa-ré, que teria carreado para os cofres da Municipalidade aumento de receita, como resultado do trabalho desenvolvido – o que ainda está dependendo de apuração através de perícia técnica –, imprescindível era a prévia licitação. A não realização do certame tornou os contratos celebrados ilegais, pouco importando que nenhuma outra empresa congênera tivesse tomado qualquer iniciativa em oposição aos atos praticados.

Com efeito, a Prefeitura Municipal, ignorando os princípios de moralização da Administração Pública, simplesmente contratou a ré, sem dar qualquer explicação para a dispensa da licitação quando, para tais casos, se faz indispensável que a autoridade competente indique 'o motivo e o dispositivo em que se baseou a dispensa, por se tratar de ato vinculado à lei' (**Hely Lopes Meirelles**, ob. cit., p. 91).

Outrossim, de se convir que a M & S Consultoria Integrada S/C Ltda, quando dos fatos, era de criação recente e, por conseqüência, seguramente não desfrutava de elevado conceito, mesmo entre os profissionais da área. Com efeito, constituída aos 16 de maio de 1983 (fls. 85/86), não contava ainda com um ano de existência quando da celebração do contrato inicial com a Municipalidade de Pradópolis, datado de 24 de janeiro de 1984 – e não 1985, como afirmado (fl. 61) –, sendo absolutamente impossível que já gozasse, em tão curto espaço de tempo,

de notoriedade no mercado e experiência relevante. Sua experiência era ainda incipiente, mormente se se levar em consideração que o trabalho que se propôs a realizar referia-se à declaração anual de dados. Seguramente, as avenças com outras prefeituras para a realização de serviços iguais foram contemporâneas, sendo certo que algumas delas acabaram anuladas pelos mesmos motivos, conforme notícia existente nos autos.”

E, ainda citando o ilustre administrativista, continua:

“É ainda de **Hely Lopes Meirelles** a idéia de que para que se considere como serviços técnicos especializados, exigível é que os profissionais tenham se aprofundado nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento (Direito Administrativo Brasileiro, 3ª edição, 1975, p. 228). E, realmente, não há como negar tais requisitos, sob pena de se referendar a tese de que o serviço não é especializado, e sim comum, como, aliás, na espécie em exame, afirmaram ser as testemunhas Milton Aparecido Ferreira, Antônio David (fls. 922 e v. e 923) e ilustre Procuradora Técnica do Tribunal de Contas do Estado – esta em outro processo, idêntico (fl. 1.055) –, e como foi referendado por Adílson Abreu Dallari, em parecer constante dos autos.

Certamente os integrantes da empresa-ré são técnicos habilitados e possivelmente profissionais competentes em seu ramo de atividade. Mas só isso não basta para caracterizar a notória especialização, para o fim de dispensar a concorrência. Não consta que possuam obras publicadas, cursos e nível de mestração ou doutoramento ou que tenham participado de palestras ou conferências ou de qualquer outra atividade que lhes atribua notoriedade à sua qualificação profissional.

De fato, os contratos firmados entre a Municipalidade de Pradópolis e a empresa M & S Consultoria Integrada S/C Ltda não se vestiram das formalidades legais.”

A apreciação do ilustre Desembargador-Relator prendeu-se, como vimos, aos depoimentos pessoais dos réus e testemunhas para concluir que as tarefas contratadas não necessitavam de qualquer especialização ou técnica especial para a sua execução. Traz ainda informações de que contratos semelhantes com outras prefeituras, para a realização de serviços iguais foram anulados pelos mesmos motivos, conforme notícia existente nos autos. Ao final, informa ainda o v. acórdão (fl. 1.240):

“Aliás, consta que participavam da constituição da empresa-ré um ex-prefeito, um ex-presidente de câmara e um ex-procurador municipal, a par de um técnico de contabilidade, o que revela a existência, no mínimo, de indícios de comprometimento político, gerando suspeitas, tudo levando a crer que existia impedimento moral para que os serviços pudessem ser executados. A realidade é que não se deu oportunidade a que outras empresas do mesmo ramo, dentro do princípio da isonomia, oferecessem propostas eventualmente mais vantajosas e menos onerosas ao Erário Público.”

Em síntese, foram documentos, depoimentos e fatos que levaram o julgador ao convencimento de que a empresa não era de “notória especialização”, exigência contida não apenas no Decreto-Lei nº 200/1967 como também no 2.300/1986. Alterar o posicionamento da Turma julgadora sobre o tema importaria em rever todo material probatório analisado nos autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, à vista do entendimento sumulado nesta egrégia Corte (Súmula nº 7-STJ).

Não vislumbro, ainda, qualquer violação ao preceito legal indicado, o art. 126, § 2º, d, por isso que o v. acórdão recorrido examinou a lide à luz do Decreto-Lei nº 200/1967. E, mesmo após a oposição dos embargos declaratórios, o Tribunal em nada alterou seu pronunciamento.

Vale referir que o Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 1.362/1.366 opinou no mesmo sentido em que me posiciono, como expresso na ementa que o resumiu e que reproduzo (fl. 1.362):

“1. Recurso especial. Administrativo. Constitucional. Ação popular. Dispensa de licitação para contratação de serviços sem especialização por empresa de duvidosa idoneidade técnica pelo Município.

2. Indícios de favorecimento político na contratação de empresa da qual participam agentes públicos.

3. Nulidade do ato administrativo. Lesividade presumida sem necessidade de demonstração do dano efetivo.

4. Ausência de prequestionamento da questão federal (Súmulas nºs 282 e 356 do STF). Falta de contrariedade às disposições de lei federal, e impossibilidade de reexame de matéria fática (Súmula nº 7 do STJ) e do exame do direito local.

5. Parecer do Ministério Público Federal, preliminarmente, pelo não conhecimento; no mérito, pelo improvimento.”

Do exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Srs. Ministros, percebi que a sustentação oral insistiu em dois pontos: primeiro o de que a dispensa da licitação teria sido regular, porque haveria aí um caso de notória especialização. Penso que essa questão é muito difícil de se caracterizar em recurso especial sem revolver fatos. O notório é restrito, sempre tem abrangência regional. Quem é notório no Município pode não o ser em Brasília. Essa é, a meu juízo, matéria de fato, que fica restrita ao âmbito local.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Sr. Ministro Ari Pargendler, não foi por outra razão que me detive em longas transcrições do acórdão recorrido.

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Sr. Ministro, não se está discutindo se a notória especialização dispensa a licitação. Isso seria um tema jurídico suscetível de exame no recurso especial. O que está se discutindo é se, no caso, o trabalho exigia notória especialização. O Tribunal disse que não exigia. Esse é o aspecto de fato.

O segundo aspecto é o de que, na melhor das hipóteses, teria sido caracterizada a ilegalidade, mas não a lesividade do ato.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Relator): Sr. Presidente, fiz referência, inclusive, ao acórdão, quando afirma que a vantagem auferida pela Prefeitura estaria sendo objeto de apuração; não da lesividade, mas da tal vantagem oferecida. De qualquer maneira, também penso que é matéria de fato.

O SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Srs. Ministros, nesse caso, realmente, entendo que se trata de uma discussão jurídica: a de saber se a lesividade deveria ter sido comprovada no caso. Há casos e casos. Aqui o interessante é o seguinte: a lesividade é presumida pela dispensa da licitação. Não podemos reconstituir uma nova licitação para saber se ela resultaria em preço menor do que o ajustado sem a licitação. Então, a lesividade é presumida. A prova seria de quem prestou os serviços. Deveria ter comprovado que com licitação o resultado para a prefeitura não seria melhor. Penso que isso é muito difícil de fazer.

Por essas circunstâncias a dispensa da licitação, realmente, faz presumir a lesividade sempre que não se dá de acordo com a lei. A licitação é feita não só em benefício da moralidade pública, mas também para que os cofres públicos tenham o menor encargo possível. Se a licitação não foi regular, presume-se que os cofres públicos perderam com isso. Admitindo, embora, que essa presunção não seja **juris et de jure**, no mínimo ter-se-ia a inversão da prova. Aquele que é acusado do procedimento irregular, deveria ter provado que ele não resultou em prejuízo ao Erário.

Por isso, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, também não conheço do recurso pelos fundamentos aduzidos nos votos do Sr. Ministro-Relator e de V. Exa. É que em relação à configuração da qualificação especial de quem foi contratado, isso é matéria de prova, e encontra o óbice da Súmula nº 7 do STJ.

Penso que deveria haver um parâmetro legal para que se pudesse configurar mais objetivamente o que é notória especialização ou não. O termo é muito amplo e há uma elasticidade maior ou menor, conforme o discricionarismo do administrador público. Mas, sem dúvida nenhuma, é questão fática que não pode ser revista em sede especial.

Em relação à lesividade, o princípio é esse mesmo ressaltado pelo Sr. Ministro Ari Pargendler. Pressupõe-se que o procedimento licitatório, além daqueles aspectos de isonomia e publicidade, tem como escopo a obtenção do menor preço exatamente em função dessa publicidade ampla que é dada e da democratização do processo de participação; além do que se exige também determinadas qualificações que evitem, por exemplo, a paralisação de obras por empresas que não reúnam essas condições.

Na análise do processo licitatório, quando se faz o exame das condições técnicas, estas também têm a ver com a própria possibilidade de se conseguir um preço por quem efetivamente vai fazer o serviço até o fim. Então, não respeitar o procedimento licitatório leva à presunção fortíssima de que não se obteve o preço ideal e, conseqüentemente, houve lesão.

Theotonio Negrão transcreve no seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, p. 372, o seguinte:

“Na maioria das vezes a lesividade ao Erário Público decorre da própria ilegalidade do ato praticado (RTJ 153.022 e STF/JTJ 167/277). Para outro acórdão bem fundamentado comumente ‘a lesividade decorre das ilegalidades e está *in re ipsa*’ – RIJ – Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 131/366.”

De qualquer forma, a doutrina e a jurisprudência vão exatamente no sentido do voto do eminente Ministro-Relator a quem, portanto, acompanho.

RECURSO ESPECIAL Nº 95.392 – RJ

(Registro nº 96.0029996-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Ultratec Engenharia S/A
Advogados: Joel Alves Andrade e outros
Recorrido: Município de Niterói
Advogado: Paulo Fernando Torres Costa

EMENTA: Processual Civil – Advogado – Substabelecimento – Intimação com a omissão do nome do procurador substabelecido.

1. Evidenciado que o substabelecimento com reservas se destinou à atuação do advogado substabelecido junto à comarca onde tramitava o feito, a ele deveria ser dirigida a intimação da sentença, ainda mais quando, durante os dez anos em que a ação esteve no primeiro grau, foi ele cientificado de todos os atos praticados.

2. É nula a intimação de sentença da qual constou somente o nome do procurador substabelecido, domiciliado em outra comarca, sem consignar o nome do advogado substabelecido para acompanhar o feito, a teor do disposto no art. 236, § 1º, do CPC.

3. Recurso provido, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, onde, afastada a intempestividade do apelo, o mérito deverá ser julgado como de direito.

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, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 16 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro PAULO GALLOTTI, Relator.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por Ultratec Engenharia S/A, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Carta Política, contra acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

“Embargos à execução. Cobrança de imposto sobre serviços. Procedência da ação. Se a intimação para ciência da sentença é publicada de acordo com as expressas regras do art. 236, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não há que ser repetida a juízo do escrivão do feito, que não tem competência para fazê-lo. Intempestividade flagrante do apelo. Provimento do agravo retido com o não conhecimento do apelo.” (fl. 1.087).

A recorrente sustenta violação do art. 236, § 1º, do CPC, eis que seria nula a intimação da sentença, por ocasião da primeira publicação, ante a omissão do nome do Dr. Adelino de Souza, advogado substabelecido. Alega, ainda, divergência jurisprudencial com julgado desta Corte (fl. 1.101).

Com contra-razões (fl. 1.114), o recurso, cujo processamento foi inadmitido (fls. 1.125/1.128), subiu em virtude do provimento do agravo de instrumento interposto (fl. 1.138).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): Na formulação do seu recurso, alega-se, **verbis**:

“A recorrente tem sede em São Paulo e naquela comarca exercem suas atividades os advogados que ajuizaram embargos à execução movida pelo Município de Niterói, como se vê da procuração de fl. 44.

Como o acompanhamento do feito em Niterói por advogados de São Paulo poderia criar dificuldades insanáveis, já que o Diário da Justiça circula apenas no Estado do Rio de Janeiro, cuidaram os patronos da recorrente de substabelecer, com reserva, a advogado que milita naquela Comarca, conforme se vê de fl. 15 dos autos de execução, a fim de que ele pudesse ficar habilitado a receber as intimações pelas publicações locais, acompanhando adequadamente o desenvolvimento do processo.

Em virtude desse substabelecimento, todas as publicações feitas ao longo dos dez anos em que tramitou o processo na primeira instância incluíram o nome do advogado substabelecido, Dr. Adelino de Souza, como se vê, apenas a título de exemplo, dos documentos de fls. 1.007 a 1.018. E a própria Secretaria da Câmara publicou a conclusão do julgamento com o nome do advogado substabelecido, conforme documento junto. A única publicação que omitiu o seu nome foi precisamente a da conclusão da sentença, falha percebida pelo escrivão, que posteriormente fez a republicação correta.

A recorrente apelou no prazo de quinze dias contados da segunda publicação, ou seja, da publicação correta, mas a egrégia Câmara acolheu agravo retido interposto pela recorrida e não conheceu da apelação por entender que o prazo havia se iniciado a contar da primeira publicação.” (fl. 1.093).

E mais adiante:

“Então, o acórdão considera atendida a exigência de possibilidade de identificação do feito pela simples publicação dos nomes de dois dos patronos da recorrente.

Quando o dispositivo processual exige a publicação dos nomes das partes e dos patronos, suficientes para sua identificação, é mais do

que evidente que ele se refere à possibilidade de identificação *na comarca onde circula a publicação oficial*. Sim, porque como a publicação se destina à intimação dos advogados, é óbvio que ela só alcança os que militam na comarca ou pelo menos no Estado em que circula o órgão oficial.

Acontece que os dois advogados que figuraram na publicação da sentença são exatamente os que atuam em São Paulo. E como substabeleceram a colega da comarca de Niterói para acompanhar o feito, sentiram-se com toda razão desobrigados de fazê-lo através das publicações no Diário da Justiça.

Acrescente-se, repetindo o que já está dito acima, que desde a juntada do substabelecimento todas as publicações passaram a incluir o nome do advogado substabelecido, o que já vem sendo feito há cerca de 10 anos.

Ora, se isto ocorreu durante todo esse tempo, é fora de dúvida que a omissão do nome do advogado substabelecido precisamente na intimação do ato processual mais importante – a sentença – significou uma intolerável forma de surpreender a recorrente e o patrono que tão diligentemente vinha acompanhando a ação. E a disposição do artigo 236, § 1º, do CPC, tem exatamente a finalidade de evitar que a parte e seu patrono sejam surpreendidos com omissões que impeçam ou mesmo dificultem a identificação.” (fls. 1.095/1.096).

Do voto-condutor do acórdão, extraio os seguintes lances:

“Apreciando-se o agravo retido às fls. 1.023/1.025, reiterado nas contra-razões do apelo, verifica-se dos autos que a sentença de fls. 938/944 foi publicada no DO de 10.11.1993, como certificado ao pé da fl. 945, vindo logo a seguir em seu verso certidão do trânsito em julgado da decisão, passada em 26.11.1993, o que provocou requerimento da Municipalidade para remessa dos autos ao contador, para apuração da dívida atualizada, seguindo outra certidão do escrivão, fl. 947, que confessa erro seu na remessa de expediente para publicação da intimação da sentença, fazendo referência de que esta teria desatendido o § 5º do art. 214 do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça, quando então nova publicação para intimação da sentença foi feita 40 dias após a primeira, em 20.12.1993, como certificado à fl. 948, vindo então as razões do apelo, às fls. 953/1.004, ofertadas em cartório em 22.12.1993. (fl. 1.088).

.....

Ora, da contestada primeira publicação da sentença, nos termos ‘das normas’ e do texto legal, constaram o feito, os nomes das partes e os nomes de *dois* dos patronos da ora embargante-apelante, como se vê de fl. 948, valendo notar, destaca-se, que um deles, precisamente, foi o que assinou a petição dos embargos, como se vê de fl. 43, do 1^a volume, o Dr. José Antônio Batistela.

As circunstâncias alinhadas nas razões do apelo para repudiar a primeira publicação e validar a segunda, da intimação da sentença, caem assim por terra, face à perfeita observância das formalidades do ato da primeira publicação, certo que na espécie é irrelevante que o ilustre advogado que a seguir funcionou o tenha feito como substabelecido, como também que de outras tantas publicações de atos formais tenha constado o seu nome, posto que, se quisesse que de todos eles, sem exceção, constasse o seu nome, poderia valer-se, o que não fez, daquela ressalva feita ao final da redação do § 5^a do art. 214 daquelas normas, ou seja, ‘... salvo expresse pedido em contrário deferido pelo juiz’.” (fl. 1.089).

A espécie contém peculiaridade. Como se pode observar, “os advogados da recorrente militam em São Paulo e cuidaram de substabelecer a colega militante em Niterói para acompanhar o processo. E o nome desse profissional passou a constar de todas as publicações, com uma única exceção, precisamente a publicação das conclusões da sentença” (fl. 1.047).

As inúmeras publicações trazidas aos autos, não impugnadas pelo recorrido, demonstram que realmente as intimações se realizavam sempre com a inclusão do nome do substabelecido, o que se omitiu naquela relativa à sentença.

É indispensável, sob pena de nulidade, que das publicações relativas a ações judiciais conste os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação. Nesse contexto, não se realizando a intimação em nome do advogado substabelecido que atuava na causa, resta inobservada a norma contida no § 1^a do art. 236 da lei processual em vigor.

Esta a jurisprudência dominante desta Corte, como se vê dos seguintes arestos:

A – “Processual. Civil. Ato intimatório. Publicação. Regularidade. Advogado substabelecido com reserva de poderes no domicílio da parte.

Nas hipóteses de substabelecimento com reservas de poderes, a princípio, presumem-se regulares as intimações realizadas por meio de publicação na imprensa quando dirigidas a qualquer um dos advogados constituídos nos autos.

Todavia, com os olhos elevados aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nossa legislação processual civil preceitua que a publicação deve garantir a eficácia do ato intimatório, mediante a plena e suficiente identificação dos patronos das partes litigantes, sob pena de nulidade.

No caso, admitir a validade da publicação de intimação de sentença da qual constou somente o nome de procurador substabelecido, domiciliado em outra Comarca, sem consignar o nome do advogado constituído para acompanhar o feito no foro do domicílio da parte, significa tornar inócua a regra contida no § 1º do artigo 236 do CPC.

Recurso especial conhecido.”

(REsp nº 140.978-DF, Relator o Ministro Vicente Leal, DJU de 02.02.1998).

B – “Advogado. Substabelecimento com a finalidade de acompanhamento de recurso em segundo grau. Intimação com a omissão do nome do procurador substabelecido. Nulidade.

– Em princípio, nas hipóteses de substabelecimento com reservas de poderes, reputam-se regulares as intimações realizadas pela imprensa quando dirigidas a qualquer um dos advogados constituídos nos autos.

– Tratando-se, porém, de substabelecimento que se destinou a permitir a atuação do substabelecido junto à segunda instância, a ele devem ser endereçadas as intimações, ainda que não exista requerimento em tal sentido.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.”

(REsp nº 156.001-MG, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJU de 04.05.1998).

C – “Processual Civil. Apelação. Pauta de julgamento. Publicação. Inclusão do nome de advogado substabelecido. CPC, artigos 236, § 1º, 237, 238, 239 e 552.

1. Para a intimação e publicidade do julgamento, é indispensável o correto registro dos nomes dos advogados e das partes na pauta. É nulo o julgamento quando consta apenas o nome do substabelecido-residente em comarca interiorana, omitindo-se o nome

do substabelecido para agir perante o órgão recursal sediado na capital do Estado e que requereu oportunamente a juntada do mandado. A falta, outrossim, revela manifesto prejuízo ao contraditório. A omissão atrai a incidência da regra sancionatória do art. 236, § 1º, CPC.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.”

(REsp nº 118.311-BA, Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, DJU de 01.02.1999).

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, após ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde afastada a intempestividade do apelo, seu mérito deve ser julgado como de direito.

RECURSO ESPECIAL Nº 133.590 – PR

(Registro nº 97.0036480-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Susana Farinha Machado Carrion e outros
Recorridos: Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda e outro
Advogados: Emiliana Siqueira Silva e outros

EMENTA: Tributário – Compensação – Possibilidade – Finsocial e Cofins – Juros de mora – Descabimento.

1. Pacífica a jurisprudência da Corte quanto à possibilidade de compensação do Finsocial com os débitos da Cofins.

2. Incabíveis os juros moratórios, pois a compensação é exercitada pelo contribuinte e não pela Administração.

3. Recurso especial parcialmente 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 parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrighi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

Brasília-DF, 9 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro PAULO GALLOTTI, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: A Fazenda Nacional interpõe recurso especial fundamentado na alínea a do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado:

“Tributário. Finsocial. Compensação.

1. Em face da decisão do STF (RE nº 150.764-1-PE), considerando inconstitucionais o artigo 9º da Lei nº 7.789/1988 e as disposições legais (art. 7º da Lei nº 7.787/1989, art. 1º, da Lei nº 7.894/1989, e art. 1º da Lei nº 8.147/1990) que majoraram a alíquota do Finsocial, a cobrança se faz nos moldes previstos no Decreto-Lei nº 1.940/1982, até a vigência da Lei Complementar nº 70/1991.

2. O artigo 66 da Lei nº 8.383/1991 permite a compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior.

3. O Finsocial e a Cofins são contribuições sociais da mesma espécie, para os fins da Lei nº 8.383/1991.

4. A declaração de que os créditos a compensar são líquidos e certos vem com a sentença que reconhece a inconstitucionalidade do tributo exigido.

5. A Instrução Normativa nº 67/1992 da Receita Federal restringiu a correção monetária com a aplicação somente a partir de janeiro de 1992, surgindo, assim, o interesse processual para a propositura de pedido de compensação de tributo recolhido indevidamente.

6. Correção monetária pela Súmula nº 46 do TFR.

7. Juros de mora na forma do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

8. Nos tributos sujeitos a homologação, em que não houve homologação expressa, a prescrição do direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da data em que ocorreu a homologação tácita. Precedentes do STJ.” (fl. 202).

Sustenta a recorrente violação aos artigos 167, parágrafo único, 168, I, e 170 do Código de Processo Civil, 56 do ADCT e 66 e 81 da Lei nº 8.383/1991, bem como da Instrução Normativa nº 6.792.

Aduz ser incabível a compensação pleiteada, vez que o Finsocial é um imposto e a Cofins uma contribuição social, sendo, pois, diversa a natureza jurídica das exações.

Afirma, também, serem “indevidos os juros de mora quando a repetição do pagamento indevido ocorrer na forma de compensação.” (fl. 210).

Oferecidas contra-razões, admitiu-se o recurso, vindo os autos a esta Corte.

Por despacho da lavra do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, foi negado seguimento ao especial (fl. 241).

Oferecido o competente agravo regimental, a decisão foi reconsiderada (fl. 248v.), possibilitando o exame do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): Da análise dos autos extrai-se que o Tribunal recorrido dirimiu a controvérsia, no tocante à possibilidade de compensação do Finsocial com a Cofins, em consonância com a iterativa jurisprudência desta Corte.

No entanto, com relação aos juros de mora o entendimento desta Turma é de que eles não são cabíveis, vez que a compensação é ato praticado pelo contribuinte e não pela Administração.

Vejamos os precedentes:

A – “Compensação. Finsocial e Cofins. Possibilidade. Juros de mora e honorários advocatícios.

Os valores recolhidos a título de Finsocial são compensáveis com os débitos da Cofins.

Dependendo o procedimento do contribuinte e não da Administração, não tem aplicação a Lei nº 9.250/1995, que previu a aplicação dos juros de mora.

A fixação dos honorários de advogado era tarefa das instâncias antecedentes.”

(REsp. nº 195.998-RS, Relator o Ministro Hélio Mosimann, DJU de 15.03.1999).

B – “Tributário. Compensação de tributos. Juros moratórios. Taxa Selic. Lei nº 9.250/1995. Inaplicabilidade. Precedentes STJ.

A jurisprudência desta egrégia Corte já se pacificou no sentido da não aplicação da Lei nº 9.250/1995, que previu a incidência dos juros de mora sobre a compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação, por isso que é ato praticado pelo contribuinte e não pela Administração.

Recurso conhecido e provido.”

(REsp nº 187.388-PR, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 15.03.1999).

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso especial, tão-somente para excluir os juros moratórios.

RECURSO ESPECIAL Nº 182.664 – CE

(Registro nº 98.0053660-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Gerson Schuwab e outros
Recorrida: Tânia Ponte Moreira
Advogado: Marcelo Dias Ponte

EMENTA: FGTS – Saque – Liberação – Art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/1990 e Lei nº 8.678/1993 – Preliminar – Litisconsórcio passivo necessário da União – Inexistência.

1. A CEF tem legitimidade exclusiva para figurar no pólo passivo das ações propostas por titulares de contas vinculadas ao FGTS (Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 77.791-SC, DJU de 30.06.1997).

2. Em face do decurso do prazo de três anos de paralisação das referidas contas, previsto na Lei nº 8.036/1990, fica autorizado o respectivo levantamento.

3. Precedentes.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 16 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro PAULO GALLOTTI, Relator.

Publicado no DJ de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: Trata-se de recurso especial com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional atacando acórdão do TRF da 5ª Região assim ementado:

“Administrativo. FGTS. Saque. Liberação. Art. 20, VIII, da Lei nº 8.036/1990 e Lei nº 8.678/1993. Preliminar. Litisconsórcio passivo necessário da União. Inexistência.

1. Cuidando a hipótese de saque dos depósitos do FGTS, em face de conta inativa, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário da União Federal, falecendo-lhe, inclusive, legitimidade passiva **ad causam**.

2. Preliminar rejeitada.

3. Tendo ocorrido o lapso de três anos sem depósito na conta vinculada do FGTS, configurada está a hipótese do levantamento.

4. Apelação e remessa oficial improvidas.” (fl. 80).

Alega a Caixa Econômica Federal que a decisão negou vigência ao inciso VIII do artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, na redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.678/1993. Aponta divergência jurisprudencial e insiste no litisconsórcio passivo necessário da União. Aduz, por fim, “que a pretensão da recorrida, alicerçada na suspensão de contrato de trabalho, não tem respaldo legal, desde que não houve extinção do contrato de trabalho, ocorrendo tão-somente a suspensão do mesmo, ainda no regime celetista e passível de continuidade dos depósitos fundiários, possibilitando-se o saque somente após os três anos da data da extinção do contrato de trabalho.” (fl. 86).

Sem contra-razões (fl. 93), o recurso foi admitido na origem (fl. 94).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): Não conheço do apelo pela letra **c**, eis que a recorrente não indicou a origem dos acórdãos que entende em confronto com a decisão em exame (art. 255, § 2º, do RISTJ).

No tocante à preliminar relativa à existência de litisconsórcio passivo necessário da União, do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 77.791-SC, DJU de 30.06.1997, a Primeira Seção firmou entendimento de que a CEF tem legitimidade exclusiva para figurar no pólo passivo das ações propostas por titulares de contas vinculadas ao FGTS.

Quanto ao mérito, trata-se de pedido de liberação de FGTS formulado por ex-funcionária do Banco do Estado do Ceará que teve seu contrato de trabalho suspenso por motivo de licença para tratar de interesse particular.

O parecer do *parquet* estadual, pela concessão do *writ*, consignou, **verbis**:

“Com efeito, hoje é pacífico entre os autores que a suspensão do

contrato de trabalho acarreta a paralisação de todos os direitos e deveres dele decorrentes, enquanto que, para a interrupção, ocorre apenas a relativa ou parcial paralisação, já que alguns efeitos subsistem.

Assim é que, na suspensão, não há trabalho e nem remuneração, como também o tempo não é contado como de efetivo exercício, enquanto que na interrupção não há trabalho, mas o empregador continua obrigado a pagar o salário, bem como será contado o tempo para todos os efeitos legais, inclusive aquisição de férias.

Na verdade, o que a lei assegura nas duas hipóteses de paralisação – total ou parcial – do contrato de trabalho é o direito ao emprego. Vale dizer, o empregado não poderá ser demitido durante a suspensão ou interrupção de seu contrato de trabalho.

No caso em comento, entendemos que o afastamento da impetrante – licença para tratar de interesse particular – desobrigou o BEC de qualquer ônus contratual, exceto no que pertine ao direito da empregada retornar ao emprego.

Dessarte, se paralisada estava a relação de trabalho, parece evidente que os depósitos do FGTS, assim como outra qualquer obrigação remuneratória do empregador, achavam-se suspensos. É dizer, durante o tempo de suspensão do contrato de trabalho não houve prestação de serviço, como também não houve contraprestação remuneratória.

Portanto, desde 1993 até a presente data já transcorreram mais de três anos, tempo cuja legislação pretérita exigia para liberar a movimentação da conta vinculada.

Nada obstante a atual redação da lei refira-se a três anos fora do regime do FGTS, a nosso sentir a situação da impetrante ajusta-se à hipótese, haja vista que, a rigor, se desde 1993 não mais houve depósitos em sua conta vinculada, e após o rompimento do vínculo empregatício ela não firmou outro contrato de trabalho sujeito ao citado regime, é razoável considerá-la fora do regime do FGTS.

Seria atribuir excessivo rigor – que não vislumbramos – à norma em comento, se se admitir que a impetrante estava dentro do regime do FGTS apenas e tão-somente pela mera circunstância de que mantinha assegurado o direito a retornar ao emprego, se assim desejasse.

Ora, sujeito ao regime do FGTS acha-se todo trabalhador que

mantém em vigor seu contrato laboral, muito embora não havendo os correspondentes depósitos em sua conta vinculada, posto que, isso ocorrendo, é a falta do empregador que sofrerá as sanções respectivas, porquanto incorreu em mora.

No caso de suspensão do contrato de trabalho, como exaustivamente já demonstrado, não há obrigações a cumprir por parte do empregador, daí não se poder aferir permanença o empregado no regime do FGTS, estritamente falando, porquanto a conta permanece inativa, como se inexistisse o contrato de trabalho.” (fls. 49/51).

De sua parte, o voto que conduziu o acórdão unânime explicitou:

“Da análise dos autos, observa-se que a apelada requereu a suspensão do contrato de trabalho em 16.08.1993, perdurando até 15.09.1995 e, dez (10) dias após, resolveu por pedir dispensa junto ao Banco do Estado do Ceará – BEC, face ao novo cargo assumido junto à Secretaria da Fazenda, tendo ocorrido a respectiva baixa da CTPS na mesma data.

Considerando que a Lei nº 8.036/1990, em seu art. 20, com redação da Lei nº 8.678/1993, assim dispõe:

‘Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: ... **in albis**... VIII – quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1ª de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta.’

In casu, inexistente qualquer óbice ao levantamento dos saldos das contas vinculadas ao FGTS, posto que, tendo ocorrido a suspensão do contrato de trabalho, se encontra paralisada toda relação de emprego, sem qualquer obrigação remuneratória por parte do empregador, inclusive nesse período não há depósito na referida conta, encontrando-se assim paralisada e, conseqüentemente, entendo que a ora apelada está fora do regime fundiário.

Assim, tendo decorrido o período de três anos entre a data da suspensão do contrato de trabalho e a data da interposição do presente **mandamus** e não se encontrando a apelada dentro do regime do

FGTS, face ao novo cargo assumido junto à Secretaria da Fazenda, resulta sem nenhum obstáculo a movimentação das contas vinculadas ao FGTS.” (fls. 76/77).

Esta Corte já manifestou entendimento no mesmo sentido da decisão recorrida, proclamando que, decorrido o prazo de três anos previsto na Lei nº 8.036/1990, fica autorizado o levantamento do saldo das contas vinculadas ao FGTS, valendo citar os seguintes julgados:

A – “FGTS. Saque. Servidor público. Transferência do regime celetista para o estatutário.

Decorridos, desde a transformação dos empregos em cargos públicos, mais de três anos, nada impede o saque da conta vinculada ao FGTS.

Recurso especial conhecido e julgado prejudicado.”

(REsp nº 120.965-RN, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJU de 02.02.1998).

B – “Administrativo. FGTS. Liberação. Servidor público. Integração no regime estatutário. Leis nºs 8.036/1990 e 8.678/1993.

1. O titular da conta vinculada que permanecer fora do regime do FGTS por três anos consecutivos, contados de 01.06.1990, tem direito de levantar o saldo da referida conta a partir do mês do seu aniversário.

2. Com o implemento da condição estabelecida no inc. VIII do art. 20 da Lei nº 8.036/1990, com a redação da Lei nº 8.678/1993, julga-se prejudicado o recurso especial pela perda do seu objeto.”

(REsp nº 87.386-PB, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 05.08.1996).

Mesmo que assim não fosse, estando a recorrida, nesta data, há mais de quatro anos afastada do regime do FGTS, não paira nenhuma dúvida sobre seu direito de ver liberada a quantia depositada em sua conta.

Com essas considerações, não conheço do recurso.