

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 743 – MG

(Registro nº 98.0018237-3)

Relator: Ministro Hélio Mosimann

Autores: Indústrias Reunidas Irom Ltda, Pipoquinha Confeções Ltda, Agro Imperial Tratores e Implementos Ltda, Castro e Filhos Ltda e Loja São Sebastião Ltda

Advogados: Ana Paula Laguardia de Mendonça e outros

Ré: União

EMENTA: Ação rescisória – Violação a literal disposição de lei – Artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil – Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal – Inaplicabilidade – Preliminar afastada – Compensação de créditos – Finsocial e Cofins – Jurisprudência firmada sobre o tema – Rescisória procedente.

Constatando-se flagrante violação a dispositivo de lei, ela tem que ser reconhecida, não se aplicando o rigor da Súmula nº 343 do STF, ainda mais quando a suposta interpretação controvertida se circunscreve a um mesmo tribunal.

Pacificou-se a jurisprudência, agora sem voz dissonante, admitindo a compensação dos créditos do Finsocial com a Cofins.

Pela violação a literal disposição da lei (artigo 66 da Lei nº 8.383/1991), procede o pedido rescisório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior, que a julgou improcedente. Os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 26 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 20.09.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Indústrias Reunidas Irom Ltda e outros ajuizaram a presente ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC, contra a União Federal, objetivando desconstituir o acórdão proferido pela egrégia Primeira Turma (fl. 231), assim ementado:

“Tributário. Finsocial, Cofins, PIS. Compensação. CTN, art. 170. Lei nº 8.383/1991 (art. 66).

1. A compensação legal pressupõe a liquidez e certeza de créditos da mesma espécie e subseqüentes ao haver tributário do sujeito passivo. Necessidade do reconhecimento, em definitivo, do crédito pela autoridade fiscal competente ou pelo Poder Judiciário.

2. A jurisprudência do STJ é contrária à compensação entre créditos e débitos, respectivamente, decorrentes de Finsocial e Cofins (RMS nº 4.035-6-DF e ROMS nº 5.754-PB, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

3. Recurso improvido.”

(REsp nº 78.493-MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, unânime, DJ de 25.03.1993).

Eis as alegações dos suplicantes:

“1. Ajuizaram ação ordinária objetivando a declaração de inconstitucionalidade da exigência do Finsocial em alíquota superior a 0,5%, bem como do direito de compensarem o crédito oriundo do excesso recolhido àquela exação com tributos federais da mesma espécie, conforme disposto na Lei nº 8.383/1991, art. 66.

2. A sentença de 1º grau julgou procedente a ação, declarando serem indevidos os valores cobrados acima de 0,5%, bem como o direito a realizar a compensação do excesso recolhido com outras contribuições sociais.

3. A Fazenda Nacional recorreu ao TRF da 1ª Região e obteve o provimento da apelação sob o argumento de que ‘não preenchidos os requisitos da liquidez e certeza dos créditos, incabível a compensação (art. 170 do CTN)’.

4. Inconformados, os autores recorreram, na via do especial, com o fundamento de negativa de vigência ao art. 66 da Lei nº 8.383/1991, não obtendo êxito, conforme consta na transcrição retro mencionada.

5. Sustentam os demandantes que a interpretação dada pelo relator do acórdão rescindendo contraria nitidamente o art. 66 da lei em referência. E, ainda, que ‘este dispositivo legal faz da compensação, em relação ao contribuinte, um comando normativo independente da vontade do Fisco’, assim como declarou **Hugo de Brito Machado** que ‘hoje diante do art. 66 da Lei nº 8.383/1991, não cabe mais ao Fisco, com fundamento no art. 170 do CTN, aceitar ou não aceitar a compensação. Ao contrário cabe-lhe tão-só cumprir o que está disposto.’

6. Finalmente, afirmam que a jurisprudência desta Corte uniformizou-se no sentido de admitir a compensação do Finsocial com a Cofins, transportando para os autos acórdãos que confirmam essa orientação.”

Citada, a ré contestou, alegando, preliminarmente, a carência da ação tendo em vista o Enunciado nº 343 da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal que diz “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. E, quanto ao mérito, a improcedência do pedido (fls. 141/146). Os autores impugnaram (fls. 150/158).

As partes ofereceram suas razões finais (fls. 161/165 e fls. 168/169, autores e ré, respectivamente) e a douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 171/176, manifestou-se pelo não conhecimento da ação; mas, no mérito, pela sua procedência.

É o relatório.

Passo os autos ao eminente Revisor (art. 35, I, RI).

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de ação rescisória

promovida contra a União Federal, com base no art. 485, V, do CPC, objetivando rescindir acórdão proferido pela Primeira Turma que, ao interpretar o art. 66 da Lei nº 8.383/1991, frente ao disposto no art. 170 do CTN, não permitiu a compensação de créditos tributários, mais especificamente Finsocial com Cofins.

Para a hipótese em exame foram lembrados os Enunciados de jurisprudência sumulada nºs 343 do STF e 134 do TFR, onde disposto:

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula nº 343-STF).

“Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor” (Súmula nº 134-TFR).

Como já observado por **Theotônio Negrão** (25ª edição/1994), houve, no STJ, uma certa tendência no sentido de reduzir o alcance da Súmula nº 343, de maneira a não ser aplicada se a interpretação de um texto, embora controvertida, afronta, no entender da turma julgadora da rescisória, a literal disposição de lei (STJ, Primeira Seção, AR nº 46-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 28.11.1989, julgaram procedente a ação, maioria, DJU de 18.12.1989, p. 18.454, 2ª col., em.).

Portanto, se houve flagrante violação à lei, como depois se verificou, tem cabimento a ação rescisória.

Nesse mesmo sentido, embora tenha sido a decisão firmada pela improcedência da rescisória, quando do julgamento da AR nº 208-RJ, bem expôs em seu voto, o eminente Min. Eduardo Ribeiro (revisor), **in verbis**:

“A expressão utilizada – ‘interpretação controvertida’ – está a significar que existiam julgados em um e outro sentido. Observe-se, de logo, que, a toda evidência, não é isso o que se revela. Entender-se-ia que se quisesse justificar a inviabilidade da rescisória com o fato de os tribunais se pronunciarem no mesmo sentido do acórdão rescindendo. Não que exista controvérsia, ou seja, que, além daqueles, outros se possam apontar, contrariando a tese nele consagrada, o que só poderia servir de amparo à procedência da ação. Hão de entender-se as proposições em exame como significando não caber rescisória

quando, amparando o sustentado pelo acórdão, existam outros pronunciamentos dos tribunais.

Ocorre que o fato de isso verificar-se não pode servir de motivo para que o órgão, a quem caiba julgar o pedido de rescisão, se demita da responsabilidade de examinar a concorrência do pressuposto colocado pela lei. *Se houver a reclamada violação literal, isso haverá de ser reconhecido e proclamado, nada importando que no mesmo erro tenham incidido outras Cortes de Justiça...*

Não seria qualquer descompasso com o sentido da lei que propiciaria o recurso, mas apenas o equívoco clamoroso, ainda que pudesse resultar de interpretação. Há de entender-se como tendo ocorrido violação da letra da lei, quando a ela se empresta interpretação que, razoavelmente, não possa ter.”

Ademais, as decisões diferentes eram do mesmo tribunal. Comentando o enunciado da Súmula, diz **Roberto Rosas** (Direito Sumular, 7ª edição, p. 136): “Não se aplica quando a interpretação controvertida se circunscreve a um mesmo tribunal” (RE nº 96.952, DJU de 05.11.1982).

Feitas estas considerações e afastada a preliminar, importa rememorar o que disposto no art. 485, inciso V, do CPC, fundamento maior do pleito em exame:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V – violar literal disposição de lei.”

Ora, o dispositivo legal em questão, art. 66 da Lei nº 8.383/1991, admite, literalmente, a compensação tributária, senão vejamos:

“Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.”

A corroborar tal afirmativa, está a jurisprudência. Em recente decisão

firmada pela Segunda Turma, em acórdão de minha relatoria – REsp nº 171.699-CE – ficou assentado que “as contribuições previdenciárias estão sujeitas ao regime do lançamento por homologação e, assim sendo, a autora pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial”. A matéria tornou-se hoje pacífica nas duas Turmas e nesta Primeira Seção, admitindo a compensação entre o Finsocial e a Cofins.

Evidenciado o fator justificador da rescisória – violação a literal dispositivo de lei – tenho que o pleito procede, razão porque julgo procedente o pedido formulado, revertendo o depósito em favor das autoras e pagos pela ré os honorários de advogado, estes à razão de 20% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, **data venia**, entendo que a ação rescisória não é mera revisão de julgado, só tem lugar quando há frontal violação à lei. A Súmula nº 343 é sábia, porque, na verdade, a coisa julgada importa na estabilidade da ordem jurídica. Penso que havia, de fato, não apenas no Superior Tribunal de Justiça, como em outros tribunais, uma grande divergência a respeito. Não vejo, pois, como se fazer a rescisão de um julgado apenas porque, mais tarde, o STJ passou a entender do modo oposto. Entendo não ser possível, efetivamente, cada vez que se alterar um ponto de vista, procedermos a rescisões e rescisões, porque, amanhã, se voltar o ponto de vista anterior, haverá a rescisão da rescisão. Acentuo que, no caso, nem prejuízo existe para a parte, porque foi impossibilitada a compensação, não a repetição. De modo que ainda restaria ao contribuinte o exercício da repetição do indébito.

Com a máxima vênia, aplico a Súmula nº 343 e julgo improcedente a ação rescisória, com a condenação dos autores ao pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, mais a perda do depósito em favor da ré.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, a rigor, existe uma situação interessante: hoje a jurisprudência diz que é possível a compensação. O Estado deveria admiti-la, mas se agarra a esse

formalismo que não é sério nem decente para prejudicar o contribuinte. É preciso e necessário que o Poder Judiciário dê solução a esses abusos. O Estado poderia, mudando a jurisprudência, dizer que todo mundo pode fazer isso. Ficamos, porém, arraigados a uma formal coisa julgada com diferenças interessantes. Neste caso, aquela regra de sabedoria, de que quem chega primeiro bebe água limpa, é posta ao contrário, pois quem chegou primeiro bebeu água suja, porque pagou, ficando sem possibilidade de compensação. É verdade que há a possibilidade de repetição de indébito, mas isso, no Brasil, é praticamente inviável, porque conduz à alucinante fila dos precatórios após infinitos recursos, com juros correndo somente a partir da coisa julgada. É preciso enxergar essa realidade. O Judiciário precisa observar que não pode ser utilizado – tenho batido muito nesta tecla – como instrumento de rolagem de dívida. É preciso que haja isso, e, por isso, esta construção me parece, **data venia**, sábia.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, há muito tempo que sempre fui um crítico da Súmula nº 343. Apenas a aceito quando se trata de relações jurídicas de Direito Privado. Não posso aceitá-la quando estamos debatendo relações jurídicas de Direito Público, como é o caso presente, onde há superprincípios a regular essas atividades, e um deles é o da igualdade, da uniformização dos tributos e tratamento tributário. Existe uma obra de um autor alagoano – o qual cito em homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros –, chamado **Paulo Roberto de Oliveira Lima**, hoje Juiz Federal, intitulada Uma Nova Contribuição à Coisa Julgada. Essa obra está há três ou quatro anos no mercado, e nela ele mostra que há a necessidade de se pensar de um modo muito mais largo a respeito da chamada segurança jurídica, quando estão em debate relações jurídicas de Direito Público, uma vez que as mutações no campo do Direito nessa atividade têm sido muito profundas, em face de cada vez mais o Poder Público ferir o direito do cidadão, especialmente no campo do Direito Tributário.

Então, Sr. Presidente, não apenas acompanho com muita alegria essa construção aqui lançada pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, mas me confraternizo com ela e dou-lhe o meu louvor, porque o Superior Tribunal de Justiça, nesta decisão, está abrindo um caminho que vem sendo pregado, por essência processual, a respeito do Conselho de Segurança Jurídica pelo trânsito em julgado, cujo conceito hoje é relativo quanto ao relacionamento de

Direito Público, bem como a possibilidade de, cada vez mais, sermos instrumentos de controle da atividade estatal quando prejudica o cidadão. Penso que a ação rescisória, no particular, serve para esse alcance.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL Nº 109.208 – RJ

(Registro nº 98.0071901-6)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Embargante: Estado do Rio de Janeiro

Embargados: Georgina Brunízio Teixeira da Silva e outros

Advogados: Christina Aires Corrêa Lima e outros e Ermínio Ferrero e outro

EMENTA: Processual – Ação de indenização contra o Estado – Denúnciação da lide ao agente (CPC, art. 70) – Superveniência de sentença – Irrelevância.

I – O Estado, quando réu em processo de indenização por dano causado a terceiro, tem direito a denunciar a lide ao agente eventualmente responsável por indenização regressiva.

II – Requerida a denúnciação, em tal circunstância, se o juiz a denegar torna-se nulo o processo.

III – A superveniência de sentença condenando o Estado não derroga o direito à denúnciação nem purga a nulidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, preliminarmente, por maioria, conhecer dos embargos, vencidos os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Hélio Mosimann. No mérito, também por maioria, receber os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencidos os Srs. Ministros José Delgado, Garcia Vieira e Hélio Mosimann que os rejeitaram. Votaram com

o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Aldir Passarinho Junior e Demócrito Reinaldo.

Brasília-DF, 28 de abril de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O acórdão embargado deslindou recurso especial em que o Estado ora embargante desafiava acórdão que lhe negou o direito à denunciação da lide, em processo de indenização por ato de agente público. A denegação ocorreu, porque:

“Denunciação que não se admite, devendo o denunciante, se vencido na causa, agir diretamente contra seus servidores e não se justificando retardo neste processo, com introdução de uma nova demanda a permitir produção de provas pelo novo litigante” (fl. 39).

O recurso assentou-se em afirmada ofensa ao art. 70.

O acórdão ora embargado está resumido nestas palavras:

“A denunciação da lide deve ser admitida quer o fundamento da responsabilidade civil do Estado seja atribuída ao risco administrativo, quer à culpa de seus agentes. Mas, processada a causa sem a denunciação da lide, a anulação do feito contraria as finalidades do instituto, inspirado pelo princípio da economia processual. Por isso que, mesmo nas hipóteses em que o juiz a indefere quando deveria deferi-la, a jurisprudência vem se orientando no sentido de não anular o processo. O resultado, se a nulidade fosse reconhecida, seria oposto àquele visado pelo instituto, sem vantagens concretas. O denunciante terá sempre a ação direta para obter o ressarcimento do prejuízo.”

No aresto invocado como paradigma, a Primeira Turma, em situação semelhante, declarou nulo o processo, porque:

“O Estado – quando réu em processo de indenização por acidente de trânsito – tem direito de denunciar a lide ao motorista que conduzia o veículo oficial.”

Este, o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O acórdão embargado prestigiou decisão que, simplesmente recusa ao Estado o direito à denunciação. Embora considere viável a denunciação, a Segunda Turma não a reconhece como um direito do Estado; tanto que a proíbe, quando, na pendência de agravo em que o Estado a persegue sobrevém sentença de mérito.

Ora, ou a denúncia é um direito, cuja postergação gera nulidade do processo; ou constitui mera deferência do juiz.

Em sendo direito, não se pode admitir que o advento de sentença contrária ao denunciante a derogue o pedido, e inutilize o recurso.

A economia processual não se pode sobrepor ao devido processo legal.

O acórdão embargado tenta justificar-se, afirmando que o Estado poderá exercer o direito de regresso.

Não me parece que tal explicação satisfaça os objetivos visados pelo legislador processual de 1973, ao inserir em nosso ordenamento jurídico o instituto da denunciação.

Com efeito, a denunciação da lide tem duplo escopo, a saber:

a) vincular o denunciado à coisa julgada resultante de eventual sentença condenatória; e

b) obter a imediata condenação do denunciado.

Em não havendo denúncia, o sucumbente é obrigado a começar no marco zero sua ação regressiva, para que outra sentença venha condenar o devedor regressivo.

Nesta segunda relação processual, o sucumbente terá necessidade de rediscutir a prova – eis que o devedor regressivo não teve oportunidade de debater os elementos probatórios produzidos no primeiro. Assim, a convicção neles apoiada não pode convencer o devedor regressivo.

Ora, se a prova obtida no primeiro processo não é eficaz em relação ao devedor regressivo, é possível que este lhe oponha novos elementos de convicção e demonstre – por exemplo – que o prejuízo a cuja indenização o Estado fora condenado, não existiu ou resultou de culpa do próprio vitorioso da primeira demanda.

Como se percebe, a falta de denunciação pode acarretar enorme lesão ao Estado.

No acórdão paradigma, a Primeira Turma, em decisão unânime, proclamou:

“O Estado – quando réu em processo de indenização por acidente de trânsito – tem direito de denunciar a lide ao motorista que conduzia o veículo oficial.

Requerida a denunciação, em tal processo, deseso ao juiz condicioná-la à confissão de culpa, pelo Estado.

Recurso especial provido para declarar a nulidade do processo.”

Em meu voto de relator, adotado como fundamento do acórdão, disse:

“Cuida-se de uma das mais renitentes discussões em torno do Código de Processo Civil.

Desde que entrou em vigor o Código de 1973, discute-se a possibilidade de o Estado – chamado a Juízo para responder por acidente de trânsito – denunciar a lide ao motorista do veículo oficial.

Na hipótese, a denegação teve como fundamento a circunstância de que o Município não reconheceu **a priori** a culpa de seu servidor.

O Código de Processo Civil, ampliando e aprimorando o velho instituto do ‘chamamento à autoria’, criou a ‘denunciação da lide’, inscrita no art. 70, nestes termos:

‘A denunciação da lide é obrigatória:

I – (omissis)

II – (omissis)

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.’

O instituto resulta de dois imperativos de política processual: a economia e a segurança.

A economia é homenageada, porque a ação direta e a ação regressiva desenvolvem-se a um só tempo, de tal modo que através de uma só instrução e única sentença, o derrotado na demanda recebe, desde logo, um título executivo contra aquele que está obrigado a indenizá-lo pela derrota.

A segurança funciona, tanto em favor do denunciante, quanto de quem recebe a denúncia. Na hipótese destes autos, o motorista, se fosse chamado à autoria, teria oportunidade de oferecer defesa que beneficiaria o Município.

Sem a denunciação, o suposto causador do dano poderá, quando acionado regressivamente, escusar-se, mostrando prova de que não agiu com culpa e – até – dizendo: ‘se me houvessem denunciado à lide, eu teria demonstrado que não dei causa aos prejuízos e que o Município não é responsável por indenização alguma’.

Então será tarde: o Município já terá contra si uma sentença condenatória, com trânsito em julgado.

Nem se diga que em acidente de trânsito, contra o Estado, há responsabilidade objetiva.

Não!

Se o Estado conseguir demonstrar que o agente culposo do dano foi a outra parte, a responsabilidade se inverte.

Tanto isto é verdade que o processo não dispensa instrução, com oitiva de testemunhas e outras provas, no sentido de apurar, não apenas a autoria, mas a culpabilidade.

Houvesse verdadeira responsabilidade objetiva, bastaria a apuração da autoria.

O que ocorre nestas hipóteses é uma presunção **juris tantum** de culpa.

Elidida a presunção, afasta-se a responsabilidade.

Nesta conjuntura, não há como submeter a denúncia da lide à confissão de culpa, de parte do denunciado.

O art. 70 do CPC exige, apenas, que o destinatário da denúncia esteja, 'pela lei ou pelo contrato', obrigado a indenizar em ação regressiva, o prejuízo que o denunciante possa, eventualmente sofrer com a derrota.

Sobre o motorista pesa esta obrigação (Constituição Federal – art. 37, § 6^o).

Não é lícito ao juiz condicionar a denúncia do motorista, ao prévio reconhecimento de culpa do Município.

O eminente Ministro Garcia Vieira, no voto em que conduziu esta Turma, no julgamento do REsp nº 594, registrou com propriedade:

‘É de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, a lide, apresente a sua resposta, produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo e que se resolva desde logo, em uma única ação, se ele agiu ou não com culpa ou dolo ou se não teve nenhuma responsabilidade pelo evento danoso. Se, no caso, restou comprovada a culpa do denunciado à lide, até por economia processual, deve a questão ficar resolvida numa única ação, até por economia processual e a sentença valer como título executivo contra o denunciado e a execução se fará nos mesmos autos. Assim têm admitido nossos Tribunais Superiores. Do extinto TFR podemos citar os seguintes precedentes: REO nº 63.010-MG, DJ de 14.04.1983, AC nº 59.376-RJ, DJ de 03.06.1983, Ag nº 41.310-SC, DJ de 19.03.1981, Ag nº 42.214-MG, DJ de 30.06.1983, Ag nº 52.086-PR, DJ de 09.06.1988 e de nossa Corte Maior, RE nº 90.071-3-SC, RTJ nº 96/237.’

Dou provimento ao recurso, para declarar nulo o processo, a partir da audiência.”

A jurisprudência da Primeira Turma assentou-se neste sentido. Lembro, a propósito, nossos acórdãos nos REsps nºs 42.342 (de que fui relator) e 37.215 (relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo).

Recebo os embargos para dar provimento ao recurso especial, declarar nulo o processo e determinar se consume a denúncia da lide.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Vogal): A respeito do tema objeto da discussão instalada no exame dos presentes embargos de divergência, tenho posicionamento assumido nos termos do voto que abaixo passo a transcrever, com acolhimento unânime pela egrégia Primeira Turma:

“O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Conheço do recurso especial. É evidente a existência de divergência jurisprudencial sobre a questão jurídica decidida pelo acórdão recorrido.

No exame do mérito, filio-me à corrente que entende não ser possível, em se tratando de ação de responsabilidade civil contra o Estado, por ato de seu funcionário, se negar o pedido de denunciação da lide contra o agente que praticou o ato.

O acórdão recorrido está posto nos fundamentos seguintes (fls. 57/59):

‘É entendimento dominante na jurisprudência que, nos casos de responsabilidade civil da Administração Pública, descabe o socorro à denunciação da lide contra os servidores públicos, até porque instituto sempre jungido ao direito de garantia, não assim, a mero direito de regresso (cf., **Hely Lopes Meirelles**, Direito Administrativo Brasileiro, 6ª ed., p. 611, RTJ 100/1.352; JTACSP-RT 90/160, 109/130, 11/216, 113/245). Em decisões isoladas, tem-se admitido a denunciação, assim mesmo quando o pedido, na lide principal, vem formulado com fulcro na culpa do funcionário (JTACSP-RT 104/130).

Anote-se, ainda, neste passo, que a falta de participação no processo do agente responsável pelo dano não elimina o direito regressivo do Estado, que pode ser exercitado em ação própria, por força de preceito constitucional, cuja eficácia não está subordinada à prévia e regular denunciação da lide.

Se assim não fora, por outra relevante razão se imporia a sumária rejeição do pedido de denunciação.

É que a ré, ao propor a lide secundária, limitou-se a invocar as aludidas normas processual e constitucional. Não afirmou que seu funcionário atuou com dolo ou culpa, tampouco descrevendo ou imputando-lhe o fato gerador da responsabilidade.

Ora, sobre ser meramente facultativa a providência, sem implicação no direito regressivo assegurado, no caso pela Constituição da República (cf., **Sidney Sanches**, a Denúnciação da Lide, Ed. RT, pp. 45/47; JTACSP – Saraiva 76/319, 82/92), isso não bastava para viabilizar a pretensão secundária assim deduzida, a qual deveria ter vindo convenientemente fundamentada.

A esse respeito, depois de assinalar que o Estado, para validamente se utilizar do disposto no inciso III do art. 70, cumpre satisfazer todos os pressupostos exigíveis para tanto, preleciona **Arruda Alvim**: ‘É certo que, se o Estado, acionado, vier a denunciar a lide ao funcionário, há de alegar sempre a culpa ou o dolo deste; caso contrário, faltará possibilidade jurídica à ação regressiva’ (Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, vol. III, pp. 262/263).

É exatamente o que se dá na espécie.’

Entendo que agasalha-se, de modo mais harmônico com o nosso ordenamento jurídico, entendimento em sentido contrário.

É por essa razão que acolho os fundamentos desenvolvidos pelo Município recorrente, às fls. 5/10 dos autos, do teor que transcrevo:

‘A denúnciação da lide ao motorista do veículo oficial que, na época, atuava na qualidade de agente público da Municipalidade-agravante, por força de mandamento constitucional, estando preenchida a hipótese do inciso III do art. 70 do CPC, **verbis**:

‘Art. 70. A denúnciação da lide é obrigatória:

III – *àquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato, a indenizar em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.*’ (grifamos).

E o entendimento doutrinário e pretoriano consolidou-se no sentido de dar plena guarida à denúnciação da lide feita pelo Estado aos agentes públicos causadores diretos do evento danoso, sendo que o uso de tal instituto, não é só recomendável, como totalmente necessário para evitar-se decisões contraditórias e em prestígio ao próprio princípio da economia processual conforme exposto a seguir:

‘Vê-se que o *novo Código facilitou sobremaneira, em rapidez, o ressarcimento dos danos*, tanto no caso do Estado ser o credor, como nos outros, *pois não haverá sempre necessidade de fazer-se uso autônomo de outra ação*, para ressarcir-se dos prejuízos, desde que da própria sentença, em tendo sido usado o instituto, poderá constar a responsabilidade por perdas e danos, *caso o Estado acionado denuncie a lide ao funcionário causador do prejuízo.*’ (Arruda Alvim, in Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 1976, vol. III, 262/263).

A lei processual prevê a denunciação da lide como forma de obviar a ação regressiva contra aquele que estiver obrigado a indenizar o prejuízo do que perder a demanda. As normas estabelecidas nos artigos 1.521, III, e 1.522, em harmonia com o artigo 15, todos do CC, não deixam margem de dúvidas quanto à aplicabilidade da denunciação da lide ao funcionário ou empregado causador do dano, em ação movida contra a Fazenda Pública ou contra a empresa privada, por força da extensão do direito regressivo (ac. unânime da Terceira Câmara do TJGO de 22.06.1982, Relator Des. Lafaiete Silveira; Rev. Goiana de Jurisprudência 19/162).

Denunciação da lide. Direito de regresso. Funcionário público responsável pelo acidente. Cabimento da denunciação da lide. Agravo provido para esse fim. Voto-vencido.

.....

Formou-se o pensamento majoritário, nesta egrégia Câmara, no sentido de admissibilidade da denunciação à lide quando, como no caso, a promovida seja o próprio Poder Público. Isso porque o regresso – que é o esteio ontológico da denunciação, está explicitamente previsto da forma mais enérgica que se conceba: inserção constitucional.

Ora, essa previsão do direito regressivo não se mostra, de maneira alguma, infensa à denunciação.

Várias razões têm sido aduzidas no sentido desse entendimento, como se passa a rememorar em síntese.

Primeiro, *a perspectiva de decisões antagônicas, na ação entre as partes, e na outra, a de regresso*. Depois, a inviabilidade, em princípio, de defesa do funcionário, na segunda

ação, algo menos exercitável depois de a decisão primeira haver, já inculcado sua culpa. Em seguida, o manifesto interesse na efetivação da justiça ideal, com a ensanchar a que esse funcionário, que foi parte no acontecimento, subsidie com elementos que conheceu e viveu. *Ainda, a desejável economia judicial com a coerção a outra demanda, sobre o mesmo objeto* (in JTA LEX 82, pp. 65 e 66, com grifos nossos).

Responsabilidade civil. Ato praticado por funcionário de pessoa jurídica de direito público. *Obrigatoriedade da denúncia* – art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Agravo provido (Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, LEX 28, p. 545 – grifamos).

Tanto nas causas que têm base na responsabilidade objetiva das pessoas públicas (Constituição Federal, art. 107, parágrafo único), quanto naquelas que se apóiam na responsabilidade subjetiva (Código Civil, arts. 159, 1.521, III, 1.522 e 1.523), é obrigatória a denúncia de que trata o artigo 70, III, do Código de Processo Civil, porque, em ambos os casos, tem o réu ação regressiva contra o seu agente ou preposto (Constituição Federal, art. 107, parágrafo único, Código Civil, art. 1.524). *Tanto na primeira hipótese quanto na segunda requerida a citação do denunciado, a tempo e modo* (Código de Processo Civil, art. 71), *deve o juiz deferi-la* (AC nº 57.897-RJ, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, DJ de 05.09.1979 – grifamos).

E na mesma linha, seguem os seguintes julgados, também do extinto Tribunal Federal de Recursos: AC nº 97.240-PR, Rel. Min. Costa Lima, DJ de 30.05.1985 e Ag nº 39.186, Rel. Min. José Néri da Silveira, DJ de 27.11.1980.’

Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso.”

(REsp nº 95.368-SP, Rel. Min. José Delgado, j. de 10.10.1996, Primeira Turma, unânime).

Ocorre que a situação examinada nos embargos em questão tem conotação diferente. A tese desenvolvida pelo eminente Relator, Min. Humberto Gomes de Barros, embora coincida no aspecto nuclear com a convicção acima assinalada e acolhida pela Primeira Turma, contém algo mais que necessita meditação de alcance maior.

Como visto no voto do eminente relator, deve ser decretada a nulidade do processo com sentença já prolatada e acórdão de 2ª grau confirmando-a, em casos de responsabilidade civil contra o Estado, se este, embora tendo requerido a denúncia da lide, recebeu decisão rejeitando-a. Embora tenha agravado de tal decisão, o processo percorreu os seus trâmites legais e aperfeiçoou-se com a sentença de mérito e/ou o acórdão, sem que a solução do agravo tenha sido posta.

Ora, enfrentando-se tal panorama, observa-se que a decretação da nulidade do processo vai prejudicar profundamente o autor, em face da necessidade da fase probatória ser reaberta, com as implicações decorrentes de uma nova instrução, sentença, recurso, etc.

Observe-se que o conflito entre autor e réu está solucionado com a sentença prolatada e, quando for o caso, apelação examinada.

Não se homenageia a celeridade processual a adoção de, após o litígio entre partes alcançar tal estágio de solução, receber a imposição de nulidade em decorrência do interesse do réu com relação a um terceiro sujeito, no caso, o funcionário provocador do dano.

O exame do sistema de nulidade adotado pelo nosso ordenamento jurídico é do tipo fechado. Ele está todo disciplinado nos arts. 243 a 250 do CPC, comandando o princípio de que, só se decreta nulidade de atos processuais quando a lei prescrever expressamente a sua existência, em face da forma seguida não ter alcançado impor segurança jurídica.

Na espécie, o Estado, embora não lhe tenha sido garantido o direito de denúncia da lide, não está impedido de exercer o seu direito de regresso contra o servidor autor do dano. Íntegro continua o seu direito de agir em juízo, pelo que nenhum prejuízo lhe foi causado.

Isto posto, por tais considerações, com a vênua apresentada ao eminente relator, voto pela rejeição dos embargos.

VOTO

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, na primeira sessão desta Seção de que participei no ano passado, entendi exatamente segundo a tese sufragada pelo Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Penso que é devida a denúncia à lide e que, inobstante ter a ação prosseguido ou não, deve ser anulado o processo para que se faça essa

denúnciação. Venho destacando sempre que, ou o Superior Tribunal de Justiça impõe a sua vontade, a sua orientação majoritária, no sentido de entender que é devida a denúnciação à lide, ou não adianta se decidir “em tese”, sem se determinar o efetivo cumprimento dessa orientação.

As decisões têm sido no sentido de que “de fato é necessária a denúnciação, mas como a essa altura o processo já caminhou, não vale a pena por causa do princípio da celeridade processual”. Então, nunca se dá efetividade à nossa orientação largamente majoritária na Primeira Seção.

Entendo também, **data venia**, que o efeito evidente dos embargos de divergência é a substituição do acórdão turmário.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, o nosso legislador constitucional, no art. 37, § 6^o, adotou a teoria do risco administrativo. Essa teoria quer dizer que não precisa provar dolo nem culpa para caracterizar a responsabilidade da Administração. O fato de saber se houve culpa do agente público é para efeito da ação de denúnciação à lide ou de regresso, porque o Estado irá receber do seu agente público aquilo que ele ocasionou, mas para a vítima isso não faz diferença porque a Administração tem que pagá-la independentemente de o exame ser de culpa ou dolo. Vou repetir: examino se o agente público agiu com culpa apenas para a questão de regresso, apenas para a denúnciação à lide.

No caso concreto, estamos julgando embargos de divergência. No acórdão embargado foi decidido que a Administração Pública não tem direito à denúnciação à lide. Nos acórdãos apontados de divergentes foi decidido que a Administração tem direito à denúnciação à lide. Então, existe a divergência nesse aspecto. Com referência ao estado do processo, também defendo o ponto de vista de que, se o processo já foi julgado, se já está na segunda instância, não se deve anulá-lo para fazê-lo voltar à primeira instância e poder atender o princípio que seria o de economia processual porque acaba acontecendo o contrário, quer dizer, anula-se o processo que já gastou anos para poder chegar ao Tribunal e ele volta à primeira instância. Mas não temos que examinar essa questão por não ter sido objeto de divergência. Só o acórdão embargado examinou essa questão do estado do processo que já tinha sentença; os acórdãos apontados como paradigmas, nenhum deles examinou essa questão. Se não existe a divergência, não podemos examinar.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Não podemos esquecer que estamos julgando embargos de divergência.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (Presidente): Então, V. Exa. não conhece da divergência.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Não. Acompanho o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, recebendo os embargos para prevalecer a tese dos acórdãos apontados como paradigmas.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Se V. Exa. recebe os embargos, vale dizer que V. Exa. estará substituindo o acórdão da Segunda Turma pelo aresto da Primeira, na lide. A consequência disso será a nulidade de todo o processo. É justo o contrário do que V. Exa. está dizendo.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Estou adotando a corrente dos acórdãos apontados como paradigmas, recebendo os embargos. Sr. Presidente, estou examinando só o problema da divergência.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Aparte): V. Exa. concordaria em receber parcialmente os embargos, apenas para reconhecer que o Estado tem direito à denúncia à lide, sem contudo anular o acórdão?

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Não. Recebo integralmente os embargos. Na parte da sentença, não conheço dos embargos, porque não existe a divergência. Ela existe só com referência à denúncia da lide.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Então V. Exa. poderia fazer a ressalva do seu voto? Recebe os embargos, mas mantém íntegra a decisão do julgamento.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Não, apenas recebo os embargos.

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: V. Exa. está recebendo os embargos, como disse o Sr. Ministro-Presidente, substituindo o acórdão embargado, e, conseqüentemente, a sentença da decisão de mérito, que já foi apreciada em todos os graus, será anulada.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas, Sr. Ministro José Delgado, só conheço dos embargos com referência à denúncia da lide. Se a Administração tem ou não direito.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Ministro Garcia Vieira,

em primeiro lugar, gostaria de lhe prestar um esclarecimento: o acórdão embargado admite, efetivamente, a denunciação da lide. Ele tem dois pontos: o primeiro é a admissibilidade da denunciação da lide, e o segundo é a particularidade de que o processo já tramitou, e não se anula o processo em virtude disso. Impera o princípio da celeridade processual.

V. Exa. está votando comigo, porque vou concluir pela inexistência da divergência. O meu voto é pelo não conhecimento dos embargos, **data venia**, em preliminar.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O acórdão embargado admite a denunciação da lide?

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sim. Em primeiro lugar, não conheço dos embargos, porque este caso, de que resultou o acórdão embargado, tem peculiaridades próprias; não diz respeito àqueles casos mencionados nos paradigmas, porque todos eles são relativos a acidentes de trânsito com viatura oficial, em que não se denunciou à lide o motorista oficial. Aqui, a hipótese é da morte de um detento, no cárcere de uma penitenciária ou de um presídio, em que se requereu a denunciação da lide aos agentes penitenciários. O juiz deferiu. Houve um agravo. E o Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo para indeferir a citação dos agentes penitenciários. Houve recurso especial por parte do Estado do Rio de Janeiro, e o acórdão da Segunda Turma, do qual não participei, não conheceu do recurso especial. Por que o acórdão não conheceu? A ementa diz bem e assim: (lê)

“Processo Civil. Denunciação da lide. Responsabilidade civil do Estado. (Primeira parte): A denunciação da lide deve ser admitida, quer o fundamento da responsabilidade civil do Estado seja atribuído ao risco administrativo, quer à culpa de seus agentes.”

Deve ser admitida.

O segundo ponto do acórdão embargado: (lê)

“Mas (aqui é que vem a divergência), processada a causa sem a denunciação da lide, a anulação do feito contraria as finalidades do instituto, inspirado pelo princípio da economia processual, por isso que, mesmo nas hipóteses em que o juiz a indefere quando deveria deferi-la, a jurisprudência vem se orientando no sentido de não anular o processo. O resultado, se a nulidade fosse reconhecida, seria oposto

àquele visado pelo instituto, sem vantagens concretas. O denunciante terá sempre a ação direta para obter o ressarcimento do prejuízo. Recurso especial não conhecido.”

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Então, o juiz de 1ª grau admitiu a denúncia à lide, no acórdão embargado?

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Admitiu. O juiz deferiu e o Tribunal disse que não.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: E o Tribunal disse que não podia porque já havia sentença.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Não. Não fala nada disso. Aí é que eu queria chegar. O acórdão embargado não anulou sob o fundamento de que já havia sentença, porque nas contra-razões é que o recorrido, em 1996, disse que já havia sentença e que o processo estava sendo encaminhado para o Tribunal. Ele diz assim: (lê)

“Ultrapassada a preliminar, o que se diz **ad argumentandum**, melhor sorte não assistiria ao recorrente, que é o Estado do Rio de Janeiro, uma vez que já foi proferida a sentença de mérito em primeira instância, onde foi condenado, estando os recursos de apelação aguardando o julgamento pelo Tribunal de Justiça.”

Isso em 6 de março de 1996. Estamos em 1999. Outro aspecto. Pergunto: se essas apelações foram julgadas, se o processo já veio para cá, se houve recurso especial, com o julgamento dos embargos de divergência, vamos anular outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça?

Por essas peculiaridades todas é que meu voto é pelo não conhecimento do recurso.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Anula tudo. O beneficiário dessa indenização também já deve ter morrido.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O Tribunal reformou e indeferiu. O juiz deferiu, concedeu.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas, então, a decisão final é a que prevalece, não é a do juiz. Então, o acórdão embargado não admitiu a denúncia da lide. Não admitiu por que? Por causa do estado do processo que já tinha sentença.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Não. O acórdão do Tribunal diz assim: (lê)

“Denúnciação da lide. Ação de responsabilidade civil movida pelo Estado para haver indenização por morte de preso em penitenciária. Denúnciação de agentes penitenciários, que não se admite, devendo o denunciante, se vencido na causa, agir diretamente contra seus servidores e não se justificando retardo nesses processos por introdução de uma nova demanda a permitir a produção de provas... etc.”

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Tribunal não admitiu a denúnciação da lide porque já tinha sentença.

Ministro Hélio Mosimann, depois da exposição feita por V. Exa. cheguei à conclusão de que não existe a divergência.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Também acho. Pelas peculiaridades, fico mais com a inexistência da divergência.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O acórdão embargado não admitiu a denúnciação da lide porque já tinha a sentença.

O SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: O outro admitiu a nulidade já tendo sentença.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Não. O acórdão apontado como paradigma não. Nenhum dos acórdãos apontados como paradigmas examina essa questão de já ter sentença.

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O que há é um recurso especial contra um acórdão que afirmou não ser direito do Estado denunciar a lide.

QUESTÃO PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): São ações de indenização. Uma por acidente de automóvel. A outra, a indenização por maltratos a presos. A natureza da indenização é a mesma. Foi ato de agente do Estado. Numa, a denúncia à lide do agente do Estado é obrigatória. No outro, a denúncia à lide do agente do Estado não é obrigatória. Essa que é a tese.

A prestação que nos é pedida, neste momento, é esta: é obrigatória ou não? No outro caso, porque a Primeira Turma não disse isso? Porque ela entende que essa questão da denúnciação da lide não é objeto do acórdão do recurso especial, que não cuidava dessa questão. O que quero dizer é se é obrigatório ou não. A Primeira Turma diz que, se houver a sentença, ela deixa de ser obrigatória.

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Aparte): Ministro Garcia Vieira, há aqui outras particularidades. É a morte de um preso, e se pretende a citação de agente penitenciário. Imagine no caso de pedir a denúncia da lide do carcereiro, do porteiro, do diretor do presídio?

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, vou fazer uma sugestão a V. Exa. Ponha a julgamento a preliminar, se se conhece ou não do recurso. Parece-me que o problema é esse.

QUESTÃO PRELIMINAR VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, depois da explicação dada pelo Ministro Hélio Mosimann, não conheço dos embargos porque não existe a divergência. As hipóteses são diferentes.

QUESTÃO PRELIMINAR VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, não conheço do recurso.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): Vai haver problema de **quorum**.

Se forem cinco, está anulado. Já julgamos com quatro e o Supremo Tribunal Federal anulou o nosso julgamento; no mínimo cinco porque são praticamente dez, mas só nove funcionam. Então, a metade mais um de nove são cinco.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Aparte): Mas isso é para matéria constitucional.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Aqui estamos com menos um.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Não podemos levar isso em consideração, é do Órgão como um todo. Três não conheceram do recurso e três conheceram do recurso. Se eu votar, para qualquer lado que votar, são quatro.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Isso é apenas preliminar, depois vamos julgar o mérito.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Não podemos julgar a preliminar com quatro a três, também. É uma questão que estou trazendo. Mesmo que o Presidente desempatasse, ficariam quatro a três.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Maioria absoluta é para questão constitucional.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas a maioria simples aqui, na Seção, tem que ser, no mínimo, cinco. O Supremo Tribunal Federal anulou um caso de mandado de segurança, e eu rejulguei o mandado de segurança. A maioria é do Órgão, não é dos presentes. Vamos resolver logo a questão dos cinco, dos três e dos dois a um.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Seria maioria absoluta.

O SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Não vamos poder julgar vários casos, porque estamos hoje em número reduzido.

QUESTÃO PRELIMINAR VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, pelas circunstâncias do caso, embora faça reserva em relação à fundamentação, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

Conheço do recurso.

VOTO-MÉRITO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, pelo mesmo fundamento, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, fazendo restrições em relação à fundamentação, mas para efeito de **quorum**.

VOTO-MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, rejeito os embargos, com a devida vênia.

RETIFICAÇÃO DE VOTO-MÉRITO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, rejeito os embargos para prevalecer a tese dos acórdãos embargados.

VOTO-MÉRITO
(VENCIDO)

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Presidente, **data venia**, rejeito os embargos, uma vez vencido na preliminar de não conhecimento. Conforme consta das notas taquigráficas, não se justificava, **data venia**, a anulação de todo o processo, depois de concluído.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL Nº 133.154 – RS**

(Registro nº 97.0090893-3)

Relator originário: Ministro Garcia Vieira
Relator p/ acórdão: Ministro Hélio Mosimann
Embargantes: Comercial de Móveis Feldman Ltda e outro
Advogados: José Morschbacher e outro
Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Oscar José Tomasoni Monteiro de Barros e outros

EMENTA: Embargos de divergência – Previdenciário – Contribuições – Compensação – Transferência do encargo financeiro – Artigo 166 do Código Tributário Nacional – Artigo 89 da Lei nº 8.212/1991, na nova redação – Embargos rejeitados – Votos-vencidos.

Os valores recolhidos indevidamente devem ser restituídos ao contribuinte, podendo a restituição operar-se pela forma de compensação.

Embora reconhecido o direito à compensação, se a ação foi ajuizada antes de entrar em vigor a nova lei (Lei nº 9.032/1995), os valores até então compensáveis independem de prova da não repercussão do encargo financeiro. Os demais créditos, que dependem dos débitos a vencer, estão sujeitos à nova disposição legal.

ACÓRDÃO

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

Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, rejeitar os embargos, vencidos os Srs. Ministros Garcia Vieira (Relator), Humberto Gomes de Barros e José Delgado que os receberam. Os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Milton Luiz Pereira, Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Hélio Mosimann, que lavrará o acórdão.

Brasília-DF, 10 de março de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator p/ acórdão.

Publicado no DJ de 03.05.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Comercial de Móveis Feldman Ltda e outro interpõem embargos de divergência (fls. 242/248), aduzindo tratar-se de decisão que entendeu que, após a publicação da Lei nº 9.032/1995, os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre pagamentos dos administradores e autônomos só seriam compensados mediante prova, pelo contribuinte, de que a importância “não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade”.

Aduzem divergência com decisão proferida no Recurso Especial nº 137.629-SC, que consta em sua ementa:

“Não há de se exigir a aplicação do artigo 166 do CTN, para restituição ou compensação das contribuições previdenciárias. Elas são tributos diretos.”

Requerem reforma do venerando acórdão.

Despacho (fl. 307) recebeu os embargos.

Impugnação (fls. 311/315).

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, o venerando acórdão embargado (fls. 227/237), entendeu que todos os valores

compensáveis até a data da publicação da Lei nº 9.032/1995 estão a salvo da exigência da prova da não repercussão e que os créditos remanescentes que, para efeito da compensação dependam de débitos a vencer posteriormente, estão sujeitos aos ditames do artigo 89 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.032/1995.

Assim, com referência aos créditos posteriores à publicação da citada Lei nº 9.032/1995, o venerando acórdão embargado diverge do Recurso Especial nº 137.629-SC, da egrégia Primeira Turma, Relator, Ministro José Delgado (fls. 249/251) que entendeu não se aplicar o disposto no artigo 166 do CTN nas restituições e compensações (fl. 251). Está claro no venerando acórdão apresentado como paradigma que:

“Não há de se exigir a aplicação do artigo 166 do CTN, para restituição ou compensação das contribuições previdenciárias. Elas são tributos diretos.”

A restituição das contribuições sociais sobre a remuneração dos administradores, autônomos e avulsos são tributos diretos e não podem ser transferidos ao contribuinte de fato.

No mesmo sentido, o Recurso Especial nº 110.017-PR, DJ de 16.03.1998, Relator Ministro José Delgado.

Entendo estar com a razão o venerando acórdão apontado como paradigma e não ser aplicado o disposto no artigo 166 do CTN e na Súmula nº 546 do STF, porque referida contribuição é tributo direto que não comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro.

Recebo os embargos.

VOTO-VENCEDOR

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Discordei do eminente relator, no exame do mérito.

Não se nega a antiga divergência em torno do tema, principalmente após o advento da Lei nº 9.032, de 1995, que veio emprestar nova redação à Lei nº 8.212, de 1991, no seu artigo 89.

Firmou a egrégia Segunda Turma, com a adesão do meu voto, o entendimento estampado no acórdão aqui embargado, posição também adotada nesta Primeira Seção, embora por maioria, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 164.522-SP.

Tendo posição sobre a matéria, os fundamentos do voto que rejeita os presentes embargos estão resumidos no acórdão a ser juntado por cópia (REsp nº 198.621-PR).

É o voto, **data venia**.

“ANEXO
RECURSO ESPECIAL Nº 198.621-PR

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Quanto ao direito à compensação, em caso análogo, REsp nº 101.868-RS, da minha relatoria, manifestei-me na conformidade do voto posto nos seguintes termos:

‘A decisão recorrida, de feição meramente declaratória, as-sentou que:

‘Na espécie, a parte autora busca ver declarada a inexistência da obrigação tributária referente à contribuição previdenciária incidente sobre o **pro labore** dos sócios administradores da empresa e sobre a remuneração paga aos autônomos, cobrada com amparo no art. 3º, I, da Lei nº 7.787/1989 e art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991.

E a partir da declaração de que tais recolhimentos são indevidos, quer ver reconhecido o direito de compensar estes valores.

Ainda que sem efeito **erga omnes**, o certo é que o Pretório Excelso já decidiu, em sua composição plena, no RE nº 166.772-RS, pela inconstitucionalidade da expressão ‘autônomos’ e ‘administradores’ contida no inciso I do art. 3º da Lei nº 7.787/1989. Já no que diz com o disposto no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, o egrégio Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Maurício Corrêa, declarou, por igual, inconstitucional a expressão ‘empresários’ e ‘autônomos’, no bojo da ADIn nº 1.102-2, na recente sessão plenária de 5 de outubro próximo passado, sendo que de tal decisão decorrem efeitos **erga omnes**, pondo fim à controvérsia instalada nos presentes autos.

Ora, nessa conformidade, os recolhimentos efetivados pela parte autora à base do art. 3º, I, da Lei nº 7.787/1989 e art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991 são indevidos e ensejam a compensação com valores devidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários.'

Acrescente-se que as contribuições previdenciárias estão sujeitas ao regime do lançamento por homologação e, assim sendo, a autora pode compensar o que recolheu indevidamente a esse título sem autorização judicial.'

A prescrição ocorre após o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

De outra parte, temos decidido que a contribuição previdenciária, da responsabilidade do empregador, é tributo direto. Não se lhe aplicam, para fins de repetição de indébito ou compensação, as regras do art. 166 do CTN.

Aqui, entretanto, não se pode esquecer que o Instituto recorrente alegou violação, entre outros, ao artigo 89 da Lei nº 8.212/1991, com a redação das Leis nºs 9.032 e 9.129/1995, impondo-se o exame dessa questão.

É que a lei atual dispõe de forma diferente, estabelecendo que somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a seguridade social arrecadada pelo INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido (art. 89). Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao Instituto, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo do bem ou serviço oferecido à sociedade (art. 89, § 1º).

Se a lei assim passou a dispor, as contribuições previdenciárias, desde a vigência da Lei nº 9.032/1995, só podem ser restituídas ou compensadas mediante prova de que não repercutiram nos custos de bens e serviços (art. 166 do CTN).

Sabendo-se que a lei aplicável, em matéria de compensação, é a vigente na data do encontro de créditos e débitos, tendo a ação, no caso presente, sido ajuizada depois de entrar em vigor a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, embora em princípio reconhecido o direito à compensação, esta só poderá ser deferida nos termos daquele diploma legal.

Procede, portanto, a irresignação do Instituto, merecendo provimento o seu recurso, para ser julgada improcedente a ação, invertido o ônus da sucumbência (REsp nº 201.206-RS, Segunda Turma, 16.03.1999, Min. Ari Pargendler; EREsp nº 164.522-SP, Primeira Seção, 10.03.1999, Min. Ari Pargendler).

É como voto.”

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5.787 – DF

(Registro nº 98.0028376-5)

Relator: Ministro Garcia Vieira

Impetrantes: Cleomilda Maria Gomes Cadaxa, Raimundo Damiano Damasceno da Silva, Manuel Horácio Sobrinho, Fernando Régis dos Reis, Tereza Cristina Sodrê Régis dos Reis, Gerson Clóvis Malty, Maria Zélia da Silva, Gilson Resende Giovani, Marco Antônio Dias, Antônio Maurício Ferreira Netto, Wilson José Rodrigues Abreu, Lília Maria de Alcântara e França, Elisabeth Wanderley Nóbrega, Augusto Galvão Rogério de Souza, Heloísa de Almeida Ramalho, Leni Monteiro da Silva, Mary Blanc Dias Barbosa, José Ribeiro Carneiro Neto, Márcio Guerra Cravo, Paulo Sérgio Roquette Camargos, Januário Elcio Lourenço, Maria Lucileide Alves da Silva, Dário Canella Tavares Filho, Elaine Freitas Alves dos Santos, Nemésio Dário da Voglio, Jerson Pereira Lima, Márcio Muniz e Silva, Jorge Guilherme de Magalhães Francisconi, Maria Romualda Moreira Barata, Maria do Rosário de Castro Rocha, Antônio Alberto Castanheira de Carvalho, Osmar de Araújo Lacerda, Lilian Ramos de Araújo Lacerda, Iolanda Ilha Reys, Luciano Marçal, Luiz Francisco Prates Lafetá, Fernando Teixeira Leite de la Rocque, Ângela Maria Barbosa Parente, Ney Soares Gomes, Deolinda Maria Tavernard Trindade Ribeiro, Maria dos Anjos de Castro e Silva e Roberto Zaidan

Advogado: José Vigilato da Cunha Neto

Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes

EMENTA: Administrativo – Servidor público – Reintegração – Anistia – Extinção do órgão – Impossibilidade.

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, artigo 37, inciso II).

A Lei nº 8.878/1994 que anistiou os servidores públicos civis e empregados de empresas públicas, demitidos no período compreendido entre 16.03.1990 e 30.09.1992, estabelece, em seu artigo 2º, que ela não se aplica aos exonerados, demitidos ou despedidos dos órgãos de entidades que tenham sido extintos, a exemplo do que ocorreu com a EBTU.

A Portaria nº 698/1994 é nula porque não poderia determinar a reintegração de servidores celetistas, regularmente demitidos em decorrência da extinção da EBTU.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencidos os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira que a concederam. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Humberto Gomes de Barros (voto-vista) e José Delgado. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 22 de setembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 07.02.2000.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Cleomilda Maria Gomes

Cadaxa e outras quarenta e três pessoas impetram mandado de segurança, fundados na Constituição Federal, artigo 5º, LXIX, na Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 e na Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, aduzindo o que a Lei nº 6.261, de 14.11.1975, que disciplinou o Sistema Nacional de Transportes autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa Brasileira de Transportes Urbanos (EBTU), vinculado ao Ministério dos Transportes, criado pelo Decreto nº 77.406/1976, que aprovou o Estatuto. Os impetrantes eram servidores do Quadro Permanente da EBTU e esta foi extinta pela Medida Provisória nº 151, convertida na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990 e Decreto nº 99.192/1990. A Secretaria Nacional de Transportes absorveu a maioria das atividades da EBTU, Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 99.179/1990, artigo 215, alterado pelo Decreto nº 99.244/1990, recriado pela Lei nº 8.490/1992. A Lei nº 8.878/1998 determinou a readmissão dos titulares de cargos efetivos e aos de empregos permanentes dispensados entre 13.03.1990 a 30.09.1991. Foi constituída Comissão Especial de Anistia e, ao final, surgiu o parecer favorável ao retorno da anistia. O assunto é conhecido da Corte, entanto, ressalte-se a EBTU exercia função típica de Estado.

Pede deferimento para que se determine a autoridade seja dado exercício imediato aos impetrantes e reconhecer nas impetrantes a qualidade de servidores regidos pela Lei nº 8.112/1990.

O Excelentíssimo Ministro Vicente Leal submeteu os autos à Presidência para redistribuição de vez que a matéria não diz respeito a servidor público (fl. 254).

Pedidas as informações, fl. 258, vieram às fls. 262/271, em preliminar alegaram decadência e a não relação empregatícia com a 16ª dessa relação, a 12ª, o 8ª e o 33ª.

A douta Subprocuradoria Geral da República oficiou às fls. 288/291, opinando pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, os impetrantes eram servidores celetistas da Empresa Brasileira de Transportes Urbanos – EBTU que foi extinta pelo Decreto nº 99.192, de 21 de março de 1990. Com a extinção, extinguiu-se a relação de emprego que existia entre a EBTU e os impetrantes que receberam naquela oportunidade,

todas as parcelas a eles devidas inclusive as do FGTS, como esclarecem as informações (fl. 269). Não têm eles direito de serem reintegrados ao serviço público e de passarem para o regime único da Lei nº 8.112/1990 sem a prévia aprovação em concurso público, porque a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, artigo 37, inciso II). A Lei nº 8.878/1994 que anistiou os servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal, bem como, a empregados de empresas públicas, demitidos no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, estabelece no seu artigo 2º, parágrafo único, que ela não se aplica aos exonerados, demitidos, dispensados ou despedidos dos órgãos ou entidades que tenham sido extintos. Não foram os impetrantes despedidos com violação à Constituição ou à lei. É verdade que a Portaria nº 698/1994 (fl. 156), reintegrou os servidores relacionados em várias portarias, mas o Decreto nº 1.499/1998 constituiu comissão especial de revisão dos processos da anistia concedida pela citada Lei nº 8.878/1994, com a finalidade de reexaminar as decisões que acolheram os pedidos de anistia dos empregados das empresas públicas, ficando suspensos quaisquer procedimentos administrativos referentes à execução das decisões proferidas pelas subcomissões setoriais de anistia (artigo 6º). A citada Portaria nº 698/1994 é nula porque não poderia determinar a reintegração dos impetrantes, servidores celetistas, regularmente demitidos em decorrência da extinção da EBTU. Não poderia ela mandar reintegrar quem não era funcionário público ou empregado do serviço público, regularmente aprovado em prévio concurso público. Com razão a autoridade coatora nas informações ao concluir (fl. 270) que:

“A pretensão dos impetrantes não pode prosperar. A uma, porque a Lei nº 8.878/1994 não se aplica a empregado de empresa pública que tenha sido extinta. A duas, porque empregado de empresa pública que se rege pelas normas do direito privado, não pode ocupar cargo ou emprego público, sem aprovação prévia em concurso público, sob pena de ofender o artigo 37, inciso II, da CF. A três, porque não sendo funcionários públicos **stricto sensu** não lhes pode ser reconhecida a qualidade de servidor regido pela Lei nº 8.112/1990, Estatuto que se aplica, tão-somente, aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais.” (fl. 270).

É claro que a citada Portaria nº 698/1994 podia ser anulada ou

revogada até com suporte na Súmula nº 473 do STF. Podia ele baixar os Decretos nºs 1.498/1995, 1.499/1995 e 1.500/1995, determinando a revisão de todos os processos administrativos de concessão de anistia com invocação da aludida Lei nº 8.878/1994 e instituir comissão especial para apreciar as pretensões dos ex-empregados da empresa pública, extinta.

A questão já é conhecida desta egrégia Seção. No Mandado de Segurança nº 4.051-DF, DJ de 30.09.1996, Relator, Ministro Ari Pargendler, entendeu que:

“O reconhecimento em processo administrativo próprio da anistia prevista pela Lei nº 8.878, de 1994, não inibe a Administração Pública de determinar a respectiva revisão para, se for o caso, conformar a decisão aos ditames legais.”

No Mandado de Segurança nº 3.975-DF, DJ de 21.10.1996, Relator, Ministro Peçanha Martins, decidiu que:

“A teor da Súmula-STF nº 473, os atos administrativos eivados de vícios não geram direitos e podem ser revistos ou revogados pela Administração por motivo de conveniência ou oportunidade.

Ressalvadas as nomeações para cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, a investidura em cargo ou emprego público condiciona-se à prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II).

Não há falar em direito líquido e certo de ingresso no serviço público, sem o cumprimento das exigências referidas, dos empregados de empresas públicas federais regularmente demitidos e anistiados, genericamente, pela Lei nº 8.878/1994, tanto mais quando o Governo Federal, através de decretos específicos determinou a suspensão e revisão dos atos tendentes à concessão da anistia instituída por lei ordinária que não se pode sobrepor aos preceitos constitucionais.

Mandado de segurança denegado. (MS nº 3.975-DF, Primeira Seção do STJ, por maioria, Relator Ministro Peçanha Martins, publicado no DJ de 21.10.1996).”

Esta egrégia Seção, no Mandado de Segurança nº 4.021-DF, de 04.11.1996, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, entendeu que empregados celetistas, embora anistiados, não têm direito de retornarem ao serviço público sem a aprovação em prévio concurso público.

Ao decidir o Mandado de Segurança nº 4.050/1995-DF, DJ de 11.12.1996, Relator Ministro José Delgado, entendeu esta egrégia Seção que:

“A homenagem ao princípio da legalidade não permite que se determine reingresso de cidadão ao serviço público sem concurso (artigo 37, II e III, CF).

Empregados que tiveram seus contratos de trabalho extintos, por motivo de extinção da empresa (BNCC), recebendo todos os direitos trabalhistas, não têm direito a serem beneficiados pela Lei nº 8.878/1994, haja vista inexistir exoneração ou demissão com violação de dispositivo constitucional ou legal.

A extinção do BNCC, por força de Lei (nº 8.029, de 12.04.1990), não pode ser considerada como ato praticado por motivação política.” (fl. 290).

Esta egrégia Seção, no Mandado de Segurança nº 4.085-DF, DJ de 09.12.1997, por maioria, entendeu que, decretada a anistia, têm os empregados permanentes de empresas públicas direito subjetivo de assumir o exercício de suas atividades, e concedeu a segurança.

Como se vê, a questão é controvertida, mas eu me filio ao entendimento consagrado nos outros precedentes citados. É também assim que pensa a Dra. Yedda de Lourdes Pereira, de cujo parecer de fls. 288/291, destaco o seguinte:

“Como visto, o mandado de segurança que ora se discute não reúne condições para ser concedido. Como se verifica da Lei nº 8.878, de 11.05.1994, artigo 1º, os impetrantes não foram demitidos nas condições ali previstas, pois sua demissão ou dispensa – visto serem celetistas – ocorreu por extinção do órgão, ocasião em que receberam todas as indenizações a que faziam jus.

Realmente, em relação aos impetrantes, não se verificou qualquer ofensa aos princípios estabelecidos na Lei de Anistia, que procurou amparar apenas aqueles que foram dispensados por violação a dispositivo constitucional, legal, regulamentar, convencional, ou por motivação política. Na realidade, o que ocorreu foi mera extinção de órgão, com pagamento das indenizações legais cabíveis.

E ainda que assim não tivesse ocorrido, o artigo 3º da referida norma enseja ao administrador – de acordo com as necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração – deferir

ou não o retorno ao serviço dos empregados despedidos ‘arbitrariamente’. Ora, se assim o faz, o que dizer em relação ‘àqueles que foram regularmente afastados, com seus direitos reconhecidos e deferidos’?

Finalmente, encerrando a questão, basta a leitura do parágrafo único do art. 2º da lei em referência para demonstrar a iliquidez e incerteza do direito alegado. Leia-se:

‘Art. 2º (...)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos exonerados, demitidos, dispensados ou despedidos dos órgãos ou entidades que tenham sido extintos, liquidados, ou privatizados, ...’.” (fls. 290/291).

Denego a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Sr. Presidente, são inúmeros precedentes. Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Srs. Ministros, Cleomilda Maria Gomes Cadaxa e outros impetraram mandado de segurança contra o Ministro de Estado dos Transportes, objetivando o asseguramento do exercício imediato nos empregos (ou cargos), nos quais foram reintegrados, tendo em vista a anistia que lhes foi concedida pela Portaria nº 698, de 29 de dezembro de 1994 e já convocados pelo Edital de nº 001/1995 para assumirem o exercício de suas atividades, todavia obstados por ato subsequente de autoridade.

O Ministro Garcia Vieira, Relator, denegou a segurança, no que foi seguido pelo nobre Ministro Hélio Mosimann.

Pedi vista para reexame da matéria, já que a egrégia Primeira Seção, em caso análogo, chegou à conclusão diversa.

Ouso divergir do eminente Relator, em face das peculiaridades do caso presente. Os impetrantes eram todos empregados da EBTU (Empresa Brasileira de Transportes Urbanos) e regidos pela CLT. A referida empresa foi

constituída em decorrência da Lei de nº 6.261/1975 e subsequente Decreto de nº 77.406/1976.

Sucedede que a EBTU (Empresa Brasileira de Transportes Urbanos) foi extinta por força da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990 e Decreto nº 99.192/1990, todavia, com os seus serviços absorvidos pelo Ministério dos Transportes (e mais tarde pelo Ministério da Infra-Estrutura).

Com a extinção daquele órgão (EBTU), os seus servidores foram afastados de suas atividades.

Ocorre que, subsequente, foi editada a Lei de nº 8.878/1994, que anistiou não só os titulares de cargos efetivos, no serviço público, mas, também, os empregados de órgãos públicos sob o controle da União (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista). A Lei de Anistia determinou, ainda, que o retorno dos empregados de órgãos (ou empresas) extintos se daria no órgão ou entidade da Administração que lhes absorveu os serviços ou atividades, no caso de extinção ou liquidação dessas empresas.

Foi o que ocorreu com a EBTU, que, depois de extinta, os seus serviços foram encampados (ou absorvidos) por órgãos do Ministério dos Transportes.

No caso dos impetrantes, após a promulgação da Lei de Anistia (Lei nº 8.878/1994) e respectivo regulamento, foram submetidos a todas as solenidades previstas na legislação, com pareceres favoráveis das comissões, ratificados por decreto do Executivo, circunstância que culminou com a formalização da *anistia* através da Portaria nº 698, publicada no Diário Oficial, produzindo todos os seus efeitos e gerando direito subjetivo adquirido por impetrantes.

A hipótese é de todo em todo idêntica àquela do Mandado de Segurança de nº 4.085-DF, de que fui Relator, concedido por esta egrégia Primeira Seção e cujos argumentos transcrevo, abaixo:

“1. Os impetrantes tiveram os contratos de trabalho rescindidos, tendo em vista a extinção das atividades da Portobrás e da EBTU (em que tinham empregos permanentes), empresas públicas, criadas, respectivamente, pela Lei nº 6.222/1975 e Decreto nº 77.406/1976, e eram empregados regidos pela CLT (celetistas).

2. Malgrado terem sido extintas as empresas públicas – Portobrás e EBTU (Empresa Brasileira de Transportes Urbanos) – as suas atividades e atribuições foram absorvidas pelo Ministério dos Transportes (Portaria nº 4/1994, DU de 05.07.1994, Doc. nº 5), tendo a

Secretaria de Administração Federal expedido instruções específicas, incluindo, como anistiados, os titulares de cargos ou empregos permanentes de entidades extintas.

3. A Lei nº 8.878/1994 concedeu anistia aos titulares de cargos efetivos e aos de empregos permanentes, compreendendo estes últimos os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União e determinou que, no caso de extinção ou liquidação dessas empresas, a anistia ficaria condicionada a que as respectivas atividades (das empresas públicas extintas) tivessem sido transferidas, absorvidas ou executadas por outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal. O retorno se daria no emprego resultante da respectiva transformação. E, se, no caso, as atividades da Portobrás e EBTU foram absorvidas pelo Ministério dos Transportes (Portaria nº 4/1994, DU de 05.07.1994), o retorno dos impetrantes se verificaria nos serviços do mesmo Ministério.

4. O Decreto nº 1.153, de 08.06.1994 dispôs sobre a constituição da Comissão Especial de Anistia e das respectivas Comissões Setoriais. A Portaria nº 343/1994 designou os membros da Subcomissão Setorial, no âmbito do Ministério dos Transportes (fl. 34) e a Portaria nº 385/1994 delimitou as atividades da Subcomissão, incluída a apreciação dos pedidos de anistia da Portobrás e da EBTU (fl. 35).

5. Concluídos os trabalhos, a Secretaria da Administração Federal emitiu parecer favorável ao retorno dos anistiados ao serviço público, independentemente da existência de vagas, especialmente aos que detinham nos órgãos extintos empregos permanentes. O parecer da Consultoria Jurídica da SAF, concluiu:

‘O mencionado art. 2º determina que a volta do anistiado ao trabalho dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego permanente ocupado, o que significa dizer que haverá a restauração dos mencionados cargos ou empregos, para tão-somente processar o retorno desses ex-servidores ou ex-empregados à atividade. Não fosse assim, a anistia não atingiria a grande massa de injustiçados.

Ao ponderar que, nos termos do art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, só foram transformados em cargos de provimento efetivo, os empregos permanentes e cargos efetivos ocupados pelos servidores em 12.12.1990, data em que muitos dos anistiados já

havam perdido o vínculo com a Administração Federal, há de se considerar como exigência absurda o condicionamento do retorno dos anistiados à existência de vagas, vez que restringiria o alcance da supracitada norma legal, que passaria a beneficiar apenas uma parte dos contemplados pela Lei de Anistia o que inquestionavelmente, seria injusto; e a lei não tem o escopo de perpetrar injustiça.

Em face do exposto, há de se concluir que o retorno dos anistiados ao serviço público federal não depende da existência prévia de vagas' (Parecer Cofins SAF/PR nº 573/1994, fls. 38 a 40).

6. Intercorrentemente, foi editada a Instrução Normativa nº 12, de 6 de outubro de 1994, que cuidou de disciplinar a arregimentação de recursos orçamentários para efeito de possibilitar o retorno dos anistiados, inscrevendo, em um de seus itens:

'No caso de inexistência de recursos, serão eles providenciados pelo órgão ou entidade junto à Secretaria de Orçamento e Finanças – SOF da Secretaria de Planejamento e Orçamento e Coordenação da Presidência da República' (fl. 37).

Ademais, no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.028-DF, escrevi:

'Consta do processo, à fl. 85, documento mais incisivo, firmado pelo próprio Beniveras, Ministro de Estado da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, datado de 29 de dezembro de 1994, em que sua Excelência comunica ao Dr. Rubens Bayma Denys, Ministro dos Transportes, e ao reportar-se à necessidade de crédito adicional para atender às despesas com o pessoal anistiado pela Lei nº 8.878/1994, conclui: 'sobre o assunto, cumpre-me informar que, embora não conste dotação específica para essa finalidade no Projeto de Orçamento para 1995, todavia, em conformidade com o art. 4º daquele dispositivo legal, as despesas deverão ser cobertas com os recursos globais originariamente destinados à administração de servidores por concurso público.'

7. Concluídos os trabalhos das comissões (Comissão Geral de Anistia e Subcomissões Setoriais), o Presidente da República expediu o Decreto nº 1.344, de 23 de dezembro de 1994, que, além de fixar prazo para a conclusão das atividades das comissões referidas, ratificou, de forma expressa, os atos das Comissões Setoriais e da Comissão Especial de Anistia praticados até aquela data (23.12.1994) (fl. 56).

8. Ultimados os trabalhos das comissões e ratificados estes, por Decreto do Presidente, como já se afixou, e com o **referendum**, ainda, do parecer favorável da SAF emitido pelo seu Consultor Jurídico, todavia, aprovado pelo próprio Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República (Romildo Canhim) e, com a relação dos anistiados publicada no Diário Oficial, é que o Ministro de Estado dos Transportes expediu a Portaria nº 698, de 26 de dezembro de 1994, em que, ao fazer menção expressa à Lei nº 8.878/1994, ao Decreto nº 1.153/1994, à Instrução Normativa nº 12/1994 e à Medida Provisória de nº 747/1994, anistiou os impetrantes, determinando a sua reintegração ao serviço e cujos itens 1ª e 2ª estão, assim, redigidos:

‘I – Reintegrar os servidores relacionados nas Portarias CGRH/MT nºs 811, de 29.11.1994, publicada no Diário Oficial da União nº 227, de 1ª de dezembro de 1994, Seção 2, 831, de 08.12.1994, publicada no DOU nº 233, de 9 de dezembro de 1994, Seção 2, 852 e 853, de 15.12.1994, publicados no DOU nº 238, de 16.12.1994, Seção 2.

II – A Secretaria de Administração Geral proverá a lotação dos servidores reintegrados, de acordo com as necessidades dos serviços e a qualificação profissional dos servidores, convocando-os, mediante portarias, para, no prazo de 30 dias assumirem os respectivos cargos’ (fl. 57).

Efetivamente, em cumprimento à portaria supra, que anistiou os impetrantes, foi expedido o Edital de Convocação nº 001, de 12 de janeiro de 1995 para comparecerem ao Ministério para fim de cadastramento e assunção de suas atividades (fl. 60). Ocorre que, através do fax firmado pelo Chefe de Divisão daquele Ministério, datado do dia seguinte, foi sustado o Edital de Convocação nº 001/1995, de ordem do Ministério dos Transportes (fl. 62).

9. De todo o exposto, conclui-se, sem sombras de dúvida, que os impetrantes se enquadram nos postulados da Lei nº 8.878/1994 e, por ela foram beneficiados, dirigindo, tempestivamente, os seus requerimentos ao órgão competente, obtendo decisão favorável da Subcomissão Setorial e Parecer, também, favorável da Secretaria de Administração Federal – SAF. Observada, assim, toda a tramitação dos respectivos pedidos, tiveram os direitos reconhecidos e foram anistiados através da Portaria Ministerial de nº 698, de 26.12.1994 do Ministro de Estado dos Transportes e publicada no DOU de 30.12.1994 (fl. 57).

Perfeito e acabado estava o ato de anistia. Nenhum empeco haveria de se antepor ao exercício das atividades – de todos os anistiados – no Ministério dos Transportes, que absorveu as atividades das entidades extintas (Portobrás e EBTU). Criação de cargos não era necessária, eis que, retornarão ao serviço do impetrado mediante recontração, em órgãos que admitam a admissão de pessoal com base na CLT. Essa exigência seria indispensável para a reintegração de funcionários pelo regime estatutário (Lei nº 8.112/1990). Para a contratação pela CLT não existe número certo de empregos. As empresas públicas e sociedades mistas admitem pessoal, mediante contratação, de acordo com a necessidade do serviço.

No pertinente às disponibilidades financeiras, elas existem. A própria instrução normativa da SAF, já referida, orienta ao órgão competente como conseguiu-las. Ademais, é o próprio Ministério da Fazenda e Planejamento que afirma que a despesa, com a readmissão do pessoal anistiado se fará pelas dotações orçamentárias próprias (pagamento de pessoal) e, quando necessário, se fará a suplementação, na forma da legislação em vigor.

Assim, uma vez anistiados e decretado o seu retorno ao serviço, os impetrantes têm o direito subjetivo de reassumirem as atividades nos órgãos administrativos nos quais foram lotados. É assente na jurisprudência que, uma vez nomeado, o funcionário tem direito à posse. A reintegração, decorrente de anistia ou o retorno às atividades, é uma forma derivada de provimento de cargo. Decretada, que foi a anistia, com o retorno ao serviço, há direito do empregado a retornar às atividades. A lei há de ser interpretada de forma a que se lhe dê consequências. Decidir-se ao contrário seria declarar-se a própria ineficácia da lei de anistia. O legislador teria promulgado a lei, em vão.

Por outro lado, o retorno dos impetrantes ao serviço não importa em que se locupletem com as vantagens financeiras já auferidas, inclusive aquelas pertinentes ao FGTS. É que, uma vez admitidos, iniciarão um novo contrato, sem nenhum vínculo com o anterior. O tempo de serviço anterior não produzirá outro efeito, senão o relacionado com a previdência.

Vejam, agora, as objeções trazidas pela autoridade coatora como impedimentos às postulações dos impetrantes, para o devido exame:

a) os impetrantes não são titulares de cargo efetivo ou de emprego permanente e sim empregados de empresas públicas, pelo regime CLT;

b) todos os empregados que não eram necessários ao serviço tiveram os contratos rescindidos, com a percepção dos direitos e vantagens financeiras;

c) a anistia só se concede aos criminosos políticos;

d) não há que falar em reintegração, pois, os anistiados não eram servidores públicos;

e) a segurança perdeu o objeto com o advento do Decreto nº 1.800/1995 em que a Administração, revendo os seus próprios atos, determinou a rescisão das decisões proferidas pelas comissões.

Nenhuma das objeções resiste a mais superficial análise jurídica. A lei anistiou, não só os servidores públicos, mas, também, os empregados das sociedades mistas e empresas públicas. Alcançou, a um só tempo, todos os que prestavam serviços, seja à Administração direta, seja à indireta.

In casu, todos os anistiados eram empregados das entidades extintas e exerciam as atividades em caráter permanente. Eram contratados com base na CLT e os seus contratos vigiam com prazo indeterminado. É bastante examinar os documentos acostados pelo próprio coator. Deles, extraímos, como exemplo, o servidor Raimundo Dias Irmão, contratado, pela EBTU em 01.07.1976, como técnico de nível superior. Era, portanto, empregado, há mais de 15 anos (fl. 174). Newton de Castro, contratado como técnico de nível superior, em 10.08.1978. Ao tempo da rescisão do contrato tinha mais de 13 anos de serviço. Emprego permanente, nas empresas e sociedades mistas, não se confunde com cargo efetivo, na Administração direta. Na Administração indireta, basta que o contrato tenha prazo indeterminado.

Se assim não fosse, a Lei nº 8.878/1994, ao anistiar os empregados, não teria eficácia alguma, teria legislado para o vácuo.

À segunda objeção já se respondeu, acima. De nada importa que os anistiados tenham auferido as vantagens financeiras concernentes aos contratos pretéritos. Agora, se inicia uma nova relação e o tempo de serviço dos contratos extintos não terá nenhuma valia.

No pertinente ao alcance da anistia, que só atinge aos que foram demitidos por motivação política, renovo aqui, os argumentos que expendi no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.028:

‘Decretos de anistia, ensina **Carlos Maximiliano**, ‘os de indulto, o perdão do ofendido e outros atos benéficos, embora envolvam concessão ou favores, se enquadram na figura jurídica dos privilégios, não suportam exegese *estricta*. Sobretudo se não interpretam de modo que venham a causar prejuízo. Assim se entende, por incumbir ao hermeneuta atribuir a regra positiva o sentido que dá eficácia maior à mesma relativamente ao motivo que a ditou, e ao fim colimado, bem como aos princípios seus e da legislação em geral’ (Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 238).

Nessa linha de pensar, entendo que a expressão ‘motivação política’ inscrita na lei (inciso II do art. 1º da Lei nº 8.878/1994) deve ser compreendida no seu sentido amplo e dilargante, alcançando tanto o sentido ideológico, como deixou claro a comissão de anistia, em sua decisão, como o de simples oposição ao Governo e seu programa administrativo. Em outras palavras, a expressão motivação política pode ser interpretada tanto no sentido estrito da ideologia, como no sentido mais amplo, abrangendo a política de governo e a política administrativa’.

E esse deve ter sido o intuito do legislador, o de emprestar à expressão motivação política o sentido mais amplo possível, desde que, tinha consciência absoluta de que, no período considerado, nenhum movimento ideológico havia se esboçado no País. A lei foi, assim, dirigida, aos atingidos pela política administrativa de Governo e que foram atingidos por atos de demissão ou de afastamento do serviço público, quer da Administração direta, quer da indireta.

A lei contemplou, como já se disse, tanto os funcionários demitidos, no período, como os empregados afastados do emprego, mediante rescisão contratual. Não é o uso de termo inadequado – reintegração ao invés de retorno – que vai prejudicar os anistiados.

Por último, ressurgiu a questão do Decreto nº 1.496, de maio de 1995, que teria prejudicado a segurança, determinando a rescisão dos atos administrativos. O Decreto nº 1.496, de 1995, é de ineficácia manifesta, porquanto, já promulgado a destempo, quando não poderia produzir nenhum efeito. É que, o Decreto nº 1.153, de 8 de junho de 1994, em seu art. 7º, concedeu o prazo de 150 dias para que as comissões e subcomissões oferecessem os seus pareceres. Com o advento do Decreto nº 1.496, em maio de 1995, dirigido diretamente às comissões e determinando a revisão de suas decisões, as comissões já não mais existiam, já haviam oferecido os seus pareceres, encerrado as suas atividades e se extinguíram, no tempo, já que decorridos mais de 250 dias (e elas só dispunham de 150). E, no caso, quando publicado o Decreto nº 1.496, as comissões já haviam oferecido pareceres, a relação dos anistiados havia sido publicada no Diário Oficial, a SAF emitido parecer favorável, ratificado por Decreto Presidencial e a anistia já decretada, mediante a Portaria nº 698, de 26 de dezembro de 1994, do Ministro de Estado dos Transportes.

Como se observa, o Decreto nº 1.496 poderia alcançar, com a revisão, as decisões das comissões, mas, nunca os atos subseqüentes e, especialmente, a Portaria de nº 698, que anistiou os impetrantes e cuja revisão não foi determinada. Com o surgimento do Decreto nº 1.496, os impetrantes já tinham direito subjetivo à anistia, porque esta, uma vez publicado o ato no Diário Oficial, havia produzido os seus efeitos. A Administração pode rever os seus próprios atos, mas, sem atingir direitos adquiridos.

Além do mais, é necessário repetir, o Decreto nº 1.496 só se referiu à revisão das decisões das comissões e deixou íntegro o ato de anistia (Portaria nº 698).

De outra parte, constituiria absurdidade jurídica entender-se que nem Decreto do Presidente (o de nº 1.496) produza efeitos, para o futuro, **ad eternum**, indefinidamente. Acolher-se essa tese e ter-se-á conferido ao presidente poderes para revogar a Lei de Anistia, postergando os seus efeitos por prazo indeterminado, até perecer o direito dos beneficiários, com a própria morte destes.

Observo, finalmente, que os impetrantes fizeram pedidos alternativos:

1. o de compelir o Ministro dos Transportes a dar aos impetrantes exercício imediato nos respectivos cargos (ou empregos) nos quais foram reintegrados;

2. que lhes seja reconhecida a qualidade de servidores estatutários de acordo com o art. 243, § 1^a, da Lei n^o 8.112/1990, enquadrados em cargos de acordo com o Regime Único.”

Após o julgamento daquela segurança, observei, ao examinar o RMS de n^o 22.822-2, julgado pelo STF, em sessão de 19 de maio de 1998 e cujo acórdão restou, assim, ementado:

“Anistia. Servidor público. Extinção de sociedade de economia mista. Aproveitamento. Requisito.

A teor do disposto no art. 2^a, parágrafo único, da Lei n^o 8.878, de 11 de maio de 1994, a extensão do benefício da anistia aos servidores e empregados de órgãos extintos, liquidados ou privatizados, ficou jungida à transferência ou absorção da atividade desenvolvida por outro órgão da Administração Pública Federal. A condição imposta consubstancia fato constitutivo do direito ao aproveitamento pleiteado.”

E, no contexto do acórdão, ficou consignado pela egrégia Suprema Corte:

“O benefício previsto na citada lei ficou jungido a dois requisitos: o primeiro, o da transferência, absorção ou execução da atividade do órgão extinto por outro da Administração Pública Federal; o segundo, ligado à circunstância de estar em curso a transferência ou absorção, prevendo-se que o retorno dar-se-á após a efetiva implementação da transferência. Pois bem, diante do parágrafo único do art. 2^a da Lei n^o 8.878/1994, somente seria dado cogitar de direito subjetivo dos impetrantes ao aproveitamento caso comprovada a transferência de atividade.”

É o caso presente. Concedida a anistia, é de se presumir que os órgãos competentes da Administração tenham examinado caso a caso e se os empregados estavam em condições de retorno às atividades e se a lei que os

anistiou está em consonância com a Constituição Federal. Está-se diante do fato consumado. O decreto de anistia gerou direitos, inclusive ao exercício, com todos os consectários. Não se admite que, depois de todo um procedimento na órbita administrativa e de se conceder a anistia, possa, a Administração, vedar o exercício das atividades.

Por outro lado, não se pode anular ou considerar nula a portaria que concedeu a anistia, mesmo porque, essa declaração de nulidade não foi objeto da segurança. No **mandamus** se pede exclusivamente que se emita ordem para ineficacizar a proibição do exercício. O que se discute é se, os empregados anistiados devem ou não entrar no exercício de suas atividades. E se a anistia foi concedida, o direito ao exercício é líquido e certo, impossível de ser obstaculizado.

Concedo, em parte, a segurança, para que a autoridade coatora, em cumprimento ao ato de anistia – Portaria nº 698/1994 – determine o retorno dos impetrantes às atividades congêneres com aquelas exercidas nos órgãos a que, antes, pertenciam, conferindo-lhes o exercício e a respectiva remuneração.

É como voto, com a devida vênia do eminente Relator.

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, o conteúdo deste mandado de segurança, propiciando o voto divergente do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo – pelo que tenho guardado na memória – tem um ponto que o diferencia dos nossos precedentes, porque a sustentação foi no sentido de que, nas anistias, ainda em processamento, constituída, não podia, por um ato superveniente, ser desconstituída.

Acompanho o voto divergente do Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 6.229 – DF

(Registro nº 99.0018766-0)

Relator: Ministro Hélio Mosimann

Impetrante: Antônio Manoel Costa

Advogados: Paola Furini Pantiga e outro
Impetrado: Ministro de Estado da Justiça

EMENTA: Mandado de segurança – Direção de ciclomotor – Menor de idade – Ato praticado pelo Ministro da Justiça no uso das atribuições de presidente do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) – Incompetência do STJ – Súmula nº 177 – Inexistência, ainda, de direito adquirido e falta de direito líquido e certo.

O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

Ainda que assim não fosse, deficiente é a prova da existência de direito adquirido e da violação a direito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, José Delgado, Aldir Passarinho Junior e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

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

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Presidente.

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 30.08.1999.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Antônio Manoel Costa impetra mandado de segurança com pedido de liminar, contra ato atribuído ao Ministro da Justiça, consubstanciado na Deliberação nº 4, de 05.02.1999, que revogou expressamente os artigos 11 e 13 da Resolução nº 50/1998, do Contran e alterou a redação de seu artigo 10, lesando-o e a seu

filho, de forma irreversível, em flagrante ofensa ao artigo 5^o, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Objetiva garantir direito seu, que entende líquido e certo, eis que, tendo adquirido em 20.01.1999, para seu filho, maior de 14 anos, o veículo ciclomotor SR 50 ACT, da marca APRILIA, em função da autorização emanada do Código de Trânsito e da Resolução n^o 50/1998, os quais permitiam que o menor o conduzisse, viu-se logrado pela citada Deliberação n^o 4/1999.

Argumenta quanto à necessidade de as autoridades viabilizarem a educação dos menores, outorgando-lhes responsabilidades.

Destaca, de outra parte, que a promulgação do novo Código Nacional de Trânsito, após cinco anos de estudos e discussões, era tida como uma verdadeira vitória da sociedade, descabendo, por isso, que uma simples deliberação venha alterar aquelas normas.

Afirma ter sido induzido a erro quando adquiriu o indigitado veículo, pensando que através dele conscientizaria e educaria seu filho, pois se viu agredido por um ato impulsivo e arbitrário, o qual, sem o devido respaldo técnico usurpou seu direito, legalmente estabelecido.

Requer, a final, sejam suspensos temporariamente os efeitos da citada Deliberação n^o 4/1999, para que seu filho possa conduzir o ciclomotor até o julgamento final deste **mandamus** e, no mérito, seja mantida a autorização, “visando garantir seu direito de reserva legal ou direito adquirido, assegurado pela Constituição Federal”.

À fl. 22 neguei o pedido de liminar.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 26/30.

Parecer da Subprocuradoria Geral da República, às fls. 33/34, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Como vimos do relatório, trata a hipótese de mandado de segurança impetrado por pai de maior de 14 anos que, tendo adquirido um veículo ciclomotor ao abrigo do novo Código Nacional de Trânsito e da Resolução n^o 50/1998, viu seu filho impossibilitado de utilizar o indigitado veículo, em face da Resolução n^o 4/1999 do Conselho Nacional de Trânsito.

Antes de mais nada, observa-se que o ato combatido foi praticado pelo Ministro da Justiça no uso das atribuições de Presidente do Conselho Nacional de Trânsito, o *Contran*, sendo aplicável, por isso, a Súmula nº 177, desta Corte, que assim dispõe:

“O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado” (MS nºs 6.246 e 6.249).

Nada mais seria necessário para o insucesso do pedido.

Seguem, contudo, as seguintes considerações.

Ao prestar as informações, a autoridade impetrada assim colocou a espécie, **verbis**:

“O *Contran*, órgão normativo do Sistema Nacional de Trânsito, com sede no Distrito Federal, conforme estabelecido no Decreto nº 2.327, de 23.09.1997, é um colegiado composto pelos seguintes membros: Ministro da Justiça, que o preside, e Ministros dos Transportes, da Ciência e Tecnologia, do Exército, da Educação e do Desporto, do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e da Saúde.

De acordo com o artigo 12, inciso V, do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei nº 9.503/1997, compete ao Conselho Nacional de Trânsito – *Contran*, estabelecer seu Regimento Interno.

Dentre as competências do Presidente do *Contran* estabelecidas no Regimento Interno, publicado no DOU de 26.01.1998, se encontra a de deliberar, **ad referendum** do Colegiado, nos casos de urgência e de relevante interesse público.

A Resolução nº 50/1998 citada, foi publicada em 22.05.1998, mas passou a vigorar a partir de 18.11.1998, ocasião que alguns Conselhos Estaduais passaram a regulamentar a autorização para condução de ciclomotor prevista nos artigos impugnados. Todavia, o próprio Conselho de Trânsito do Estado de São Paulo entrou com representação junto ao *Contran* requerendo alteração na idade dos candidatos à obtenção da referida autorização, de maiores de 14 anos para maiores de 18 anos, tendo em vista que o questionado artigo 11 fere a Constituição Federal, o Direito Penal e o próprio Código de Trânsito Brasileiro

ao determinar que uma das condições para dirigir veículo automotor é ser penalmente imputável (artigo 140).

Diante da citada representação acompanhada de outras e da apreensão causada na sociedade e nos meios de comunicação, além das inúmeras consultas das unidades operadoras de trânsito em geral, com relação ao disciplinado no mencionado artigo 11, e considerando a importância da preservação da vida e da integridade física dos jovens, o Presidente do Contran baixou o questionado ato de acordo com a competência que lhe foi determinada pelo Regimento Interno do Contran.

Quanto ao direito alegado pelo impetrante, entendemos não existir, tendo em vista que não se completou em nenhum Estado a regulamentação exigida pelos artigos 11 a 13 da Resolução nº 50/1998, uma vez que o Contran não efetuou nenhuma homologação conforme previsto no último dispositivo aludido.”

Com efeito, a pretensão do impetrante está em ver suspensa a Deliberação nº 4/1999 do Contran, para que seu filho – por estar acobertado, a seu ver, pelo direito adquirido – possa conduzir o veículo ciclomotor adquirido ao abrigo da Resolução nº 50/1998, advinda das disposições do novo Código Nacional de Trânsito.

Ocorre, no entanto, que, **in casu**, inexistente qualquer violação a direito adquirido, pois a legislação citada ainda se encontrava em fase de regulamentação e adequação, como se depreende, inclusive, dos dispositivos insertos no artigo 11 e parágrafo único, da Resolução nº 50/1998, vazados nos seguintes termos:

“Art. 11. Para circulação dos ciclomotores no território nacional é obrigatório o porte da autorização para conduzir ciclomotores, expedida para os candidatos que sejam maiores de 14 (quatorze) anos, aprovados nos exames e que saibam ler e escrever.

Parágrafo único. Os Conselhos de Trânsito das Unidades da Federação regulamentarão nas suas respectivas jurisdições, a autorização de que trata esse artigo, estabelecendo outras providências que julgarem necessárias.”

Ora, a própria legislação estabelece que os Conselhos de Trânsito de cada Estado regulamentarão as autorizações de uso dos ciclomotores, e,

como nos noticiou a autoridade impetrada, o Conselho do Estado de São Paulo entrou com representação junto ao Contran, requerendo a alteração da idade dos possíveis candidatos ao uso dos ciclomotores de 16 para 18 anos, pois estaria o artigo supra não só ferindo a Carta de 1988, como as normas de Direito Penal e o próprio Código Nacional de Trânsito.

Vê-se, assim, que nada havia de concretamente estabelecido em favor do impetrante, pois, ao revés, a matéria ainda se encontrava em fase de discussão e aprimoramento.

Certo é que ele mesmo, ao expor sua argumentação, nos transmite sua insegurança quanto ao pedido formulado, pois assim confessa:

“... o correto seria a elaboração de normas e procedimentos para que se fizesse valer a Resolução nº 50/1998 do Contran, e não pura e simplesmente revogá-la, o que foi o caminho mais célere, visto que sua regulamentação traria os seguintes reflexos:

– Reduzir-se a imputabilidade penal, o que ocasionaria a habilitação como consequência, uma vez que o artigo 140 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que um dos requisitos para obtenção de habilitação é ‘ser penalmente imputável’. A dificuldade é que o processo passaria por uma mudança constitucional, uma vez que a imputabilidade aos 18 anos consta do art. 228 da Carta Magna e do art. 27 do Código Penal.

– Modificar-se o art. 140, inc. I, do Código de Trânsito Brasileiro, que, ao invés de constar como requisito a imputabilidade penal, constar que o candidato deva ter mais de 16 anos, respondendo, até atingir a imputabilidade penal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O jovem teria uma permissão para dirigir, uma pré-habilitação, e após um ano sem cometer infrações gravíssimas ou graves, ou ser reincidente em infrações médias, receberia sua Carteira Nacional de Habilitação...”

E adiante assevera:

“– O Contran delegou aos Cetrans a competência para estabelecer regras para obtenção da autorização e penalidades por sua falta, a partir de 14 anos de idade. Mas restaram lacunas em relação aos acidentes, infrações, responsabilidades...”

“– O Sr. Ministro da Justiça e Presidente do Contran, manifestou sua posição de maneira arbitrária e abusiva, pois utilizou-se de um artifício legal previsto no Regimento Interno do Contran (art. 6º, IX), em relação à manutenção da resolução, preferindo revogá-la alegando clamor público da sociedade e meios de comunicação, dos operadores de trânsito, à inimizabilidade do menor, à sua integridade física...”

Vê-se, desta forma, que o próprio impetrante conhece todas as nuances da legislação que lhe são desfavoráveis – apresentando, inclusive, formas de adequá-las à sua pretensão.

De outra parte, quando afirma que a autoridade dita coatora “utilizou-se de um artifício legal previsto no Regimento Interno do Contran”, vemos a contradição da assertiva pois, se era legal a norma prevista no Regimento Interno não há que se falar em “artifício”, mas sim em que foi executada norma prevista regimentalmente e, presumivelmente, eivada de legalidade.

Entendo, no entanto, a insatisfação do impetrante eis que, como milhares de brasileiros, dormiu com uma norma em vigor e acordou com outra totalmente oposta – mas certo é, também, que não soube ele atacar corretamente o ato que lhe impôs tanta insatisfação, limitando-se a asseverar que havia *direito adquirido* quanto à legislação ao abrigo da qual adquirira o veículo ciclomotor para seu filho, e, por este caminho, não há possibilidade de prosperar o presente **mandamus**.

Na verdade, como bem disse a ilustrada Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, “... a incerteza e iliquidez do pedido são patentes, não tendo o impetrante logrado êxito em demonstrar onde residiria a abusividade e ilegalidade do ato”.

Isto posto, julgo extinto o processo, sem exame do mérito.

É como voto.