

Jurisprudência da Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.703-BA
(2004/0100086-0)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Kaufmann - Cacau Industrial e Comercial S/A

Advogado: Fernando Weibel Kaufmann e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Impetrado: Governador do Estado da Bahia

Recorrido: Estado da Bahia

Procurador: Barbara Camardelli Matos e outros

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança. Recurso ordinário. Decreto expropriatório. Art. 5º, alínea i, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Implantação de “unidade” industrial. Nulidade do ato viciado por desvio de finalidade, pois beneficia uma única empresa privada. Autoridade coatora incompetente para a expedição do ato.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

2. A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

3. O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório — art. 5º, i, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, no caso dos autos — deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

4. Por distritos industriais deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação

dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados” (SILVA, José Afonso da. “Direito Urbanístico Brasileiro”, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377).

5. O decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

6. Ademais, a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe “o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, dependendo, ainda, “de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/1988.

7. O Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado pela via do presente *mandamus* como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

8. A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que “é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder” (REsp n. 36.611-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.1994).

9. Recurso provido para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto n. 7.917/2001, expedido pelo Governador do Estado da Bahia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra.



Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) e Teori Albino Zavascki (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, ocasionalmente, nesta assentada, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 29.03.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado contra ato do Senhor Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

Denegada a segurança na origem, ofereceu a impetrante o presente recurso ordinário, interposto com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, combatendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia cuja ementa é a seguinte:

Mandado de segurança. Decreto Governamental. Declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. Ato fundamentado. Inexistência de ofensa a direito líquido e certo.

De concluir-se, pelos fundamentos jurídicos da impetração, que o Decreto hostilizado não fere direito líquido e certo da impetrante, posto que é inerente ao Estado o poder de desapropriar, desde que fundamente seu ato. (fl. 367)

Em suas razões recursais (fls. 425/516), a recorrente, antes de adentrar o mérito recursal, levanta preliminares de nulidade do acórdão recorrido pelos seguintes motivos: (a) os argumentos deduzidos na petição inicial, relacionados à nulidade do decreto expropriatório, bem como os fatos e provas supervenientes, que comprovariam o ajuizamento da ação expropriatória e o deferimento de imissão provisória na posse, não receberam a devida apreciação; (b) não foi observado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, implicando violação dos arts. 93, IX, da CF/1988, e 165 e 458, II, do CPC; (c) a Corte de origem deixou de proceder à necessária regularização de grave situação constatada no caso dos autos, consistente no desaparecimento de petição em que se renovara o pedido de medida liminar; (d) não houve manifestação acerca do pedido

de esclarecimentos sobre os procedimentos relativos ao direito dos advogados inserto no art. 7º, VIII, da Lei n. 8.906/1994, de “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada”.

No mérito, a recorrente aduz, em síntese, que: (a) o decreto expropriatório é nulo, em razão da ausência do pressuposto “utilidade pública”, já que existe enorme diferença entre a hipótese de construção ou ampliação de distritos industriais, contida no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, e a de “implantação de unidade industrial”, tendo uma única empresa privada como beneficiária; (b) a desapropriação para fins de implantação de distrito industrial pressupõe a existência de prévio plano de infra-estrutura urbanística, nos moldes do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941; (c) o Município detém competência exclusiva para a ordenação do solo urbano, sendo impertinente, nesse aspecto, a edição de decreto expropriatório promovida pelo Governador do Estado da Bahia; (d) não houve autorização, nem sequer cientificação, da recorrente para a ilegal penetração do ente público em seu imóvel antes da publicação do decreto expropriatório; (e) verificou-se a completa inobservância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo administrativo que culminou com a edição do decreto atacado pela via do presente mandado de segurança; (f) o aludido decreto expropriatório é nulo, também, por não ter sido realizado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), indispensáveis à implantação da unidade industrial; (g) é requisito da declaração expropriatória a perfeita identificação do bem sobre o qual recairá a desapropriação, sob pena de nulidade; (h) o decreto expropriatório engloba bens públicos, de uso comum do povo, que exigem autorização legislativa para serem desapropriados; (i) a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) exige prévia dotação orçamentária necessária ao pagamento da indenização devida nos casos de desapropriação.

Requer, em resumo, sejam acolhidos os pedidos insertos nas preliminares de nulidade do acórdão recorrido, para declarar a sua nulidade e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança pleiteada, expurgando do mundo jurídico o decreto expropriatório objeto da presente demanda.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): Ressalta-se, inicialmente, que o presente mandado de segurança volta-se contra a edição de decreto expropriatório (Decreto n. 7.917/2001) que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóvel de propriedade da recorrente, estando o seu objeto, portanto, delimitado ao ato coator indicado no momento da impetração.

Salienta-se, outrossim, que a recorrente não comprovou os prejuízos advindos do alegado desaparecimento da petição em que se renovara o pedido de medida liminar, bem como da demora na sua apreciação, mormente porque a segurança fora denegada ao final. Ademais, o exame acerca de eventuais vícios constatados na condução do processo incumbe à Corregedoria do Tribunal *a quo*.

As demais questões suscitadas em preliminar confundem-se com o próprio mérito do recurso e serão, com ele, simultaneamente analisadas.

A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Pode acontecer até mesmo da desapropriação não se efetivar, a exemplo das hipóteses de caducidade do decreto expropriatório ou de cessação da utilidade pública inicialmente aventada.

Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

É oportuno conferir a orientação doutrinária sobre o tema:

Os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetivação da transferência do bem para o domínio do expropriante. Só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito. Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou sua disponibilidade, lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir mesmo após a declaração expropriatória, enquanto o expropriante não realizar concretamente a desapropriação, sendo ilegal a denegação de alvará de construção: o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa

restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho - São Paulo: Malheiros, 2005, p. 606/607)

Declarar a utilidade pública ou o interesse social é conduta que apenas reflete a manifestação do Estado no sentido do interesse público que determinado bem desperta com vistas à transferência coercitiva a ser processada no futuro. Portanto, não se pode dizer ainda que, com a declaração, já exista a desapropriação. A declaração é apenas uma fase do procedimento. (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 14ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 657)

Verifica-se, desse modo, que a maior parte das alegações da recorrente terá relevância apenas em relação à desapropriação em si, que não se confunde com a simples edição do decreto expropriatório.

Com efeito, são questões que não comprometem a legalidade da declaração expropriatória: a inexistência de prévio plano de infra-estrutura urbanística, nos moldes do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941; a necessidade de realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), indispensáveis à implantação da unidade industrial; a existência ou não de prévia dotação orçamentária, necessária ao pagamento da respectiva indenização.

Em relação a essas questões, deverá a recorrente, depois de iniciada a desapropriação propriamente dita, recorrer ao Poder Judiciário, fazendo uso da ação direta de que trata o art. 20 do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

Feitas essas considerações, resta analisar a natureza jurídica do decreto expropriatório e até que ponto ele está sujeito ao controle judicial.

Em sede doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

Dois pontos de análise merece o aspecto da natureza jurídica do ato que declara a utilidade pública ou o interesse social.

Primeiramente, trata-se de ato administrativo, porque estampa, sem qualquer dúvida, atividade ligada à administração da coisa pública.

(...)

O segundo ponto a merecer destaque concerne à questão dos parâmetros de atuação do administrador quando vai firmar a declaração. A averiguação da conveniência e oportunidade para praticar o ato administrativo declaratório é privativa do administrador público; os parâmetros, portanto, são de caráter



administrativo. Sob esse ângulo, então, cuida-se de ato *discricionário*. Ocorre que os casos que permitem a desapropriação são os que a lei expressamente menciona; em outras palavras, o administrador não pode afastar-se do elenco legal. Por essa ótica, o ato declaratório será *vinculado*, não tendo o administrador qualquer liberdade quanto ao fundamento da declaração, já que os parâmetros de atuação, que representam esse fundamento, são de natureza legal.

(...)

Como ocorre com todo ato administrativo, o ato que consubstancia a declaração expropriatória também é sujeito a controle judicial em todos os aspectos que digam respeito aos requisitos de validade dos atos em geral. Desse modo, podem ser apreciados aspectos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato.

Só está excluído da apreciação judicial o exame da conveniência e oportunidade que inspiraram o administrador à escolha de certo bem para o efeito da desapropriação. Esse poder de escolha é privativo da Administração e não cabe ao juiz criar outro juízo de valor, porque é necessário garantir a separação de Poderes e de funções (art. 2º da CF). Confirmando esse aspecto, o TJ-SP já decidiu acertadamente que 'não é dado ao Judiciário examinar o ato da Administração, sob os critérios de oportunidade, necessidade e conveniência da desapropriação'.

Vejamos um exemplo: se um decreto expropriatório tem vício de finalidade ou de competência, pode ser controlado pelo juiz. Mas, se a Administração optou, v.g., pela abertura de uma estrada, não podem ser questionadas a conveniência e a oportunidade dessa obra, porque a valoração de tais critérios pertence exclusivamente ao administrador. (ob. cit., pág. 664 - grifou-se)

Na hipótese dos autos, conforme anteriormente mencionado, analisa-se a legalidade de ato do Senhor Governador do Estado da Bahia, autoridade coatora que expediu o Decreto n. 7.917/2001, com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, declarando de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis pertencentes à recorrente, situados no Município de Itabuna-BA, tendo como objetivo a implantação de uma única unidade industrial.

Registra-se, por oportuno, a existência de dois protocolos de intenção anteriores à expedição do Decreto n. 7.917/2001, o primeiro celebrado entre o Estado da Bahia e Calçados Jacob S/A (fls. 133/138), e o segundo firmado entre a mencionada empresa e o Município de Itabuna-BA (fls. 139/140), ambos visando à implantação da unidade industrial referida.

O dispositivo legal que serve de fundamento à declaração expropriatória objeto do presente feito está assim redigido:

Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública:

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; *a construção ou ampliação de distritos industriais*; (Redação dada pela Lei n. 9.785/1999).

§ 1º - A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea **i** do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas. (Incluído pela Lei n. 6.602/1978)

§ 2º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação. (Incluído pela Lei n. 6.602/1978)

O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado, como já visto, não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório — art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, no caso dos autos — deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

A hipótese de desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais é típico caso em que a ação do Estado, conquanto tenha finalidade pública, acaba por beneficiar particulares, ao menos de modo indireto.

Com efeito, os municípios e suas respectivas populações são os maiores beneficiados com a instalação de indústrias em seus territórios, seja pela ampliação das suas receitas tributárias, seja em razão do aumento dos postos de trabalho disponibilizados aos seus habitantes. Para tanto, costumam-se oferecer determinadas vantagens como forma de atrair a classe empresarial, que também será beneficiada.

Nesse aspecto, é importante destacar a opinião de Diógenes Gasparini (*in Direito Administrativo*, 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 669):

A desapropriação faz-se, em princípio, em benefício do Poder Público (União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município) ou de pessoas que são seus delegados ou concessionários. Então, uma sociedade de economia mista, encarregada da execução de certo serviço público municipal, pode ser a destinatária dos bens expropriados pelo Município. As Centrais Elétricas de São Paulo S.A. foram as destinatárias dos bens declarados de utilidade pública para a construção da hidroelétrica de Porto Primavera, conforme o Decreto Federal n. 83.501/1979.



Como se vê, a desapropriação há de ser feita em prol de um interesse público. Não se desapropria em favor de pessoa ou de interesse privado (RDA, 93:193 e 123:274). *Essa regra, no entanto, não é absoluta. Com efeito, há hipóteses em que os bens vão beneficiar particulares, como ocorre nas desapropriações para urbanização, implantação de loteamento e de distrito industrial, ou, ainda, nas expropriações por interesse social (construção de casas populares, manutenção de posseiros), ou, finalmente, nos casos de reforma agrária. Em todas essas desapropriações os bens destinam-se a particulares, mas são promovidas em benefício de um interesse público.* (grifou-se)

Entretanto, prosseguindo em sua lição, o renomado administrativista afirma que:

A Lei Geral das Desapropriações (art. 5º, I) dispõe sobre a desapropriação de áreas para a ‘construção ou ampliação de distritos industriais’. Assim, pode o Poder Público, quase sempre o Município, expropriar áreas para a implantação ou ampliação de distritos industriais. O distrito industrial, local destinado à implantação de indústrias, deve ser tecnicamente planejado, e sua implantação aprovada por lei que estabeleça as condições de urbanização, os requisitos para a alienação das unidades e as condições para a implantação das indústrias interessadas. Ademais, seu projeto deve ser previamente aprovado pelos órgãos ou entidades estaduais de controle da poluição, inclusive quanto à localização (art. 52, § 2º). Só depois disso deve o Poder Público passar à desapropriação e executar o parcelamento conforme o prescrito na Lei federal do Parcelamento do Solo Urbano, inclusive quanto ao registro imobiliário. Concluído o loteamento, o Município poderá locar ou vender os lotes, não lhe cabendo doar. Nesse sentido, confronte-se o § 1º, acrescentado, juntamente com outro, ao art. 5º da LGD pela Lei Federal n. 6.602/1978.

À vista do exposto, não cabe ao Poder Público, notadamente o municipal, desapropriar certa área de terras e doá-la ou vendê-la a determinada empresa privada para que construa um edifício industrial e nele instale e desenvolva sua atividade. Com efeito, não se está diante de uma desapropriação nos termos da Constituição Federal, mas em face de um desapossamento para atender a um interesse privado e, como já vimos, isso é inconstitucional. Nem mesmo o pretexto de que se está implantando um distrito industrial valida essa medida, pois o pressuposto de uma urbanização dessa natureza é um loteamento industrial. Também não legitima essa espécie de expropriação o fato de que, instalada e funcionando a indústria, ter-se-á o fim de interesse público, na medida em que haverá o aumento de impostos a beneficiar o expropriante e o aproveitamento da mão-de-obra ociosa. Com efeito, o aumento de imposto e a absorção do trabalho ocioso não são fundamentos da desapropriação. (ob. cit., p. 692 - grifou-se)

Também merecem transcrição os ensinamentos do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles:

Outra hipótese de permissibilidade de alienação de áreas desapropriadas ocorre nas expropriações para formação de distritos industriais, desde que a Administração expropriante planeje a área e promova a urbanização necessária à sua destinação. Nem seria viável a implantação de qualquer núcleo industrial, em área desapropriada para esse fim, se não se reconhecesse ao Poder Público a possibilidade de alienação de glebas aos empresários que satisfaçam as exigências da Administração expropriante. *O que se nega é a legitimidade de desapropriações de áreas individualizadas e a subsequente transferência a interessados certos para eventual instalação de indústrias, sem qualquer planejamento e urbanização do local para zona industrial.* (ob. cit., pág. 600 - grifou-se)

É oportuno transcrever, ainda, parecer publicado na Revista de Administração Municipal (v. 49, n. 246, p. 49/51, mar./abr. 2004), de autoria de Natália Amitrano Vargas de Menezes, Consultora Técnica do Instituto Brasileiro de Administração Municipal-IBAM:

No tocante à possibilidade de alienação de toda a área desapropriada a uma única empresa, seria necessário analisar com mais minúcia o caso concreto. Tal alienação poderia implicar em desvio de finalidade. Chega-se a essa conclusão a partir da análise da *ratio* do permissivo legal. Como já se expôs, o legislador buscou uma forma de permitir a criação de parques industriais, agrupando indústrias e atividades correlatas, aproveitando de forma mais racional o espaço urbano e protegendo o ambiente urbanístico. Além disso, a própria norma legal consigna que a criação de distritos industriais inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação das indústrias e atividades correlatas, o que, ao menos em tese, demanda a união de diferentes empresas no mesmo local.

Sendo assim, é bastante difícil imaginar que a alienação a um único empreendedor possa ser conforme a norma jurídica, a não ser que se pretenda referida alienação para que o adquirente promova a criação da infra-estrutura e o loteamento e então aliene a terceiros interessados, remunerando-se, dessa forma, pelo trabalho de instalação dos equipamentos urbanos necessários.

Com efeito, por “distritos industriais”, nas exatas palavras de José Afonso da Silva (*in Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377), deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados.



Verifica-se, desse modo, que o decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

Outro aspecto que contribui para a ilegalidade do ato impugnado diz respeito à competência, tanto para a edição do decreto expropriatório como para a efetiva desapropriação.

A desapropriação, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, é permitida em nosso ordenamento jurídico por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização.

O Decreto-Lei n. 3.365/1941 regula os casos de desapropriação por utilidade pública, passando a prever, a partir da redação dada pela Lei n. 6.602/1978, a hipótese de expropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

É certo, porém, que a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe “o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, dependendo, ainda, “de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/1988, cuja redação é a seguinte:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Transcreve-se, por oportuno, trecho de parecer da lavra de Hely Lopes Meirelles, intitulado “Formação de Distrito Industrial”, publicado na Revista dos Tribunais (vol. 499, ano 66, p. 37/44, maio de 1977):

1. A formação dos chamados ‘distritos industriais’ não tem forma prescrita em lei, pelo que cada *município* adota as providências compatíveis com a situação local e com as forças do erário da prefeitura, para localizar corretamente as indústrias em seu território, e atrair aqueles que mais convenham aos interesses da população.

2. Geralmente, o *município* escolhe e delimita a gleba adequada e, se não lhe pertence, desapropria-a para a implantação do núcleo industrial, projeta o equipamento urbano necessário – água, esgoto, vias de comunicação, energia elétrica etc. –, estabelece as prioridades e forma da execução desses equipamentos, que tanto podem ser feitos pela municipalidade como pelos próprios interessados; impõe as condições para a instalação das indústrias; cria incentivos para atraí-las, dentre os quais a doação das áreas necessárias e os favores fiscais para os primeiros anos de funcionamento; propicia, enfim, as condições de implantação e desenvolvimento do pólo industrial que deseja em seu território.

3. *Essa atividade se enquadra nas funções do governo municipal*, que tem por missão promover o desenvolvimento local por todos os meios ao seu alcance, em tudo que concerne ao peculiar interesse da comunidade (Constituição da República, art. 15, e Lei Orgânica dos Municípios, art. 53). E nada é mais propulsor do progresso econômico e social de uma comunidade que a atividade industrial convenientemente dirigida para o aproveitamento do potencial humano da própria comunidade e dos produtos primários da região que sustentam essa mesma comunidade. Daí a natural ânsia de industrialização dos nossos *municípios*, dentre os quais se inclui o de Salto, que intenta implantar legítima e corretamente o seu distrito industrial, atraindo e incentivando as indústrias que interessam à sua população e ao seu governo, abrindo para aquela novas frentes da produção e trabalho, e para este novas fontes de tributação que certamente aumentarão a receita local.

4. Mas, a implantação dessas indústrias gera para o *município* um problema de ordem urbanística, exigindo a sua correta localização para evitar a poluição dos mananciais, a deterioração dos bairros residenciais e a concentração excessiva das vias públicas com tráfego pesado das cargas de matéria-prima e produtos industrializados, e a distância desmedida entre a moradia do trabalhador e o local do trabalho. Tudo isto se resolve pela correta localização e concentração industrial nas zonas próprias para a indústria.

5. Como os *municípios* normalmente não têm áreas públicas disponíveis para a localização desses novos núcleos industriais, são obrigados a adquiri-los nos locais tecnicamente indicados para esse uso, e, neste caso, recorrem à desapropriação para a subsequente alienação de lotes às indústrias interessadas, que satisfaçam as exigências legais da prefeitura. A desapropriação é, assim, o moderno instrumento de que se utiliza o Poder Público para obter as áreas necessárias à ordenação do uso do solo urbano ou urbanizável para quaisquer fins, inclusive para a formação dos núcleos industriais nos locais escolhidos para esse fim. (grifou-se)

Constata-se, desse modo, que o Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado



pela via do presente *mandamus* como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que “é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder” (REsp n. 36.611-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.1994).

Confira-se, ainda, o seguinte precedente que corrobora esse entendimento:

Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência.

I - Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato, bem como a finalidade, pois aí reside o freio à discricionariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação.

II - Tendo em conta o interesse público, é vedado à administração desapropriar para construção de imóveis sem especificar a perseguição do interesse público, e dizer, a finalidade.

III - Se a finalidade referida no decreto expropriatório e fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação.

IV - Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso. (REsp n. 1.225-ES, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Thibau, DJ de 21.05.1990)

À vista do exposto, seja por desvio de finalidade, seja por vício de competência, deve ser provido o recurso para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto n. 7.917/2001, expedido pelo Senhor Governador do Estado da Bahia.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Governador do Estado da Bahia que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da parte recorrente.

O ato atacado é um Decreto do seguinte teor (fl. 02):

Fica declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação, a área de terra medindo 43.200,00 m², com as benfeitorias nela existentes, pertencentes a

quem de direito, no Município de Itabuna-BA, a seguir descrita: partindo-se do marco A, de coordenadas UTM N=8.363.043,2048 e E=470.598.1006, situado no canto do limite, a 23,00m do eixo da Av. Manoel Chaves e seguindo com azimute verdadeiro de 92°46'26" e distância de 240,00m confrontando-se com a Av. Manoel Chaves, determina-se o marco B; daí, seguindo pelo limite, com azimute de 182°46'26" e distância de 180,00m, confrontando-se com o loteamento Hugo Kaufmann, determina-se o marco C; daí, seguindo pelo limite, com azimute de 272°46'26" e distância de 240,00m, confrontando-se com o loteamento Hugo Kaufmann, determina-se o marco C; daí, seguindo pelo limite, com azimute de 2°46'26" e distância de 180m, confrontando-se com o loteamento Hugo Kaufmann, retorna-se ao marco A, ponto inicial da descrição do perímetro, elaborada pela Superintendência de Desenvolvimento Industrial e Comercial, autarquia vinculada à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração.

O Tribunal de Justiça denegou o pedido mandamental, forte na argumentação seguinte (fls. 368/371):

O *mandamus* hostiliza o Decreto Governamental n. 7.917, de 29 de março de 2001, que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, área de terra situada no Município de Itabuna, tida como necessária à implantação de um distrito industrial, conforme protocolos de intenções firmados, o primeiro, entre o Estado da Bahia e a Indústria de Calçados Jacob/Calçados Kildare e, o segundo, entre esta empresa e Município aludido.

Sustenta a impetrante, proprietária do imóvel, que a declaração expropriatória estaria inquinada de nulidade, apontando variegados motivos - que vão desde a ausência de bilateralidade no precedente processo administrativo, até à falta de dotação orçamentária -, imputando-lhe, ainda, intuito egoístico, pois teria visado ao benefício exclusivo de empresa privada.

Sem razão, todavia.

O Estado da Bahia e o Ministério Público, por seus ilustres representantes, rechaçaram *in totum* as alegações da impetrante, algumas delas prematuras - considerando que o ato vulnerado apenas precede a desapropriação propriamente dita, dele resultando "tão somente: a submissão do bem à força expropriatória do Estado, a fixação do estado do imóvel, suas condições, benfeitorias e melhoramentos; o direito do poder público entrar no imóvel, para medições; demarcação do termo de prazo de caducidade do decreto. Seus efeitos, portanto, não se confundem com a transferência do bem." (Parecer Ministerial, fl. 167).

Nesse passo, descabidas se afiguram, pela prematuridade que denotam, as questões concernentes à execução propriamente dita do projeto de implantação



da unidade industrial, cuja discussão terá lugar no processo judicial adequado. Recorre-se, uma vez mais, ao autorizado parecer ministerial:

A impetrante, no entanto, refere-se ao ato como se já tivesse sido efetivada a desapropriação. Adianta-se no tempo, quando ainda nem se iniciou o processo de transferência. Fala em plano de infra-estrutura urbanística e estudo de impacto ambiental de um planejamento que nem existe. Alude à competência municipal para ordenação do solo urbano, que não guarda relação com o Decreto do Governador, uma vez que este não altera em nada a ordenação do solo, e não interfere na competência do município, por que apenas declara de utilidade pública um imóvel, que está dentro de sua circunscrição. (fl. 167).

E mais: a lide está jungida à legalidade de decreto expropriatório fundado em declaração de utilidade pública, ato administrativo discricionário e, como tal, inofensivo ao crivo do Judiciário no que respeita à oportunidade e à conveniência. Também por essa razão, não há falar em nulidade do processo inaugural da fase declaratória da desapropriação, por ausência de bilateralidade, sendo certo que nenhum prejuízo acarretou à impetrante, cuja aquiescência, ademais, não se fazia necessária à prática do multicitado ato, dotado que é do atributo da imperatividade.

Como se faz claro, é vedado ao Judiciário, na espécie, decidir sobre a ocorrência do caso de utilidade pública, cabendo-lhe tão somente apreciar o fundamento desta.

Isto considerado, observa-se que o Decreto Governamental atende aos requisitos constitucionalmente estabelecidos, fundamentando-se no art. 5º, alínea **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e indicando, com suficiente clareza, a destinação do imóvel, inexistindo, por outro viés, qualquer irregularidade no uso da expressão unidade industrial, que se enquadra no artigo em referência.

De concluir-se, pelos fundamentos jurídicos da impetração, que o Decreto hostilizado não fere direito líquido e certo da impetrante, posto que é inerente ao Estado o poder de desapropriar, desde que fundamente seu ato.

Em conseqüência, a parte vencida interpôs o recurso ordinário ora examinado, alegando:

- a) nulidade do acórdão por não ter examinado devidamente os pedidos de nulidade do decreto expropriatório, conforme apresentados na petição inicial;
- b) nulidade, ainda, do acórdão por não ter apreciado pedido de ineficácia do Decreto por inobservância da competência exclusiva do Município no referente à ordenação do solo urbano, a denotar desvio de finalidade do ato administrativo;

c) nulidade, também, do acórdão por não ter observado o pedido de ineficácia do Decreto Expropriatório pela ausência de cientificação e autorização, por parte da recorrente, para a ilegal penetração nos seus imóveis antes da publicação do mencionado ato de desapropriação;

d) nulidade, inclusive, do acórdão por não ter apreciado pedido de nulidade do Decreto por se reportar a imóvel inexistente;

e) idem por não ter julgado o pedido de nulidade do ato atacado, pois não observou o determinado no art. 46 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

f) idem pela falta da plena prestação jurisdicional, pela ausência de fundamentação, pela não-apreciação dos fatos e provas supervenientes, pela violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, pela não-juntada de petição oportunamente apresentada, por ter silenciado sobre pedido de esclarecimento da recorrente sobre os procedimentos relativos ao direito inserto no art. 7º da Lei n. 8.906, de 1994;

g) nulidade do decreto expropriatório pela ausência de pressuposto de utilidade pública;

h) idem por ausência de prévio plano de infra-estrutura urbanística;

i) idem pela inobservância da competência exclusiva municipal no tocante à ordenação do solo urbano;

j) idem pela ausência de estudo prévio de impacto ambiental;

k) idem por ser de uso público o bem desapropriado.

Em contra-razões, o Estado da Bahia refutou todos os argumentos da recorrente.

O Ministério Público opinou, nesta instância, pelo desprovimento do recurso.

Do exame que fiz dos documentos depositados nos autos e das razões desenvolvidas pelas partes, estou convencido que o recurso não merece ser provido.

Com razão o Ministério Público Estadual, conforme parecer de fls. 579/581, da lavra do Subprocurador-Geral da República Benedito Izidro da Silva, ao afirmar:

4. O recurso não merece prosperar. Correta a análise feita pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

5. Isto porque, o Estado tem poderes para desapropriar, desde que fundamente seu ato, como no caso em análise, cuja justificativa se deu através do art. 5º, alínea **i**, do Decreto Lei n. 3.365/1941.



6. Na espécie, não ficou demonstrado o direito líquido e certo da impetrante, visto que o imóvel será destinado à implantação de unidade industrial no Município, conforme protocolo de intenções firmado entre o Estado da Bahia e a Indústria de Calçados Jacob/Calçados Kildare, e outro acordo firmado pelo Município de Itabuna e a mesma empresa, não acarretando nenhum prejuízo à impetrante.

7. Verifica-se que a recorrente nada mais quer do que a nulidade de tal ato, por entender que a declaração expropriatória não está devidamente fundamentada, uma vez que a alínea **i** do art. 5º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 não prevê a hipótese supostamente ilegal declarada de desapropriação para a implantação de unidade industrial.

8. Cumpre salientar, no entanto, que a jurisprudência do excelso Pretório, guardião máximo da Constituição, é firme no posicionamento de que a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação é atribuição discricionária do Poder Público, sendo perfeitamente legal quando propõe-se a alcançar finalidade prevista em Lei, caso dos autos (Decreto-Lei n. 3.365/1941). Se não vejamos:

Desapropriação. *Instalação de distrito industrial (Lei n. 3.820/1973, artigo 2º, do Município de Santos, SP). Utilidade pública. Conceito amparado pelo artigo 5º, i, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Precedentes do STF. II - mandado de segurança denegado em ambas as instâncias. III - recurso extraordinário que se não conhece pela incorrência de seus pressupostos. (grifo nosso)*

(RE n. 86.564, DJ: 21.09.1979, p. 07.036, Relator Ministro Thompson Flores)

Desapropriação por utilidade pública. Ações da Fazenda Santa Marta do Nordeste S/A. Desapropriação que se destina a implantação de uma empresa pública rural e de uma cooperativa de assentamento de base. Decreto n. 1.724, de 7 de julho de 1983, da Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista-BA, baseado no artigo 5º, alínea **e**; do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Direito federal invocado. Artigos 60, I e II, 66, 161 e 170, da Constituição Federal, artigo 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e Lei Federal n. 4.320. *Não vulnerado nem dissídio jurisprudencial configurado, pois o decreto em exame propõe-se alcançar finalidade expressamente prevista em lei e não visa transferir a particulares a propriedade da área desapropriada: revogação da medida cautelar. RE não conhecido. (grifo nosso)*

(RE n. 112.637-BA, DJ 18.03.1988, p. 05.572, Relator Ministro Célio Borja)

Mandado de segurança. Revogação do ato de desapropriação. Sua possibilidade por inexistência de direito subjetivo do expropriado. *A declaração da utilidade pública para fins de desapropriação e, sem dúvida, atribuição discricionária do poder público, e, por igual, a retratação.* (grifo nosso)

(MS n. 1.601, DJ 11.10.1957, Relator Ministro Ari Franco)

9. É pacífico, também, o entendimento desse egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legal a desapropriação para utilidade pública, respaldada em Lei, que tem por objetivo uma melhor utilização da propriedade, dando à mesma uso de interesse coletivo.

10. Neste sentido:

Administrativo. Desapropriação por interesse social. Legitimidade do Estado.

1. *A desapropriação pode ser por utilidade pública, regida pelo DL n. 3.365/1941, ou por interesse social (Lei n. 4.132/1962).*

2. A desapropriação por interesse social abriga não somente aquela que tem como finalidade a reforma agrária, de competência privativa da União, como também aquela que objetiva melhor utilização da propriedade para dar à mesma uso de interesse coletivo.

3. Decreto Estadual que pautou-se no art. 2º da Lei n. 4.132/1962, tendo o Estado absoluta competência para a expropriação.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(grifo nosso)

(REsp n. 20.896-SP, DJ 13.12.1999, p. 00128, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Ora, no proceder desapropriatório, conforme ensina José de Santos Carvalho Filho, em seu “Manual de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 5ª Ed., 1999, p. 575, “... o poder de escolha (por desapropriar, à vista da declaração de utilidade pública) é privativo da Administração Pública e não cabe ao juiz criar outro juízo de valor, porque é necessário garantir a separação de Poderes e de funções (art. 2º da CF).”

Em face do exposto, consagrado está na doutrina e na jurisprudência que não há possibilidade do Judiciário examinar o ato da Administração que, sob os critérios da oportunidade, necessidade e conveniência, desapropria, para fins de utilidade pública, bens para formação de Distrito Industrial.

Com razão, portanto, o Estado da Bahia ao consignar, às fls. 546/547:



É que tanto o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal quanto o art. 164, IV, da Constituição Estadual asseguram ao Estado da Bahia o poder de declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação, de bens situados ao alcance do seu domínio, sendo apenas exemplificativas as hipóteses previstas no art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

É o que, por todos - por Pontes de Miranda, por Guimarães Menegale, por Limongi França, por Pestana de Andrade -, observa José Carlos de Moraes Salles:

A enumeração legal dos casos de desapropriação é meramente exemplificativa. A aceitar-se o argumento de que a referida enumeração é taxativa, teríamos de aceitar, também, a consequência de ser impossível a expropriação quando, apesar de manifesta a necessidade ou utilidade pública de determinada obra a ser executada pelo Poder Público, não tivesse havido previsão legal abrangedora da mencionada hipótese.

Entendemos, pois, que, ocorrendo caso de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, ainda que não previsto em lei, possível será a desapropriação do bem pretendido pelo Poder Público para atendimento daquela finalidade, porque a previsão constitucional dos pressupostos da expropriação é suficiente.

A fundamentação acima referida do Estado da Bahia está assentada em ensinamentos de José Carlos de Moraes Salles, *in* “A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência”, SP, RT, 3ª ed., 1995, p. 90/91.

Socorre ao Estado recorrido o que, do modo próprio, se assinala à fl. 552:

De parte o fato de que, tendo agora essa oportunidade, a Recorrente não diz nada que ampare a sua pretensão, todavia, é certo que na fase declaratória da desapropriação, por utilidade pública, não há que se falar em processo bilateral.

É que o Decreto que declara, a. utilidade pública do bem a ser eventualmente expropriado é ato que, como observa Massami Uyeda, “consulta apenas a oportunidade, conveniência ou adequação da edição da medida”⁵. Tratando-se, assim, de ato administrativo preliminar ao processo expropriatório propriamente dito, uma vez que objetiva apenas manifestar a vontade da Administração no sentido de se apropriar do bem⁶, não há que se falar em bilateralidade de audiência.

Se “ao promover a desapropriação”, por ato declaratório da utilidade pública do bem, “o Poder Público não consulta a vontade, a conveniência ou a oportunidade do expropriando”, na medida em que aqui “o Estado age em função do interesse público e diante deste o interesse privado cede lugar”⁷, enfim, é claro que o contraditório só há de ter lugar na fase propriamente executória da pretensão de expropriar.

Sem que se possa falar, dessa. forma, em interesse tutelável do expropriando em integrar o *iter* que culminou no Decreto de declaração de utilidade pública do bem, tampouco se pode acolher mais esse argumento lançado na inicial do *writ*.

(⁵ Massarni Uyeda, Da desistência da desapropriação. Curitiba: Juruá. 2. ed., 1999, p. 31; ⁶ Miguel Seabra Fagundes, Da desapropriação no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2. ed., 1949, p. 62 e 133; ⁷ Massami Uyeda, Da desistência da desapropriação, *op. cit.*, p. 36/37.)

Tem dito a jurisprudência (fl. 87):

Desapropriação por utilidade pública de imóvel destinado a implantação de distrito industrial. Não compromete sua legitimidade a circunstância de se deverem vender a particulares, que neles hajam de levantar estabelecimentos industriais, lotes extraídos da área expropriada. Recurso Extraordinário conhecido, mas não provido. (RE n. 88.742-MG, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, publ. DJ de 08.06.1979, p. 04536, Ement Vol. 01.135-02, p. 00309, RTJ Vol. 00090-01, p. 00265).

Não se perca de vista que, conforme acentuado pela melhor doutrina, a expedição de decreto desapropriatório de bens para fins de utilidade pública não tem o condão, por si só, de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado. Os seus efeitos são, unicamente, declaratórios. A efetivação do declarado no decreto será objeto de procedimentos futuros, inclusive, em caso de desapropriação por utilidade pública, ao condicionamento das obras serem aprovadas pelo município respectivo e, se for o caso, autorizadas pelos órgãos fiscalizadores do meio-ambiente. É essa a interpretação que se dá ao art. 5º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Esses atos são praticados após a consumação da desapropriação e debates nos órgãos competentes dos projetos e apresentados com pretensão de serem liberados.

Não há que se confundir a declaração de utilidade pública posta no decreto expropriatório com a desapropriação propriamente dita. São fases distintas. É o que ensina José Carlos de Moraes Salles, na sua obra já citada, p. 141 (fls. 127/128):

Relembre-se, ademais, que a declaração de utilidade pública não se confunde com a desapropriação propriamente dita.

Pela primeira, declara-se um bem de utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação.

A desapropriação, entretanto, só se verifica com o acordo entre o expropriante e expropriado para a transferência do imóvel deste para aquele, ou principia com a citação para a ação judicial intentada, com o referido objetivo, pelo Poder Público ou por seus delegados.



Os demais argumentos da recorrente foram respondidos, corretamente, pela recorrida às fls. 537/545:

Da preliminar de nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional.

5. Apesar do título dado pela Recorrente, pretende ela, na verdade, declarar a nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional- ausência de apreciação fundamentada de supostas questões jurídicas por si aventadas no mandado de segurança, quais sejam:

a) nulidade do decreto expropriatório por inexistência de fundamentação (utilidade pública não configurada);

b) nulidade do decreto expropriatório por ausência de prévio plano de infraestrutura urbanística específico para implantação de distrito industrial;

c) nulidade do decreto expropriatório por inobservância da competência exclusiva municipal no tocante à ordenação do solo urbano, a caracterizar desvio de finalidade;

d) nulidade do decreto expropriatório pela ausência de cientificação e autorização da Recorrente para a penetração no seu imóvel antes da publicação do decreto;

e) nulidade do decreto expropriatório pela ausência do devido processo legal, ampla defesa e contraditório;

f) nulidade do decreto expropriatório pela ausência de autorização do órgão estadual respectivo e do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RETA);

g) nulidade do decreto expropriatório por deficiência na qualificação do objeto;

h) nulidade do decreto expropriatório por incluir bens públicos de uso comum do povo, insuscetíveis de desapropriação;

i) nulidade do decreto expropriatório pela inobservância do art. 46 da LC n. 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - e da não demonstração de dotação orçamentária para indenização respectiva.

6. No entanto, *verifica-se que a Recorrente confunde a preliminar com o mérito da causa. Aqui, em sede de preliminar, deve-se tão somente examinar se houve ou não pronunciamento jurisdicional a respeito das matérias. O acerto ou erro deste pronunciamento constitui mérito do recurso.*

7. Constitui negativa da prestação jurisdicional a não solução das questões jurídicas (pontos controvertidos) suscitados pelas partes; e nunca o não acolhimento

das razões - argumentos - daquelas pelo órgão julgador. Este o entendimento unânime deste Superior Tribunal de Justiça:

II – Inocorre a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que os temas foram devidamente analisados, não tendo o condão de macular a decisão, a ponto de anulá-la, o fato de não ter o tribunal encontrado a solução buscada pelo recorrente. A negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios só se configura quando, na apreciação do recurso, o tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida e não foi, o que não corresponde à hipótese dos autos.

No caso concreto, percebe-se:

8. Quanto à primeira questão (item 1.1. das razões de recurso), o acórdão a examinou e reconheceu a existência de motivação para a desapropriação pública (utilidade pública consubstanciada na implantação de parque industrial), salientando, ainda, não poder adentrar no exame da conveniência e oportunidade de ato administrativo discricionário, pois o controle jurisdicional encontrava-se limitado ao exame da legalidade (verificação da presença de motivação do ato administrativo).

9. De referência, à segunda questão (item 1.2), o acórdão é muito claro ao entender ser necessário o projeto de implantação de distrito industrial, previsto no § 3º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, somente quando da efetivação da desapropriação que, como sabido, somente ocorre com o pagamento do preço justo (arts. 10 e 29 do referido diploma legal).

10. A suposta terceira causa de nulidade (item 1.3) também foi decidida, reconhecendo o Tribunal de Justiça da Bahia a diferença entre a decisão administrativa expropriatória - declaração de interesse público sobre imóvel particular - e a competência municipal para ordenação do solo urbano, não ferindo tal competência a expropriação; sem contar que pretenderia a Recorrente antecipar-se à execução do projeto em si mesmo.

11. Solucionou-se a quarta (item 1.4) por não afetar o decreto expropriatório a ausência de permissão para conhecer o imóvel, cabendo, ao máximo, perdas e danos.

12. A quinta, questão (item 1.5) se mostrou uma das mais óbvias e foi resolvida justamente ao se reconhecer qual o procedimento administrativo para a desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/1941), no qual não há litígio entre Administração e particulares, a não ser a discussão sobre preço, que se efetiva judicialmente. O devido processo legal foi respeitado com a declaração de expropriação (decreto) e posterior propositura da ação cabível.



13. No que tange à sexta questão (item 1.6) a transcrição realizada pela Recorrente já serve a afastar a preliminar por si própria suscitada. Se decidiu que a questão era, prematura, pois condicionada à efetivação da desapropriação, houve sim solução judicial, descaracterizando a alegada omissão.

14. A sétima alegação de nulidade (item 1.7) também sofreu análise e foi afastada por se considerar perfeito o decreto expropriatório, inclusive quanto à descrição do imóvel.

15. A oitava (item 1.8) idem. Reconheceu-se inexistir qualquer vedação legal a expropriação de bem público.

16. Por fim, a nona alegação (item 1.9) tampouco mereceu acolhida porque a menção à dotação orçamentária não integra os requisitos do decreto expropriatório, não se configurando qualquer prova de violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A mera leitura do acórdão já serviria a afastar todas essas alegações.

17. Surpreendentemente, a negativa da prestação jurisdicional também adviria da ausência de apreciação de fatos e provas supervenientes (item 1.1.3), a saber, da juntada de petição da Recorrente, informando a propositura da desapropriação e a concessão da imissão de posse. Por urna mera constatação topológica, percebe-se que o relatório e o acórdão foram proferidos após a petição, a permitir se deduzir ter sido o citado fato analisado.

Da preliminar de nulidade do acórdão pela não juntada de petição da recorrente.

18. Suscita a Recorrente preliminar de nulidade do acórdão porque não teria sido juntada petição em que reitera o pedido de concessão de liminar.

Antes mesmo de se analisar juridicamente a questão proposta, imagine-se que pretende a Recorrente invalidar uma decisão de mérito porque não houve juntada de petição relativa a decisão liminar, que seria por aquela (decisão de mérito) substituída! Existiria lógica?

19. A decisão liminar, em mandado de segurança, serve à proteção da futura tutela a ser concedida. Substitui-se, portanto, a decisão liminar pela decisão de mérito. Na medida em que há decisão de mérito resta prejudicado o pedido de decisão liminar, sendo estes conceitos básicos.

Dessa maneira, a ausência da juntada da petição da Recorrente diante do julgamento de mérito do mandado de segurança não lhe traz qualquer prejuízo, antes, serve à efetivação dos princípios da celeridade e economia processuais, não sendo, pois, cabível argüir a invalidade por vício de forma, *ex vi* do devido processo legal. Não há nulidade sem prejuízo (CF/1988, art. 5º, LIV, c.c. CPC, arts. 244, 249, § 10).

Da preliminar de nulidade do acórdão pela ausência de manifestação sobre o pedido de esclarecimentos sobre procedimentos relativos ao direito inserto no art. 7º, VIII, da Lei n. 8.906/1994.

20. Com a devida vênua, o conhecimento da lei é obrigatório a todos e, principalmente, aos profissionais da área jurídica. Assim, descabido ao advogado pretender esclarecimentos acerca do direito a. ter acesso aos autos e ao julgador (EAOAB, art. 7º, VIII).

Se entendia a Recorrente a existência de “obstáculos” criados ao exercício profissional da advocacia, deveria ter agido na forma da lei, a exemplo de reclamação perante a Corregedoria Geral da Justiça, representação frente à Ordem dos Advogados do Brasil, enfim, deveria ter adotado os meios cabíveis para sanar o que via como problema, efetivamente estranho ao mandado de segurança impetrado.

21. O presente mandado de segurança não era o meio adequado à resolução do suposto conflito entre o advogado e o Gabinete do Relator (CF/1988, art. 5º, LXIX, de Lei n. 1.533/1951, art. 1º, e CPC, art. 267, VI), agindo com acerto o Tribunal de Justiça da Bahia ao afastar a questão administrativa.

Imagine-se anular uma decisão de mérito porque o advogado, supostamente, não logrou ter acesso aos autos, que se encontravam conclusos para decisão! No caso, resta muito claro que o objetivo dessa preliminar não é garantir exercício profissional.

Do pedido existente às fls. 443 de julgamento de mérito pelo STJ acaso acolhida a preliminar de nulidade.

22. Convenientemente, confunde a Recorrente os conceitos de declaração de nulidade e extinção do feito sem julgamento de mérito, invocando a aplicação do art. 515, § 3º do CPC.

23. A norma tem aplicação restrita, a partir da modificação de decisão em instância por outra, em 2ª instância. Pode-se afirmar pela substituição, reforma. Na hipótese de declaração de nulidade de decisão, esta decisão é desconstituída, portanto, impossível substituir algo sem validade no plano jurídico.

Se aplicado o art. 515, § 1º, ter-se-ia aqui supressão de instância, em violação ao devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV).

Deve-se, pois, indeferir este pedido, na absurda hipótese de se acolher qualquer das preliminares de nulidade do acórdão.

Dos fatos reais.

24. O anexo processo administrativo, em que se materializou a fase declaratória da desapropriação, indica a existência de dois protocolos de intenção que precederam o Decreto em questão.



25. O primeiro protocolo, celebrado entre o Estado da Bahia e a Calçados Jacob S/A em junho de 1997, projetava estabelecer relações recíprocas para que aquela empresa instalasse urna unidade fabril no Município de Itabuna e, nomeadamente, ajustava, como compromisso do Estado disponibilizar área de 30.000 m² (trinta mil metros quadrados) de terrenos, na zona urbana do Município de Itabuna-BA (doc. anexo).

Em preâmbulo ao instrumento, assim se registrou a causa das tratativas:

A atração de empresas localizadas nas regiões mais desenvolvidas do País deverá efetivar-se através de concessão de benefícios que compensem as desvantagens da realocização industrial, como a infra-estrutura de suprimento de insumos e a necessidade de treinamento de mão-de-obra (doc. anexo).

25. Pelo segundo protocolo, celebrado entre a Prefeitura daquele Município e a empresa de calçados, ficou ajustado que:

o Poder Executivo do Município de Itabuna compromete-se a desenvolver todos os esforços para que o Poder Legislativo aprove legislação que permita o cumprimento dos compromissos assumidos no presente Protocolo (doc. anexo).

26. Com a localização da área que, de acordo com os entendimentos havidos em razão desses dois protocolos de intenção, melhor se ajustava à utilidade pública registrada no preâmbulo do primeiro instrumento, foi elaborado o memorial descritivo do imóvel e, em seguida, após a análise do órgão jurídico da Superintendência de Desenvolvimento Industrial e Comercial do Estado (doc. anexo), editou-se o Decreto de desapropriação.

Estou de pleno acordo com as razões acima apresentadas. Elas estão em harmonia, conforme demonstrado, com o nosso ordenamento jurídico.

Isso posto, voto pelo desprovemento do recurso, mantendo o acórdão recorrido que denegou a segurança.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki:

Administrativo. Desapropriação. Distrito industrial (art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941). Decreto expropriatório. Disponibilização da área a apenas uma empresa. Ilegalidade. Recurso ordinário provido, acompanhando a relatora.

1.- Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança visando à nulidade do Decreto n. 7.917/2001, que, com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (construção ou ampliação de distritos industriais) determina a desapropriação de área para implantação de unidade industrial no Município de Itabuna-BA (art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 7.917/2001 - fl. 148). O tribunal de origem denegou a ordem. Alega a recorrente que (a) o decreto expropriatório é nulo, pois fundado em dispositivo que não abarca a hipótese de implantação de unidade industrial; (b) o poder de desapropriar para fins de criação de distrito industrial é exclusivo do Município; (c) não foram respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal no processo administrativo que gerou o Decreto; (d) não foi realizado o EIA-RIMA, necessário à implantação de distrito industrial; (e) não há autorização legislativa para a realização da desapropriação, que, no caso, é necessária; (f) não há a prévia dotação orçamentária exigida pela Lei Complementar n. 101/2000. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

A relatora, Min. Denise Arruda, deu provimento ao recurso em voto assim ementado:

Processual Civil. Mandado de segurança. Recurso ordinário. Decreto expropriatório. Art. 5º, alínea **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Implantação de “unidade” industrial. Nulidade do ato viciado por desvio de finalidade, pois beneficia uma única empresa privada. Autoridade coatora incompetente para a expedição do ato.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

2. A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

3. O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório – art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, no caso dos autos – deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

4. Por distritos industriais deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público



mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados” (SILVA, José Afonso da. “Direito Urbanístico Brasileiro”, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377).

5. O decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

6. Ademais, a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe “o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, dependendo, ainda, “de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/1988.

7. O Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado pela via do presente *mandamus* como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

8. A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que “é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder” (REsp n. 36.611-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.1994).

9. Recurso provido para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto n. 7.917/2001, expedido pelo Governador do Estado da Bahia.

Em voto-vista, o Min. José Delgado divergiu da relatora, negando provimento ao recurso ao fundamento de que (a) “não há possibilidade do Judiciário examinar o ato da Administração que, sob os critérios da oportunidade, necessidade e conveniência, desapropria, para fins de utilidade pública, bens para formação de Distrito Industrial”; (b) a declaração de utilidade pública por Decreto do Governador do Estado diferencia-se da ordenação do solo urbano a ser levada a efeito pelo Município, que se dá em momento posterior; (c) as demais questões alegadas não são passíveis de exame no momento, pois são objeto da ação de desapropriação a ser promovida pelo Poder Público.

Pedi vista.

2.- Merece provimento o recurso. Conforme destacado pela Ministra relatora, a hipótese de desapropriação por utilidade pública para criação ou ampliação de distrito industrial (art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941) não abarca hipóteses como a dos autos. No caso, o Decreto Expropriatório n. 7.917/2001, no parágrafo único do seu art. 1º, determina que a área a ser expropriada “destina-se à implantação de unidade industrial no Município de Itabuna” (fl. 148). Ademais, de acordo com o exposto no Protocolo de Intenções firmado entre o Governo do Estado da Bahia e a Calçados Jacob S.A., o Estado se compromete a (a) “disponibilizar área de 30.000 m² (trinta mil metros quadrados) de terrenos, na zona urbana do Município de Itabuna-Bahia”; (b) “construir e ceder, em regime de comodato, edificações para implantação de plantas industriais” (fl. 135). Ocorre que, na forma do § 1º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, a criação de distrito industrial “inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, ou seja, (a) a implantação de várias indústrias na área expropriada; (b) a revenda ou locação dos lotes, e não sua disponibilização ou empréstimo a um determinada empresa. Assim, verifica-se a nulidade do Decreto baiano n. 7.917/2001, devendo ser concedida a segurança.

3.- Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário, acompanhando a relatora. É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.456-MG
(2005/0008734-6)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Lindomary de Lourdes Ribeiro
Advogado: Rita de Cássia Menossi Rodrigues e outro
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Impetrado: Secretário de Governo do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Heloiza Saraiva de Abreu e outros

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Acumulação de proventos de aposentadoria. Magistério e oficial de registro. Decreto n. 41.689/2001 (MG) e Lei n. 8.935/1994. Impossibilidade. Recurso ordinário a que se nega provimento.



ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 02.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado por Lindomary de Lourdes Ribeiro contra ato do Secretário de Estado de Governo de Minas Gerais que indeferiu pedido de aposentadoria no cargo de Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Francisco Sá ao argumento de não ser possível a acumulação dos proventos pleiteados com os já percebidos em razão de anterior aposentadoria no cargo de professora estadual.

Após indeferir a liminar (fl. 153), o Tribunal de origem decidiu denegar a ordem. O acórdão (fl. 168) foi ementado nos seguintes termos:

Ação originária de mandado de segurança. Professor e escrevente do foro extrajudicial. Acumulação. Impossibilidade. Segurança denegada.

1. A Constituição da República consagra o princípio da inacumulatividade de cargos públicos e proventos, excepcionadas as hipóteses exaustivas previstas no art. 37, XVI.

2. A atividade do escrevente do foro extrajudicial, dada a sua natureza burocrática, não se enquadra no denominado cargo técnico ou científico, restando vedada a acumulação com o cargo de professor.

3. Segurança denegada.

No recurso ordinário (fls. 180/183), a recorrente sustenta que (a) tem natureza privada o serviço dos notários e registradores, que não podem ser classificados como servidores públicos; (b) revela-se constitucional a acumulação em debate, já que o serviço de Oficial de Registro comporta natureza técnica, haja vista que a Lei n. 8.935/1994 equipara a qualificação de bacharel em direito

ao exercício de função notarial ou de registro por 10 anos para inscrição no concurso de provimento destes cargos; e (c) “os notários e registradores, não obstante não possuam *status* de servidores públicos, têm direito de aposentar-se pelo regime estatal anteriormente vigente” (fl. 182), a teor do art. 51 da Lei n. 8.935/1994, que estabeleceu diretriz transitória em atendimento ao preceito constitucional do art. 236 da CF.

Em contra-razões (fl. 190/197), o recorrido alega que (a) a vedação constitucional à acumulação engloba não apenas cargos, mas também empregos ou funções públicas; (b) a atividade desenvolvida pela recorrente não apresenta natureza técnica, devido ao fato de ser meramente burocrática; e (c) “ainda que se provasse que o cargo de Oficial Substituto de Registro de Imóveis é de natureza técnica, ou que exige discernimento técnico, haveria de se provar que o cargo de professor, então exercido simultaneamente, (...) seria de conteúdo pertinente ao dos serviços registrares” (fl. 196), demandando instrução probatória - inadmissível em sede de mandado de segurança.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 212/214).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Sobre a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, assim dispõe o art. 37, XVI, **b**, e XVII, da Constituição:

Art. 37 - *omissis*

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) (...)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) (...);

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

No caso, a recorrente busca acumular os proventos de aposentadoria decorrentes do exercício do cargo de professora e da função de Oficial de



Registro Público. Importa analisar, à luz da norma constitucional, se a referida função tem natureza técnica.

2. Definindo cargo técnico, para fins de acumulação de cargos, empregos e funções públicas estaduais, o art. 2º do Decreto n. 41.689/2001, do Estado de Minas Gerais, aplicável à espécie, estabelece que:

Art. 2º Considera-se cargo técnico ou científico aquele para cujo exercício é exigida de seu titular:

I- formação em nível superior de ensino; ou

II- formação em nível de ensino médio, com habilitação para o exercício de profissão técnica.

Parágrafo único. Equivale à habilitação profissional em nível de ensino médio a obtida em curso oficialmente reconhecido como técnico, em nível de segundo grau de ensino.

A seu turno, a Lei n 8.935/1994, que trata dos serviços notariais e de registro, ao dispor sobre os requisitos para a delegação do exercício desses serviços, traz em seu art. 15, § 2º, que “ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro”. Observa-se, portanto, que não há exigência taxativa de formação em nível superior e, tampouco, de “formação em nível de ensino médio com habilitação para profissão técnica” para o exercício da função de Oficial de Registro, afastando-se, com isso, da definição de cargo técnico adotada pelo Decreto n. 41.689/2001.

Ademais, na lição de Pontes de Miranda, já adotada pelo Supremo Tribunal Federal (AgRg no RE n. 431.994-AM, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJ de 03.03.2006), “exerce cargo técnico-científico aquele que, pela natureza do cargo, nele põe em prática métodos organizados, que se apóiam em conhecimentos científicos correspondentes” (Comentários à Constituição de 1946, vol. VI, 1960, p. 316). De acordo com Marçal Justen Filho, “atividade científica consiste naquela de produção, desenvolvimento e transmissão de conhecimento científico” e “atividade técnica é aquela orientada a produzir a modificação concreta da realidade circundante, por meio da aplicação do conhecimento especializado” (Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 600). Ora, também sob esse enfoque não pode ser considerada de natureza técnica ou científica a função de Oficial de Registro. Conforme bem assevera o acórdão recorrido (fl. 172), tal atividade é meramente burocrática, não se enquadrando na exigência constitucional.

Deve-se ressaltar, outrossim, que o art. 25 da Lei n. 8.935/1994 expressamente dispõe que “o exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão”.

Não há, portanto, possibilidade de acumulação de proventos no caso, uma vez que o cargo e a função em análise não podem ser acumulados.

3. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 643.389-PE (2004/0053681-9)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Posto Regina Amélia Ltda

Advogado: Bruno Romero Pedrosa Monteiro e outros

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Nelson Silvério de Santana Filho e outros

EMENTA

Tributário. Finsocial. Empresas varejistas de combustíveis. Compensação. Legitimidade ativa *ad causam*.

1. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp n. 648.288-PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

2. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou



provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Posto Regina Amélia Ltda* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, na ação ordinária que visava à compensação de valores recolhidos indevidamente a título de Finsocial, deu provimento à apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária.

O aresto restou assim ementado:

Processual Civil. Tributário. Finsocial. Comerciante varejista de combustíveis. Compensação. Valores pagos decorrentes de alíquotas superiores às previstas no Decreto-Lei n. 1.940/1982 com a Cofins pelo regime de substituição tributária. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

1. O comerciante varejista de combustíveis, atrelado ao regime de substituição tributária, não tem legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a compensação, por não ser quem recolhe os valores das contribuições sociais.

2. O valor referente ao Finsocial encontra-se embutido no preço pago pelo comerciante quando da aquisição do combustível ou lubrificante, o qual repassa-o para o consumidor final.

3. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial providas. (fl. 277)

Nas razões do apelo especial, a parte recorrente aponta divergência entre o entendimento firmado no acórdão recorrido e a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à legitimidade ativa do substituído tributário, sustentando ser direito do contribuinte substituído pleitear a compensação de créditos porventura recolhidos indevidamente aos cofres públicos.

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

Admitido o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A irresignação não merece acolhimento.

Sobre a matéria, a Primeira Seção, ao julgar os EREsp n. 648.288-PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

Nesse recurso, ao proferir o voto condutor, o Relator consignou:

Como se observa, a legislação vigente à época dos recolhimentos do extinto Finsocial, declarado inconstitucional pelo STF e que agora se pretende repetir na forma de compensação, estabelecia, quanto ao comércio de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, o regime de substituição tributária para frente, impondo ao distribuidor de combustíveis a responsabilidade pelo pagamento do tributo. Porém, ao repassar o produto ao varejista, o distribuidor embute no preço a contribuição que antecipadamente recolheu. Assim, embora não figure na relação tributária como responsável pelo recolhimento do Finsocial, o comerciante varejista, substituído tributário, ao adquirir o combustível para posterior revenda, desembolsa, além do preço do produto, o montante equivalente ao ônus da imposição fiscal. Portanto, no âmbito do regime de substituição tributária, detém o substituído legitimidade ativa para questionar a exigência do Finsocial.

3. Todavia, a questão posta em debate é de outra natureza e não diz, propriamente, com a legitimidade ativa mas com o próprio direito de haver a repetição do indébito. É que o direito de haver a restituição de valores indevidamente recolhidos (inclusive, como aqui ocorre, por via de compensação), pertence, em princípio, ao sujeito passivo da obrigação tributária, isto é, daquele a quem a lei impõe o dever de pagar o tributo, seja ele contribuinte (CTN, art. 121, I) ou responsável (CTN, art. 121, II). Dispõe, no entanto, o Código Tributário que ‘a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la’ (art. 166). No mesmo sentido, a Súmula n. 546 do STF, editada após a entrada em vigor da regra do CTN, afirma que ‘cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o *quantum* respectivo’.



(...)

Subjaz a essas conclusões o desiderato central do art. 166 do CTN, que é o de evitar o enriquecimento sem causa. Impede-se que seja beneficiado com repetição quantias relativas quem não sofreu qualquer diminuição patrimonial pelo indevido pagamento. Permite, desta forma, que o substituído tributário pleiteie a restituição, desde que para tanto esteja expressamente autorizado pelo contribuinte de fato.

4. Seguindo essa orientação, embora se reconheça a sua legitimidade para questionar a exigência do tributo, não tem o substituído tributário (comerciante varejista) legitimidade ativa para pleitear a repetição dos valores indevidamente recolhidos, porque não demonstrado nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final. Acertado, portanto, o acórdão do Tribunal *a quo* que, interpretando tal dispositivo, afirmou que o comerciante varejista não possui 'legitimidade ativa *ad causam*, para requerer em juízo a devolução de tais valores, pois é empresa do ramo varejista, não sendo ela quem recolheu a exação em comento. Observe-se que no preço da venda do combustível já está incluído o valor do tributo, o qual é repassado diretamente ao consumidor final. A autora só faria jus a tal devolução se demonstrasse cabalmente, não ter repassado o valor do tributo ao consumidor final' (fl. 458). Irrepreensível também o acórdão embargado que explicitou não ter o comerciante varejista de combustíveis legitimidade para pleitear a compensação de valores indevidamente recolhidos, indicando jurisprudência desta Corte, segundo a qual 'o valor referente ao Finsocial encontra-se embutido no preço pago pelo comerciante quando da aquisição do combustível ou lubrificante, o qual repassa-o totalmente para o consumidor final' (fl. 498).

No mesmo sentido, vale conferir o escólio de Hugo de Brito Machado, para quem tanto o substituto como o substituído têm legitimidade ativa para propositura de ações questionando a validade de aspectos do regime, na medida em que ambos integram a relação jurídica tributária, fazendo-se, no entanto, a ressalva quanto à "ação de restituição de indébito, para a qual terá legitimidade quem provar haver efetivamente arcado com o ônus do tributo" (*Substituição Tributária e realidades afins - legitimidade ativa ad causam*, in Revista Dialética de Direito Tributário 68, maio de 2001, p. 68/69).

Nesse contexto, não merece reforma o acórdão do Tribunal de origem quando afirma que "a autora só faria jus a tal devolução se demonstrasse cabalmente não ter repassado o valor do tributo para o consumidor final. Não sendo, o revendedor varejista de combustíveis e lubrificantes quem arca com o ônus financeiro, não poderá esse reivindicar a sua devolução, caso contrário estaríamos autorizando o seu enriquecimento sem causa, concedendo a uma

determinada pessoa o que não lhe seria devido, fato esse deveras combatido pelo nosso ordenamento jurídico.” (fl. 273)

Diante do exposto, o recurso especial deve ser desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.216-DF (2004/0037073-9)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: União

Recorrido: Paulo Geovani Nunes Azzolin e cônjuge

Advogado: Ercias de Paula e outro

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Acidente de trânsito provocado por falha na pavimentação (buraco) de rodovia federal. Indenização por danos materiais. Rito sumário. Alegada violação do art. 277, § 5º, do CPC. Não-ocorrência. Conversão para o rito comum ordinário. Desnecessidade. Desprovimento.

1. A ação de indenização por danos materiais causados em acidente de veículo de via terrestre processar-se-á pelo rito comum ordinário, independentemente do valor da causa (CPC, art. 275, II, **d**).

2. O art. 277, § 5º, do CPC, autoriza a conversão do rito sumário para o ordinário *quando houver necessidade* de prova técnica de maior complexidade.

3. O TRF da 1ª Região, com base nos fatos e provas, conclui que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, os danos materiais, o nexo de causalidade e a omissão do Estado; (III) não houve culpa (negligência) do motorista no acidente.

4. O conjunto de provas produzidas nos autos (documentos, testemunhas e perícia técnica) foi suficiente para julgar a lide. Portanto, revela-se completamente desnecessária a realização de



prova técnica complexa e, assim, totalmente impertinente a conversão do procedimento.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela União Federal com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sintetizado na seguinte ementa (fl. 277):

Direito Civil. Indenização por dano material. Acidente de automóvel em rodovia federal. Má conservação das estradas. Cabimento. Denúnciação da lide. Polícia Rodoviária Federal. Impossibilidade. Responsabilidade objetiva do Estado.

Não há se falar em denúnciação da lide fora das hipóteses elencadas no art. 70 do Código de Processo Civil, ainda que a relação de direito permita o ajuizamento de ação regressiva própria. Perfaz responsabilidade objetiva do Estado a conduta omissiva dos Órgãos ou Agentes estatais, que deixam de promover as devidas obras de conservação e restauração das rodovias sob sua administração, deixando a qualquer sorte os cidadãos usuários da malha rodoviária federal. Os acidentes havidos em decorrência dessa conduta omissiva, diante da comprovação do dano e presente o nexo causal com a aludida conduta, deverão ser indenizados pelo Estado, na conformidade do dispositivo constitucional insculpido no art. 37, § 6º. Recurso adesivo, apelação do DNER e remessa oficial improvidos.

A recorrente aponta violação do art. 277, § 5º, do Código de Processo Civil, alegando, em síntese, que: (a) “a solução da lide, acidente automobilístico em rodovia, exige a produção de provas mais complexas, ao contrário do que foi afirmado no v. acórdão, o qual optou por atender ao disposto no art. 275, inciso II, letra **d**, sem se atentar para o disposto no art. 277, § 5º, ambos do CPC” (fl. 283); (b) a manutenção do rito sumário prejudicou o seu direito de defesa, pois não teve condições de comprovar a improcedência do pedido.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, a fim de anular o aresto regional e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, para que seja proferido novo julgamento (fl. 285).

Contra-razões não-apresentadas (fl. 286).

Admitido o recurso na origem (fl. 287), subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): Os recorridos ajuizaram ação de conhecimento, sob rito ordinário, pleiteando a condenação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – sucedido, no feito, pela União Federal – ao pagamento de indenização por danos materiais causado no veículo e despesas médico-hospitalares decorrentes de acidente de trânsito provocado por falha na pavimentação (buraco) de rodovia federal.

Na decisão de fl. 133, o juiz de primeiro grau converteu o rito ordinário em sumário, com fundamento no art. 275, II, **d**, do CPC.

A r. sentença rejeitou a preliminar de denúncia da lide à Polícia Rodoviária Federal e, no mérito, julgou procedente o pedido, para condenar o réu ao pagamento dos danos causados ao veículo acidentado e das despesas médico-hospitalares e periciais, acrescidos de juros moratórios desde o evento danoso (Súmula n. 54-STJ) e correção monetária, além das custas processuais e honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor da condenação.

O TRF da 1ª Região, por seu turno, negou provimento ao recurso de apelação do DNER, mantendo, assim, a r. sentença. Merece destaque, pela absoluta pertinência, o seguinte excerto do voto condutor (fls. 269/272):

Consta dos autos que, enquanto trafegavam pela Rodovia Federal BR-476, sentido São Mateus do Sul-PR, os autores Paulo Geovani Nunes Azzolin, e sua esposa Mara Roseli Murari Azzolin, ao cruzarem o KM 162 da rodovia, se depararam com



falhas na pista que motivaram a conduta do motorista, Paulo Geovani, no sentido de proceder manobras para desviar dos buracos, ocasião em que se viu diante de um buraco maior, do qual não pode desviar, tendo seu veículo atingido a falha, e vindo a capotar na seqüência.

O *laudo pericial* concluiu que o tempo naquele momento era bom, e permitia boa visibilidade. O veículo desenvolvia velocidade compatível à da via, e o buraco teria sido realmente a razão do acidente. Não foram registradas no entanto, marcas de freadas antes do buraco.

As circunstâncias que envolveram o acidente estão ilustradas pelos croquis elaborado pela *perícia* do Batalhão da Polícia Rodoviária, constante dos autos sob as fls. 10/11.

Os *danos causados ao veículo* estão descritos nos orçamentos realizados por oficinas especializadas, constantes às fls 29/31, e visualizados pelas fotografias acostadas sob as fls. 36/39. Às fls. 32/33, os autores juntam *notas de atendimentos médicos* prestados à autora Maria Roseli Azzolin, em decorrência do acidente. (...)

Quanto à irresignação do apelante pelo rito sob o qual se processou o feito, convertido pelo MM. Juízo a quo em Ação Sumária conforme decisão de fl. 133, melhor sorte não merece, posto que é determinação imposta pela mesmo Código de Processo Civil em seu art. 275, II, d (...).

Desse modo, por se tratar de ação de reparação civil por danos materiais causados ao veículo automotivo dos autores, de via terrestre, enquadra-se perfeitamente na hipótese ilustrada no aludido dispositivo legal, razão pela qual há que ser rejeitada a preliminar.

Não é o caso portanto, de ação de responsabilidade civil do Estado, dissociada dos elementos causadores e circunstâncias envolvidas no evento ocorrido, como aduz o apelante. Trata-se de responsabilidade civil do Estado dentro da hipótese prevista no art. 275, II, **d**, do CPC.

Em nota colacionada pelo doutrinador Theotônio Negrão em seu Código de Processo Civil, 'O procedimento sumário é adequado para as causas de reparação de dano resultante de acidente de trânsito, seja esse dano de natureza material ou pessoal. (RT n. 475/1991, 501/105, 541/210, RJTJESP n. 50/41, Bol. AASP n. 846/180).'

No caso vertente, o que intentam os autores senão a reparação dos danos materiais e pessoais suportados pelos mesmos em decorrência do acidente por eles sofrido? Tenho portanto como superada a preliminar. (grifou-se)

A recorrente, como visto, defende que seria necessária a conversão do rito comum sumário em ordinário, com base no art. 277, § 5º, do CPC, que dispõe:

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei n. 9.245, de 26.12.1995)

(...)

§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade. (Incluído pela Lei n. 9.245, de 26.12.1995)

Contudo, não lhe assiste razão. A pretensão de direito material deduzida pelos recorridos (ressarcimento de prejuízos materiais decorrentes de acidente de trânsito) enquadra-se, perfeitamente, na previsão do art. 275, II, **d**, do CPC, a saber:

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II - nas causas, qualquer que seja o valor:

- a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;
- b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;
- c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; (Redação dada
- d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;*
- e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) nos demais casos previstos em lei.

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. (grifou-se)

Sob outro ponto de vista, compete ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo (CPC, art. 130), assegurando-se-lhe, à luz do princípio do livre convencimento motivado, apreciar livremente a prova, de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos (CPC, art. 129).

Diante disso, o TRF da 1ª Região, ao julgar o mérito, decidiu (fls. 272/275):



Passando ao exame do mérito, verifico que nos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas, é unânime a constatação de que a rodovia se encontra em péssimo estado de conservação, e que os motoristas que por ali trafegam têm que se submeter a um verdadeiro exercício de habilidade ao volante para não serem vitimados pelos inúmeros buracos espalhados por toda extensão da pista.

Especialmente no depoimento constante à fl. 119 dos autos, prestado por Ori Stoco, policial militar que participou como membro da Comissão de Análise de Acidentes do 1º CR/DER-PR, desprende-se que a Comissão chegou a conclusão de que não haveria indícios que imputassem ao condutor a culpa pelo acidente havido.

Todavia, em sua peça de apelação, o DNER levanta no mérito, diversas considerações no sentido de atribuir culpa ao condutor do veículo, sustentando que o longo tempo que empreendia em sua jornada e a ânsia de chegar ao seu destino, teriam comprometido seus reflexos, e teriam ocasionado o acidente. Aduzem ainda que a ausência de marcas de freada junto ao buraco que provocou o acidente traduziria o excesso de velocidade desenvolvida pelo autor, o que impossibilitou uma reação do mesmo em frear o carro para transpor o obstáculo.

Ora, não pode o DNER querer fazer acreditar que, contrariando o resultado do laudo pericial e todas as outras provas colhidas nos autos, a responsabilidade pelo acidente ocorrido seja exclusivamente do condutor do veículo, baseando tais assertivas simplesmente em suposições de sua autoria, sem que haja qualquer amparo para tanto. (...)

A obrigação de indenizar decorre da hipótese inculpada no art. 37, § 6º da Constituição Federal (responsabilidade civil do Estado), bastando que se façam presentes e comprovados o dano suportado pelo cidadão, e o nexos causal com a conduta do Órgão ou Agente estatal. (...)

In casu, os danos foram devidamente demonstrados, e da mesma maneira identificada a conduta omissiva do Estado, em não propiciar aos cidadãos, as devidas condições para que pudessem trafegar normalmente pelas estradas sob sua administração, assumindo destarte o risco pelos eventos danosos que porventura surgissem como consequência da mesma omissão. (grifou-se)

Desse modo, com base nos fatos e provas, conclui-se que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, os danos, o nexos de causalidade e a omissão do Estado; (III) não houve culpa (negligência) do motorista no acidente.

O conjunto de provas produzidas nos autos (documentos, testemunhas e perícia técnica) foi suficiente para julgar a lide. Revela-se, portanto, completamente

desnecessária a realização de “prova técnica de maior complexidade” e, assim, totalmente impertinente a conversão do rito comum sumário para o rito comum ordinário.

Diante do exposto, impõe-se o desprovimento do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 674.884-PR (2004/0119974-1)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Conselho Regional de Farmácia do Estado do Paraná - CRF-PR

Advogado: Rodrigo Luiz Menezes e outro

Recorrido: C Rodrigues Mendonça - Matriz

Advogado: Deolindo Esturilio

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Conselho Regional de Farmácia. Multa. Sanção pecuniária. Aplicabilidade do art. 1º, da Lei n. 6.205/1975. Precedentes.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no EREsp n. 254.949-SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS n. 9.213-DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC n. 26.808-RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

2. Esta Corte sedimentou entendimento no sentido de que o art. 1º da Lei n. 6.205/1975, que veda a fixação de valores monetários com base no salário mínimo, não é aplicável às multas, porquanto estas são sanções pecuniárias.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 22.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em embargos à execução fiscal, conheceu parcialmente da apelação interposta pelo recorrente para, nesta parte, dar-lhe provimento, decidindo, no que importa à presente demanda, que, com a edição da Lei n. 6.205/1975, o salário mínimo deixou de ser indexador para a apuração do valor da multa, “para dar lugar a um ‘sistema especial de atualização monetária’ que, ao depois, através do Decreto n. 75.704/1975, passou a ser o chamado valor de referência” (fl. 125).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 139/143).

No recurso especial (fls. 146/163), o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 535, II, 165, 458, II, do CPC, argumentando não ter sido sanada a omissão apontada nos embargos de declaração, essencial ao deslinde da controvérsia; e (b) arts. 1º da Lei n. 6.205/1975, 1º da Lei n. 5.724/1971, 2º do Decreto-Lei n. 2.351/1987, 2º da Lei n. 7.843/1989 e 5º da Lei n. 7.789/1989, aduzindo, em síntese, que o ordenamento não impede a vinculação do valor da multa aplicada pelo CRF-PR (art. 24 da Lei n. 3.820/1960) ao salário mínimo, pois essa penalidade tem natureza de sanção administrativa.

Sem contra-razões (fls. 193 v.).

É o relatório.

VOTO

O. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (EDcl no AgRg no EREsp n. 254.949-SP, 3ª Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS n. 9.213-DF, 1ª Seção, Min. Teori

Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; REsp n. 172.329-SP, 1ª Seção, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.12.2003; AGA n. 512.437-RJ, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 15.12.2003; AGA n. 476.561-RJ, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 17.11.2003). Os embargos de declaração (fls. 132/137) limitaram-se a postular a manifestação do Tribunal acerca de diversas normas jurídicas - o que se mostrava totalmente desnecessário ante a suficiente fundamentação do aresto embargado.

2. No mérito, encontra-se sedimentado nesta Corte entendimento no sentido de que o art. 1º da Lei n. 6.205/1975, que veda a fixação de valores monetários com base no salário mínimo, não é aplicável às multas, porquanto estas são sanções pecuniárias. À guisa de exemplo, destacam-se os seguintes precedentes:

Administrativo. Drogarias e farmácias. Fiscalização. Competência do Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico em horário integral. Multa. Caráter de sanção pecuniária. Inaplicabilidade de sua fixação nos moldes do art. 1º, da Lei n. 6.205/1975 (“valor monetário”).

(...)

2. O Conselho Regional de Farmácia tem competência para promover a fiscalização e punição devidas, uma vez que o art. 24, da Lei n. 3.820/1960, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, é claro ao estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, ter profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para as quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores do Conselho Regional respectivo.

(...)

5. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975 de considerar “valores monetários em salários mínimos” não as atingiu. Somente o Decreto-Lei n. 2.351/1978 submeteu as penalidades estabelecidas em lei à vinculação ao salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei n. 7.789/1989, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único do art. 24 da Lei n. 3.820/1960.

6. *O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, reconheceu ter a multa natureza de sanção pecuniária, o que afasta a aplicabilidade do art. 1º da Lei n. 6.205/1975 que vedou a utilização do salário-mínimo como “valor monetário”. Tal proibição tem fins estritamente econômicos, não possuindo qualquer pertinência com a seara sancionatória.*



7. Não ocorre ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º da Lei n. 5.724/1971.

8. Recurso especial não-provido (REsp n. 776.682-SC, Min. José Delgado, 1ª T., DJ 14.11.2005)

Administrativo. Fiscalização. Exigência de profissional legalmente habilitado. Competência. Conselho Regional de Farmácia.

1. O Conselho Regional de Farmácia é o órgão competente para fiscalização das farmácias e drogarias, quanto à verificação de possuírem, durante todo o período de funcionamento dos estabelecimentos, profissional legalmente habilitado, sob pena de incorrerem em infração passível de multa.

2. É legal a utilização do salário mínimo para o cálculo da multa aplicada, por se tratar, no caso, de penalidade pecuniária e não de atualização monetária.

3. Recurso especial improvido (REsp n. 383.296-PR, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 16.08.2004).

Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Fiscalização.

Exigência de profissional legalmente habilitado, no estabelecimento, durante todo o período de funcionamento. Multa. Valor. Indexação. Precedentes jurisprudenciais.

(...)

4. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975, de considerar 'valores monetários em salários mínimos', não as atingiu. Somente o Decreto-Lei n. 2.351/1978 submeteu as penalidades estabelecidas em lei à vinculação ao salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei n. 7.789/1989, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único, do art. 24, da Lei n. 3.820/1960 (...) Inocorrência de ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971 (...) O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, pronunciou-se sobre a matéria jurídica de fundo aqui discutida (aplicação de multa com sanção pecuniária e não como valor monetário) (REsp n. 316.718-PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.09.2001).

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 441.135-PR, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 16.12.2002)

Administrativo. Drogarias e farmácias. Fiscalização. Competência do Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico em horário integral. Multa. Caráter de

sanção pecuniária. Inaplicabilidade de sua fixação nos moldes do art. 1º, da Lei n. 6.205/1975 (“valor monetário”).

(...)

3. Inexistência da alegada incompetência do Conselho Regional de Farmácia para promover a fiscalização e punição devidas, uma vez que o art. 24, da Lei n. 3.820/1960, que cria os Conselhos Federais e Regionais de Farmácia, é claro no estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, terem profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para os quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores ao Conselho Regional respectivo.

(...)

6. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975, de considerar “valores monetários em salários mínimos”, não as atingiu. Somente o Decreto-Lei n. 2.351/1978 submeteu as penalidades estabelecidas em lei à vinculação do salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei n. 7.789/1989, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à sua antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único, do art. 24, da Lei n. 3.820/1960.

7. Inocorrência de ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971.

8. O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, pronunciou-se sobre a matéria jurídica de fundo aqui discutida (aplicação de multa com sanção pecuniária e não como valor monetário).

9. Recurso improvido (REsp’s n. 230.108, 265.664/Delgado e 265.725/Humberto) (REsp n. 379.628-PR, Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., DJ 12.08.2002).

Administrativo. Multa. Valor. Conselho Regional de Farmácia.

1. Em precedentes análogos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975, de considerar “valores monetários em salários mínimos”, não as atingiu.

2. Recurso provido (REsp n. 355.692-PR, Min. Laurita Vaz, 2ª T., DJ 05.08.2002).

Merece reforma, portanto, o acórdão recorrido.

3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido no ponto em que reconheceu a ilegalidade da vinculação da multa ao salário mínimo na vigência da Lei n. 6.205/1975. Considerada a sucumbência



recíproca, as custas e os honorários deverão ser suportadas na proporção de 1/3 (um terço) pelo embargante e 2/3 (dois terços) pelo ora recorrente. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 701.802-RS (2004/0160293-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Jornal de Santa Catarina S/A
Advogado: Guillermo Antônio Araújo Grau e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Patrícia Vargas Lopes e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária do empregador. Valores pagos a título de seguro de vida em grupo, contratado em favor dos empregados. Não-incidência. Precedentes.

1. Tendo em vista a circunstância de que o seguro de vida em grupo é contratado pelo empregador em favor de grupo de empregados, sem individualização do montante que beneficia cada um deles, devem ser excluídos do conceito de 'salário' os valores pagos a esse título, de forma a afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre tal verba. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. Indira Ernesto Quaresma pela parte recorrida: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em embargos à execução fiscal, deu parcial provimento à apelação da embargante, apenas para reduzir o percentual da multa para 40%, decidindo, no que importa ao presente recurso, que (a) o seguro de vida em grupo oferecido pela empresa com habitualidade é considerado remuneração, integrando o salário-utilidade, uma vez que, se não disponibilizado pela empresa, deveria ser suprido de forma particular pelo empregado, à custa de seu salário; (b) caracteriza, por essa razão, fato gerador da contribuição previdenciária (fls. 163/166).

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos com o propósito de obter do Tribunal pronunciamento sobre os artigos de lei ali indicados (fls. 171/174).

Nas razões do recurso especial (fls. 176/186), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos artigos 457, *caput* e § 1º, e 458 da CLT e 28, I, da Lei n. 8.212/1991, aduzindo, em síntese, que (a) o art. 201, § 11, da CF determina a incorporação de parcelas à base de cálculo da contribuição previdenciária nos casos e na forma da lei; e (b) não há base legal para a inclusão do seguro de vida entre as parcelas passíveis de incidência da contribuição previdenciária, que deve alcançar somente aquelas integrantes do salário, na forma prevista na legislação trabalhista. Indica dissídio entre o acórdão recorrido e julgados dos TRFs da 3ª e da 5ª Regiões.

Em contra-razões (fls. 202/208), o recorrido pugna pelo não conhecimento do recurso ante a impossibilidade de se reexaminar provas em sede de recurso especial e, no mérito, pela manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Deve ser conhecido o recurso especial, porquanto a matéria encontra-se devidamente prequestionada e a análise da controvérsia requer, tão somente, a análise da legislação infraconstitucional apresentada pelo recorrente.

2. No mérito, tendo em vista a circunstância de que o seguro de vida em grupo é contratado pelo empregador em favor de grupo de empregados, sem individualização do montante que beneficia cada um deles, merece provimento o recurso especial para se excluir do conceito de 'salário' os valores pagos a esse título, de forma a afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre tal verba.



Este é o posicionamento sedimentado em ambas as Turmas da Primeira Seção, consagrado nos seguintes precedentes: REsp n. 441.096-RS, Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 04.10.2004; REsp n. 695.575-RS, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ 13.03.2006; REsp n. 677.751-RS, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 10.04.2006; EDcl no REsp n. 652.654-RS, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 05.10.2006; REsp n. 695.724-RS, Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 16.05.2006; e REsp n. 794.754-CE, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ 27.03.2006. Os três últimos assim ementados:

Tributário. Embargos de declaração. Contribuição social. Seguro de vida em grupo.

1. Após a edição da Lei n. 9.528/1997 (10.12.1997), que veio a alterar a redação do artigo 28 da Lei n. 8.212/1991, restou estabelecido explicitamente a inexistência de natureza salarial do seguro de vida em grupo, o que leva a não-incidência de contribuição social.

Precedentes de ambas a Turmas da Primeira Seção.

2. Entretanto, mesmo antes da edição do referido diploma legal, o seguro de vida em grupo já não continha os elementos exigidos para caracterizá-lo como salário, dada a forma genérica que era pago para todos os funcionários da empresa que nada usufruíam do valor pago.

Precedente da Turma: REsp n. 441.096-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.05.2006.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para dar provimento ao recurso especial.

Previdenciário. Contribuição. Base de cálculo. Inclusão do seguro de vida em grupo.

1. O valor pago pelo empregador por seguro de vida em grupo é atualmente excluído da base de cálculo da contribuição previdenciária em face de expressa referência legal (art. 28, § 9º, **p**, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.528/1997).

2. O débito em cobrança é anterior à lei que excluiu da incidência o valor do seguro de vida mas, independentemente da exclusão, por força da interpretação teleológica do primitivo art. 28, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, pode-se concluir que o empregado nada usufrui pelo seguro de vida em grupo, o que descarta a possibilidade de considerar-se o valor pago, se generalizado para todos os empregados, como sendo salário-utilidade.

3. Recurso especial provido.

Tributário. Seguro de vida em grupo. Contribuição previdenciária. Não-incidência. Fatos geradores anteriores à alteração do art. 458, § 2º, da CLT pela Lei n. 10.243/2001 e do art. 28, § 9º, alínea **p**, da Lei n. 8.212/1991, pela Lei n. 9.528/1997. Natureza salarial. Descaracterização.

I - O art. 458, § 2º, da CLT, alterado pela Lei n. 10.243/2001, e o art. 28, § 9º, alínea **p**, da Lei n. 8.212/1991, modificado pela Lei n. 9.528/1997, estabeleceram, respectivamente, a natureza não-salarial do seguro de vida e a não-incidência da contribuição previdenciária sobre esses ganhos.

II - “O débito em cobrança é anterior à lei que excluiu da incidência o valor do seguro de vida mas, independentemente da exclusão, por força da interpretação teleológica do primitivo art. 28, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, pode-se concluir que o empregado nada usufrui pelo seguro de vida em grupo, o que descarta a possibilidade de considerar-se o valor pago, se generalizado para todos os empregados, como sendo salário-utilidade” (REsp n. 44.096-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 04.10.2004).

III - Recurso especial improvido.

Merece reforma, portanto, o acórdão recorrido.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas aos empregados a título de seguro de vida em grupo. Inverto os ônus da sucumbência fixados na sentença (fls. 121/124). É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 713.243-RS (2004/0184087-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Torresul Empreendimentos Imobiliários Ltda

Advogado: Fernando Luís Buzarello e outros

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Igor Koehler Moreira e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução de título judicial contra a Fazenda Pública Estadual. Anuência do Estado embargado com cálculos do exequente. Transcurso *in albis* do prazo para oposição de embargos do devedor. Homologação dos cálculos. Exceção de pré-

executividade. Nulidade. Inexistência de título executivo. Extinção do processo de execução. Coisa julgada. Fenômeno exclusivo dos processos de cognição. Inocorrência, *in casu*, de preclusão *pro iudicato*.

1. Recurso especial no qual a controvérsia gravita em torno de saber-se, se na execução, a não oposição de embargos do devedor e a conseqüente homologação dos cálculos são aptos a gerar a coisa julgada capaz de validar o processo executivo, obstando inclusive, a decretação da nulidade do feito pelos juízos de cognição plena na hipótese em que, após a expedição do precatório, mas antes de seu efetivo pagamento, a parte executada demonstra cabalmente a inexistência de título executivo a instruir a ação executiva, via “exceção de pré-executividade”.

2. *In casu*, a Corte de origem, mediante análise do conjunto fático probatório carreado nos autos, assentou o entendimento de que: “No caso dos autos, não há a mínima evidência de que a exeqüente esteja vinculada ao título judicial, o que autorizava o decreto extintivo da execução, como lançado pelo operoso magistrado singular”.

3. O processo de execução guarda a finalidade de realizar direito já declarado, quer por meio de sentença condenatória, quer por documento extrajudicial a que a lei reconheça o poder de conferir à obrigação certeza, liquidez e exigibilidade.

4. Deveras, é justamente pela impossibilidade de se discutir, na execução, direito substancial das partes que, consoante o disposto na própria norma processual, “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial” (CPC, art. 583).

5. O título executivo é assim, por expressa determinação legal, pressuposto de qualquer demanda executiva, o que revela incontestemente a máxima *nulla executio sine titulo*. Nesta esteira, a lição de Humberto Theodoro Júnior, *litteris*:

Mais grave do que a iliquidez, a incerteza ou a inexigibilidade é a própria ausência do título executivo. E evidente que nenhum credor pode iniciar a execução sem título executivo. Mas se por descuido do órgão judicial foi despachada uma petição inicial sem esse pressuposto básico da execução, é claro que será nulo todo o processado.

O mesmo pode ser dito da desconformidade entre o título executivo e o pedido do credor, como quando o título é de quantia certa e pede-se coisa certa, é de fazer e reclama-se entrega de coisa.

Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in “Processo de Execução”, 23.^a ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)

6. Deveras, *in casu*, interdita-se a alegação de ofensa à coisa julgada e conseqüente violação dos arts. 467, 468 e 474 do CPC. É que sobressai cediço que a *res judicata* “é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e insuscetível de configurar-se no plano de suas atividades executórias, consequenciais e consecutivas” (in NEVES, Celso. “Coisa Julgada Civil”, ed. 1971, p. 452)

7. Outrossim, a ilegitimidade da exeqüente ou a inexistência do título são fatos passíveis de cognição provocada ou *ex officio*, antes do pagamento e até mesmo na fase do precatório por força do novel dispositivo 1º-E da Lei n. 9.494/1997. Nesse segmento, expressivo o aresto recorrido que concluiu, após ampla cognição interdita ao E. STJ (Súmula n. 7):

(...) A apelante, então, e de fato, como decorre da própria inconsistência das razões de seu recurso, não detêm qualquer crédito decorrente do título judicial que estão a executar; a execução, portanto, era nula (art. 618 c.c. 586 do CPC), e só podia mesmo ter sido extinta, como foi, a qualquer tempo e mesmo independentemente de embargos.

As matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinada a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, como decorre do que estabelecem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, o que ainda mais haveria de ser admitido quando em jogo os interesses indisponíveis da Fazenda Pública. (...)

8. Destarte, eventual transação de direitos indisponíveis e por agente incapaz é *inutiliter data*.

9. A regra *nulla executio sine previa cognitio*, bem como a aferição da legitimidade do exeqüente, implicam em revisitar o conteúdo da sentença, excepcionando a eficácia preclusiva do julgado; por isso que, cediço em doutrina que:

(...) Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente



indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Processo de Execução”, 23.^a ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)

10. Inafastável, destarte, a aplicação ao processo *sub judice* das disposições insertas nos arts. 583 c.c. 618 do CPC, pelo que há de ser mantido hígido *decisum* hostilizado, na medida em que “toda execução tem que ter por base título executivo” e acertadamente reconheceu-se a nulidade do feito por falta do mesmo, matéria cognoscível mesmo após o prazo para a oposição de embargos à execução.

11. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto interposto por Torresul Empreendimentos Imobiliários Ltda, com fulcro nos art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de o mesmo ter malferido o disposto nos arts. 467, 468 e 474 do Código de Processo Civil, bem como por ter esposado entendimento distinto do adotado por esta Corte Superior no julgamento de demandas supostamente análogas a que se apresenta.

Noticiam os autos que a empresa ora recorrente ajuizou ação de execução em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o recebimento de valores referentes a juros moratórios e compensatórios, devidos na forma do título executivo judicial exarado em ação de desapropriação, que lhe teria reconhecido o direito à indenização por áreas expropriadas pelo Estado ora

recorrido para a formação do Parque da Guarita, localizado na Municipalidade de Torres.

Regularmente citado, o Estado executado concordou expressamente com os cálculos apresentados pela exeqüente em sua exordial, informando não ter interesse em opor embargos à execução (fl. 256).

O juízo de primeiro grau homologou os cálculos apresentados determinando fosse expedido o respectivo precatório (fl. 257). Desta decisão foi o procurador estadual intimado em 21 de janeiro de 1998. Assim, foi expedido o precatório n. 12.814, de natureza não alimentar, no valor de R\$ 773.745,03 (setecentos e setenta e três mil, setecentos e quarenta e cinco reais e três centavos), consoante se extrai da fl. 274.

Sucedera, porém, que o Estado do Rio Grande do Sul, em 03 de fevereiro de 2000, apresentou exceção de pré-executividade, pugnando pela extinção do feito por inexistência do título executivo, vez que não estaria a parte exeqüente dentre aquelas às quais a sentença proferida no feito expropriatório conferira a indenização. Assim fundamentou o Estado excipiente suas pretensões, *verbis*:

(...) O título executivo é a base da execução. Sem ele não há que se falar em ação executiva, pois ausente requisito essencial para a expropriação de bens do devedor.

No caso, demonstrar-se-á que a sentença de mérito, na ação de desapropriação, não reconheceu qualquer direito ao exeqüente, sendo nulo o pleito indenizatório.

Originalmente, o Estado desapropriou uma área de 1.235,105 hectares, através do Decreto Estadual n. 21.540/1971, com a finalidade da formação do Parque da Guarita, município de Torres.

Todavia, através dos Decretos n. 30.377/1981 e 31.250/1983, resultaram efetivamente desapropriados apenas 127,175 hectares, pois limitou o Estado a área a ser expropriada.

Assim a maior parte da área foi devolvida aos particulares, ainda na década de 1980.

A sentença prolatada no juízo monocrático foi clara ao excluir qualquer direito à indenização daqueles que tiveram de volta seus imóveis.

O exeqüente não teve seu imóvel desapropriado, não lhe sendo devido qualquer valor pelo Estado do Rio Grande do Sul.

A sentença no processo expropriatório conferiu direitos apenas àqueles cidadãos que tiveram efetivamente o imóvel desapropriado. Não é o caso de



Torresul Empreendimentos Imobiliários Ltda. Na leitura detida da decisão, constata-se que o juízo monocrático reconheceu direitos a apenas 15 (quinze) proprietários de terras no Parque da Guarita e 32 (trinta e dois) outros proprietários no Camping de Itapeva, nominando-os nas suas fls. 62/81.

O exeqüente não está dentre aqueles aos quais a sentença conferiu indenização.

De outra banda, basta simples leitura da petição inicial da execução para dedução lógica de que o pedido baseia-se unicamente no pagamento de *juros compensatórios, moratórios e honorários advocatícios*. Sequer cogita de pagamento pela desapropriação do bem. Constitui-se, assim, que a área em questão não foi efetivamente desapropriada, mas integrante do todo maior devolvido pelo Estado, através de decreto. (...) (fls. 293/294)

Em sentença que encontra-se acostada às fls. 326/330, o juízo de primeiro grau julgou procedente a exceção de pré-executividade declarando extinto o feito executivo proposto pela empresa ora recorrente. Condenou, ainda, a mesma, ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da execução, corrigidos a contar de seu ajuizamento.

Inconformada com o teor da r. Sentença proferida a exeqüente manejou recurso de apelação (fls. 347/360). Em suas razões, aduziu estar amparada pela coisa julgada, vez que passada em julgado a decisão homologatória de cálculos proferida pelo próprio juízo monocrático, ante a anuência do executado com os valores apresentados na inicial. Sustentou, ainda, ser equivocada a conclusão constante do *decisum*, então hostilizado, de que a disposição judicial executada tratou somente dos efetivamente desapropriados.

A Primeira Câmara do E. TJ-RS, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao apelo interposto, em aresto que restou assim ementado:

Desapropriação. Execução de sentença. Parque da Guarita. Exeqüente não contemplado no título judicial. Nulidade da execução.

Demonstrado que o exeqüente-apelante não se viu contemplado com o título judicial formado no processo expropriatório, é carecedor da pretensão executória, o que conduz à nulidade da execução, a ser reconhecida a qualquer tempo pelo julgador e independentemente de embargos. Inteligência dos artigos 618 c.c. 586 do CPC. *Apelação desprovida*.

Após opor e ter rejeitados seus embargos de declaração, a exeqüente, ainda irredimida com o teor do v. acórdão prolatado, interpôs o recurso especial que ora se apresenta, apontando como malferidos os arts. 467, 468 e

474 do CPC, bem como sustentando a existência de dissídio pretoriano entre o aresto recorrido e acórdãos desta Corte Superior, tomados como paradigmas (REsp n. 102.062-PR e REsp n. 309.786). Para demonstrar a divergência jurisprudencial suscitada limitou-se a recorrente a realizar a transcrição das ementas dos paradigmas.

Em suas razões (fls. 415/424), a recorrente narra os fatos de forma dissonante com a que, em verdade, os mesmos sucederam, ao aduzir nascida a coisa julgada na medida em que: a) “o Estado do Rio Grande do Sul, em tempo e modo, deflagrou o instituto dos *embargos à execução*, os quais foram recebidos e suspensa a execução”; b) “restaram, os embargos, resolvido por acordo entre as partes”; e c) “transitado em julgado, mandou-se que certificasse a decisão dos embargos nos autos da execução, expedindo-se o competente precatório” (fl. 418).

O Estado recorrido apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, pugnando, preliminarmente, pela inadmissão do mesmo, face o teor dos enunciados sumulares n. 7 e 211, desta Corte Superior, e 282 e 356 do Pretório Excelso, bem como por restar desobedecida a regra do art. 255, § 2º, do RISTJ, no que concerne ao cabimento da irresignação pela alínea **c** do permissivo constitucional. No mérito, expendeu, novamente, considerações acerca da inexistência de título executivo, sustentando, ainda, a inexistência de coisa julgada em favor da recorrente, vez que sequer foram opostos embargos à execução. Concluiu sua argumentação aduzindo que “mesmo que o Estado tivesse oposto embargos à execução, por outra matéria que fosse, ainda assim estaria apto a alegar questões de ordem pública antes do pagamento do precatório, especialmente pela ausência do título executivo” (fl. 450), e arrematando que “o despacho que homologa cálculo não cria título executivo judicial, porque tal título somente poderá se originar da sentença de mérito. Sequer se pode cogitar de ter a Fazenda Pública transacionado, porque somente o Procurador-Geral do Estado possui essa prerrogativa e, como dito, a transação somente é possível no interior da lide, o que inexistente em sede de execução propriamente dita” (fl. 450), e mais, que “a inexistência do título executivo é vício insanável e nenhum comando judicial proferido em sede executiva teria o efeito de criar o título anteriormente inexistente” (fl. 450).

Na origem, em exame prévio, a presente irresignação recursal recebeu crivo negativo de admissibilidade, ascendendo, todavia, a esta Corte Superior, em face de decisão monocrática de minha lavra provendo agravo de instrumento (CPC, art. 544) pelo recorrente interposto.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): *Prima facie*, tenho que, estando implicitamente prequestionada a questão federal inserta nos dispositivos legais apontados pela recorrente como malferidos e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, revela-se, o presente recurso especial, merecedor de conhecimento pela alínea **a** do permissivo constitucional. Isto, a despeito de ter a recorrente - acredita-se por equívoco ou descuido - narrado os fatos ocorridos, em suas razões, de forma dissonante do que de fato se depreende dos autos.

No que se refere a alínea **c** do permissivo constitucional, mesma sorte não socorre à recorrente, vez que a divergência jurisprudencial aventada não foi demonstrada, ante a ausência do indispensável cotejo analítico dos arestos recorrido e paradigmas, e sequer comprovada, nos moldes como exigido pelo art.

Os dispositivos legais apontados nas razões da recorrente como afrontados, todos do Código de Processo Civil, assim dispõem:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Desta feita, cinge-se a presente controvérsia em saber se, na execução, a não oposição de embargos do devedor e a conseqüente homologação dos cálculos terminam por fazer coisa julgada capaz de validar o processo executivo, obstando inclusive, a decretação da nulidade do feito pelos juízos de cognição plena quando, após a expedição do precatório, mas antes de seu efetivo pagamento, são eles provocados pela parte executada que, demonstrando cabalmente a inexistência de título executivo a instruir a ação executiva, se socorre da chamada “exceção de pré-executividade”.

Ab initio, insta observar que a solução para a presente controvérsia requer a análise de dois pontos em especial: o primeiro, que se refere a ocorrência de nulidade da execução pela ausência de título executivo; e o segundo, referente a ocorrência ou não dos efeitos da coisa julgada no processo de execução, quando constatada a inexistência do título executivo somente após o transcurso do prazo

legal para oposição de embargos do devedor e a conseqüente homologação judicial dos cálculos apresentados pelo exeqüente.

Como de sabença, para a execução forçada exige o regramento processual civil brasileiro, além da existência de um crédito insatisfeito, que o suposto credor, agora na condição de exeqüente, esteja em posse de um título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial. Faz-se oportuno destacar lição de Amílcar de Castro quando discorre o mesmo acerca do título executivo:

(...) O título executivo é pressuposto processual da execução. Esta, sem aquele, não pode persistir. Mas, para isto se esclarecer, deve distinguir-se entre a substância e a forma do que se chama título. Substancialmente, título é a apreciação oficial do fato pelo órgão do Poder Judiciário: é a decisão judicial; é a própria sentença exeqüenda a ordenar o que o exeqüente pretende seja levado a efeito ou a obrigação assumida pelo devedor. Formalmente é o documento oficial ou extrajudicial, autêntico, em que a obrigação está contida, ou vem mencionada; é o papel continente do que foi escrito nos autos da ação, ou do que foi ditado, pelo julgador, como decisão oficial, ou do que foi subscrito pelo devedor.

Como pressuposto do direito de execução é que se exige o título em seu elemento intrínseco, substancial; como pressuposto da relação processual somente é exigido o título em sua forma externa: basta o documento. Resultam estas considerações da diferença entre a relação social judicialmente apreciada, o direito de ação, e a relação processual: o título executivo, em sua forma externa, abriga o direito que tem o exeqüente contra o Estado de; recorrer às vias judiciais; e em seu elemento intrínseco é que deve conter a decisão judicial ou a obrigação a ser executada. (CASTRO, Amílcar de. “Do Procedimento de Execução - Código de Processo Civil”, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 35)

Isto posto, tem-se que o processo de execução guarda a finalidade de realizar direito já declarado, quer por meio de sentença condenatória, quer por documento extrajudicial a que a lei reconheça o poder de conferir à obrigação certeza, liquidez e exigibilidade.

É justamente pela impossibilidade de se discutir, na execução, direito substancial das partes que, consoante o disposto na própria norma processual, “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial” (CPC, art. 583).

O título executivo é assim, por expressa determinação legal, pressuposto de qualquer demanda executiva, o que revela incontestemente a máxima *nulla executio sine titulo*. Nesta esteira, imperioso transcrever lição de Humberto Theodoro Júnior, *litteris*:



Mais grave do que a iliquidez, a incerteza ou a inexigibilidade é a própria ausência do título executivo. E evidente que nenhum credor pode iniciar a execução sem título executivo. Mas se por descuido do órgão judicial foi despachada uma petição inicial sem esse pressuposto básico da execução, é claro que será nulo todo o processado.

O mesmo pode ser dito da desconformidade entre o título executivo e o pedido do credor, como quando o título é de quantia certa e pede-se coisa certa, é de fazer e reclama-se entrega de coisa.

Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in “Processo de Execução”, 23.^a ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)

In casu, o v. Acórdão recorrido (fls. 383/393), mantendo inalterada a r. Sentença de primeiro grau (fls. 325/330), reconheceu que a empresa exequente, ora recorrente, não se viu contemplada com o título judicial formado no processo expropriatório, revelando-se assim carecedora da pretensão executória, conclusão conducente à nulidade da execução, passível de ser reconhecida a qualquer tempo pelo julgador, independentemente da oposição de embargos por parte do devedor. Vale externar os fundamentos empregados no aresto ora hostilizado:

Trata-se aqui de mais uma das tantas execuções de sentença supostamente originadas do rumoroso e acidentado processo expropriatório referente ao Parque da Guarita e Camping de Itapeva, em Torres.

E digo supostamente originadas porque, como sabido, a coisa julgada que lá se estabeleceu, a partir do v. acórdão prolatado pela colenda 4^a Câmara Cível deste Tribunal, na AC n. 589.080.472, relator o insigne Desembargador Aristides P. de Albuquerque Neto, foi no sentido de dividir os que, de alguma forma, restaram afetados pela desapropriação em quatro grandes grupos, a saber: os que, atingidos pela expropriação com a perda de suas propriedades, foram desde logo identificados e responderam ao processo, no qual restou desde logo definido o justo preço a que têm direito (1); os que, também atingidos pela expropriação, não restaram identificados e tinham seus imóveis situados em ditas áreas remanescentes, não avaliadas pericialmente, cuja indenização dependeria de posterior complementação, em liquidação, em liquidação, do laudo oficial (2); os que sofreram desapossamento mas acabaram beneficiados pela posterior redução da área expropriada e que vieram a interpor recurso de apelação, sendo desde logo contemplados com indenização pelo tempo em que perdeu a ocupação atribuída ao Estado, mediante o pagamento de juros compensatórios (3); e, finalmente, aqueles que sofreram

inicial desapossamento mas não tiveram ao final suas propriedades desapropriadas, e, entretanto, não interpuseram recurso contra a sentença de primeiro grau, o que, segundo o título judicial, remetia eventual reparação à demanda autônoma (4).

Como cada um de tais grupos é inequivocamente numeroso, formado por centenas de proprietários, que a acidentada fase de conhecimento do processo sequer conseguiu individualizar devidamente, evidente e compreensível que, quando do aparelhamento das inúmeras execuções daquele único título judicial, surjam dificuldades ainda mais expressivas para identificar precisamente o vínculo de cada pretendente à execução com a sentença exequenda, na esteira do que acabou por formar-se um dito quinto grupo, integrado por verdadeiros oportunistas, que, sem qualquer vinculação com o direito material formado na expropriação, buscam locupletar-se indevidamente, anunciando-se como titulares de crédito efetivamente inexistente ou, ao menos, sem suporte na sentença em questão.

No caso dos autos, não há a mínima evidência de que a exequente esteja vinculada ao título judicial, o que autorizava o decreto extintivo da execução, como lançado pelo operoso magistrado singular.

Segundo se infere das razões de apelo (e de forma diversa do que estaria a indicar a lacunosa inicial), estaria a apelante particular no suposto terceiro grupo acima referido - os que somente tiveram seu imóvel ocupado pelo Estado, e se viram beneficiados pela redução posterior da área expropriada.

Entretanto, como restou textualmente ressaltado no v. acórdão, eventual crédito decorrente daquele título judicial dependeria de que tivessem, via recurso de apelação, manifestado insurgência contra a sentença de primeiro grau, que deixara de conceder qualquer direito em relação àqueles donos de imóveis em que houve desistência da expropriação pelo Estado. Para os que não recorreram da sentença, só ação própria, ação indenizatória específica - fl. 34 do acórdão.

A apelante, então, e de fato, como decorre da própria inconsistência das razões de seu recurso, não detêm qualquer crédito decorrente do título judicial que estão a executar; a execução, portanto, era nula (art. 618 c.c. 586 do CPC), e só podia mesmo ter sido extinta, como foi, a qualquer tempo e mesmo independentemente de embargos.

As matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinada a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, como decorre do que estabelecem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, o que ainda mais haveria de ser admitido quando em jogo os interesses indisponíveis da Fazenda Pública. (...) (fls. 389/392 - grifo nosso)



O *decisum* impugnado não se revela assim merecedor de qualquer reparo, devendo ser mantido íntegro, vez que deu adequada exegese às disposições insertas nos arts. 586 c.c. 618 do CPC, ao manter inalterada acertada decisão do juízo de primeiro grau que extinguiu, por evidente nulidade, o presente feito executivo.

Não prosperam, de igual modo, os fundamentos expendidos pela ora recorrente, quando afirma estar o aresto hostilizado a afrontar a coisa julgada, na medida em o vício fora comunicado ao juízo da execução, pelo executado, somente após o transcurso de lapso temporal superior a 02 (dois) anos da homologação dos cálculos apresentados.

Diga-se, de imediato, que não assiste razão à recorrente quando aduz restarem malferidos os arts. 467, 468 e 474 do CPC. Vale destacar o consenso na doutrina especializada a respeito da inexistência de coisa julgada no processo de execução. Neste sentido ensina Celso Neves que a coisa julgada “é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e insuscetível de configurar-se no plano de suas atividades executórias, consequenciais e consecutivas” (*in* “Coisa Julgada Civil”, ed. 1971, p. 452).

Ademais, a ilegitimidade da exequente ou a inexistência do título são fatos passíveis de cognição provocada ou *ex officio*, antes do pagamento e até mesmo na fase do precatório por força do novel dispositivo 1º-E da Lei n. 9.494/1997. Nesse segmento, expressivo o aresto recorrido que concluiu, após ampla cognição interdita ao E. STJ (Súmula n. 7):

(...) A apelante, então, e de fato, como decorre da própria inconsistência das razões de seu recurso, não detêm qualquer crédito decorrente do título judicial que estão a executar; a execução, portanto, era nula (art. 618 c.c. 586 do CPC), e só podia mesmo ter sido extinta, como foi, a qualquer tempo e mesmo independentemente de embargos.

As matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinada a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, como decorre do que estabelecem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, o que ainda mais haveria de ser admitido quando em jogo os interesses indisponíveis da Fazenda Pública. (...)

Oportuno ressaltar que mesmo Redenti (um dos eméritos precursores da corrente que admite a ocorrência, *in casu*, da denominada *preclusão pro iudicato*) assim ensina:

Exaurido e findo o procedimento executivo, nenhum embargo é mais possível. Não é, todavia, excluído que fora dos embargos possa caber ao devedor executado outro remédio contra uma execução que tenha sido radicalmente e absolutamente privada de fundamento (caso de inexistência da ação executiva) como, para dar um exemplo escolástico, se alguém havia promovido e levado avante uma expropriação contra pessoa diversa da de seu devedor ou havia requerido e obtido a entrega de um imóvel não contemplado no título executivo e a cuja posse ou detenção ele não tinha direito.

A falta de uma oposição (embargos) proposta em tempo útil, não pode valer neste caso como uma espécie de aquiescência tácita à execução, que exclua qualquer possibilidade de remédio. (in “Diritto Processuale Civile, vol. III, 2ª ed., 1954, p. 319)

No mesmo sentido, valendo-se de razões diversas, são as lições de Humberto Theodoro Júnior, *verbis*:

Não é admissível, pois, com base no simples silêncio da Lei, e sem um argumento sólido de direito, afirmar que o mero fato do encerramento da execução, sem que o devedor tenha oposto embargos, seja causador de efeitos jurídicos análogos aos que provêm da sentença de mérito trânsita em julgado, com o efetivo acerto do direito positivo do direito do credor.

Lembre-se que a coisa julgada, no âmbito do processo de conhecimento, só tem a força que ostenta em razão de texto expresso de lei, que faz ostensivamente prevalecer a segurança sobre a justiça em torno da relação litigiosa.

Mas, sendo inaplicável a coisa julgada ao processo de execução, como é de geral entendimento, e inexistindo dispositivo legal aplicável à execução forçada similar ao que instituiu a *res iudicata*, nada leva à conclusão de que, finda uma execução desenvolvida à revelia do devedor, que mais tarde vem a descobrir prova da inexistência material da dívida executada, esteja ele privado da ação de repetição, por uma conclusão derivada da simples inércia na fase própria dos embargos. (in “Processo de Execução”, 23.ª ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 549)

Em suma: a) eventual transação de direitos indisponíveis e por agente incapaz é *inutiliter data*; b) a regra *nulla executio sine previa cognitio*, bem como a aferição da legitimidade do exequente, implicam em revisitar o conteúdo da sentença, excepcionando a eficácia preclusiva do julgado; por isso que, cedo em doutrina que:

(...) Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Processo de Execução”, 23.ª ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)



Inafastável, destarte, a aplicação ao processo *sub judice* das disposições insertas nos arts. 583 c.c. 618 do CPC, pelo que há de ser mantido hígido *decisum* hostilizado, na medida em que “toda execução tem que ter por base título executivo” e acertadamente reconheceu-se a nulidade do feito por falta do mesmo, matéria cognoscível mesmo após o prazo para a oposição de embargos à execução.

Finalmente, faz-se oportuno colacionar precedente da E. Quarta Turma desta Corte Superior, que ao apreciar questão análoga a que se afigura, quando do julgamento do REsp n. 419.376-MS, de relatoria do e. Ministro Aldir Passarinho Junior, exarou aresto assim ementado:

Processual Civil. Contrato de abertura de crédito. Hídez do título discutida em exceção de pré-executividade. Existência de embargos do devedor que não debateram a questão específica. Coisa julgada inexistente. Pressupostos de constituição da ação. Matéria conhecível de ofício. CPC, art. 267, IV c.c. § 3º.

I. Em se tratando de matéria conhecível de ofício, como é o caso da alegada falta de hídez do título cobrado, pode ela ser objeto de exceção de pré-executividade, ainda que não suscitada, antes, em sede de embargos à execução. Coisa julgada inexistente.

II. Nulidade da decisão decretada, para que seja examinada, em 1ª instância, o mérito da exceção apresentada.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 419.376-MS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 19.08.2002)

Ex positis, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 722.998-MT (2004/0140261-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Nilson José Crestani e outro

Advogado: Fernando Emílio Tiesca

Recorrente: Maria Bernardet Consoli Matsumoto

Advogado: Gervasio Fernandes Cunha Filho

Recorrido: Estado de Mato Grosso

Procurador: Cristiano Alencar Paim e outros

EMENTA

Processual Tributário. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens dos sócios integrantes do Conselho de Administração. Lei n. 8.397/1992. Responsabilidade tributária. Ausência de comprovação de excesso de mandato, infração à lei ou ao regulamento.

1. É assente na Corte que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa (Precedentes: *REsp n. 513.912-MG*, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 1º.08.2005; *REsp n. 704.502-RS*, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.05.2005; *EREsp n. 422.732-RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09.05.2005; e *AgRg nos EREsp n. 471.1070-MG*, deste relator, DJ de 25.10.2004).

2. Os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza.

3. Medida cautelar fiscal que decretou a indisponibilidade de bens dos sócios integrantes do Conselho de Administração da empresa devedora, com base no artigo 4º, da Lei n. 8.397/1992.

4. Deveras, a aludida regra deve ser interpretada *cum grano salis*, em virtude da remansosa jurisprudência do STJ acerca da responsabilidade tributária dos sócios.

5. Consectariamente, a indisponibilidade patrimonial, efeito imediato da decretação da medida cautelar fiscal, somente pode ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, desde que demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (responsabilidade pessoal), nos termos do artigo 135, do CTN. No caso de liquidação de sociedade de pessoas, os sócios são “solidariamente” responsáveis (artigo 134, do CTN) nos atos em que intervieram ou pelas omissões que lhes forem atribuídas.

6. Precedente da Corte no sentido de que: “(...) Não deve prevalecer, portanto, o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, ‘a



indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador'. Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento. (...)” (REsp n. 197.278-AL, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 24.06.2002)

7. *In casu*, verifica-se que a decretação da indisponibilidade dos bens dos sócios baseou-se, tão-somente, no fato de integrarem o Conselho de Administração da Olvepar S.A. - Indústria e Comércio, “com competência para fiscalizar a gestão dos diretores, através de exame de livros e documentos da sociedade, bem como, para solicitar informações sobre contratos celebrados, incluindo-se o presente Contrato de Benefício Fiscal concedido à referida empresa por intermédio do Prodei (Programa de Desenvolvimento Industrial do Estado)”, o que configura ofensa ao artigo 135, do CTN.

8. Ressalva do ponto de vista no sentido de que a ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e *pro labore*, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público.

9. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recursos especiais interpostos por Nilson José Crestani e outro e por Maria Bernardet Consoli Matsumoto, ambos com

fulcro nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento aos agravos de instrumentos dos recorrentes, nos termos da ementa a seguir transcrita:

Cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens dos sócios. Poderes de administração. Devedora concordatária. Presença do requisito *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Agravo improvido.

Demonstrado nos autos que sócios tem poderes de administração, é possível a decretação da indisponibilidade de seus bens quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Noticiam os autos que os ora recorrentes, sócios da empresa Olvepar S/A Indústria e Comércio, interpuseram agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face de despacho que deferiu a liminar pleiteada em sede de medida cautelar fiscal intentada pela Fazenda Pública do Estado do Mato Grosso, sob os seguintes fundamentos:

Para fins e efeitos de deferimento de liminar em sede de medida cautelar, é indispensável a presença de dois requisitos basilares, ou seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No presente caso, verifico que estes requisitos foram comprovados.

Salvo melhor prova, está claramente documentada a existência do crédito em favor da requerente no valor de R\$ 30.588.769,46 (trinta milhões, quinhentos e oitenta e oito mil, setecentos e sessenta e nove reais e quarenta e seis centavos) não se questionando a presença do *fumus boni iuris*, face à juntada da certidão da dívida ativa n. 000.367/2002.

Da mesma forma, está comprovado nos autos que a devedora possui três contratos com a empresa Sementes Maggi Ltda. que lhe garantem créditos futuros com pagamento previsto para o dia 30 de junho de 2002, pretendendo a requerente que seja depositado em conta judicial a fim de garantir execução fiscal que será ajuizada no momento oportuno.

Quanto ao *periculum in mora*, a exequente trouxe provas suficientes para a sua constatação, pois o elevado débito existente para com a Fazenda Pública Estadual já demonstra que a requerida não cumpre fielmente com suas obrigações, aliás, demonstrou isto quando ajuizou um pedido de concordata preventiva, a qual foi deferida, todavia, vencido o prazo da moratória, a mesma não honrou com os compromissos assumidos.

Ademais, poderá a requerente sofrer prejuízos irreparáveis se for indeferida a liminar - até porque vários outros credores quirografários da empresa requerida



postulam a decretação de sua quebra, portanto, é plenamente justificável o pedido liminar.

Ante o exposto, e verificando presentes os requisitos legais, *concedo a liminar* almejada em todos os seus termos.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, pela unanimidade de votos de seus integrantes, rejeitou a preliminar de supressão de instância suscitada pelo agravado e, no mérito, negou provimento ao agravo, nos termos da ementa anteriormente reproduzida, asseverando o seguinte:

... a Lei n. 8.397/1993, que institui e rege a cautelar fiscal, autoriza seu aforamento, tratando-se ou não de débito fiscal.

É também a própria lei que prevê, em seu artigo 4º, *caput*, e § 1º, que:

A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação' e que, em se tratando de pessoa jurídica, pode esta ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo do fato gerador, caso trate-se de lançamento de ofício ou, ao tempo do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

Assim, levando-se em conta que os agravantes eram membros do Conselho de Administração da empresa em questão, estão eles enquadrados na hipótese supramencionada, haja vista a autonomia do Conselho, conforme se deduz do art. 24 do Estatuto Social da Companhia, alterado pela Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de dezembro de 1999, cuja ata encontra-se nos autos às fls. 41 *usque* 48, que pode, dentre outros autos, 'fixar a orientação dos negócios da sociedade; eleger e destituir os Diretores da Sociedade e fixar-lhes as atribuições; fiscalizar a gestão dos Diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e documentos da sociedade, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em vis de celebração e sobre quaisquer outros atos e por fim, manifestar-se previamente sobre planos ou programas de expansão e diversificação de atividades que envolvam investimentos superiores ao patrimônio líquido da Sociedade.

Quanto ao *periculum in mora*, o simples fato de estar a empresa da qual os agravantes são sócios e membros dos Conselho de Administração, em processo de Concordata Preventiva, cujos termos estavam sendo descumpridos, já é motivo configurador de sua presença, tendo em vista grande possibilidade de decretação da quebra, já que a Lei Falimentar (Lei n. 7.661/1945) prevê em seu artigo 175, § 8º,

que o não cumprimento do inciso I, do § 1º, do referido artigo, no prazo, acarretará a declaração da falência, cabendo, da decisão, agravo de instrumento.

(...)

Opostos embargos de declaração por Maria Bernardet, restaram os mesmos desprovidos, por não terem sido vislumbrados os vícios apontados.

Nas razões do especial de Nilson José Crestani e outro, sustenta-se que o acórdão hostilizado contrariou o disposto no artigo 135, III, do CTN, uma vez que:

... os recorrentes não foram administradores da pessoa jurídica 'Olvepar S.A. Indústria e Comércio', apenas integrando o Conselho de Administração da empresa. Embora tivessem poderes de fiscalização, não detinham a administração direta da sociedade que era exercida pelo corpo diretivo da empresa.

Se constitui ilegalidade e afronta ao devido processo legal a inclusão do administrador no pólo passivo de demanda em que se busca a satisfação de crédito, seja ele tributário ou não, antes de apurada a responsabilidade deste pelo inadimplemento da obrigação, mais ainda se afigura ilegal o manejo de cautelar fiscal em face dos recorrentes, os quais não integravam o corpo diretivo da empresa, não exercendo, diretamente, a administração da pessoa jurídica.

(...)

Inconcebível, portanto, que os recorrentes permaneçam com seus bens indisponibilizados, quando sequer houve imputação pela recorrida de responsabilidade pela existência do débito fiscal.

O acórdão recorrido, assim dispondo, violou literal disposição de lei federal, ou seja, o art. 135, III, do CTN, presumindo, em relação aos recorrentes, a existência de infração à lei, apenas pelo fato de terem sido integrantes do Conselho de Administração da pessoa jurídica, sem exercer diretamente atos de gestão, não tendo a recorrida sequer alegado que os recorrentes tenham praticado um único ato de gestão caracterizador de infração à lei ou ao estatuto social.

(...)

Na hipótese em apreço, os recorrentes, Nilson José Crestani e Claudiomar Crestani, tornaram-se acionistas da Olvepar S/A Indústria e Comércio a 15.12.1999, somente de duas ações (PN - classe C), uma cada um.

A partir de 30.12.1999, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária, passaram a exercer a função de conselheiros de administração, órgão consultivo, sem poder de administração ou prática de atos de gestão, vez que a empresa possuía e possui corpo administrativo próprio, composto por presidente, vice-presidente e diretores. Os recorrentes, portanto, jamais dirigiram a companhia.



Em 20.02.2001, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária, Claudiomar Crestani afastou-se, por renúncia, do Conselho de Administração da Olvepar S/A Indústria e Comércio, mesma data em que transferiu sua ação para terceira pessoa, consoante prova cópia do Termo de Transferência de ações tirada no livro de registro de transferências de ações, inclusa nos autos. Nilson José Crestani permanece até hoje como conselheiro e titular de uma única ação da empresa.

Portanto, no caso vertente, os recorrentes não exerceram efetivamente cargos de administração na pessoa jurídica 'Olvepar S.A Indústria e Comércio', tendo a recorrida inscrito como devedores solidários meros acionistas que, à época da formalização do contrato - fato que originou a CDA e a obrigação tributária - sequer faziam parte da S/A, não se podendo, de modo algum, serem os recorrentes responsabilizados por atos de gestão que não foram por si praticados.

Conclui-se, pois, que os recorrentes não se enquadram entre as pessoas capazes de responder à medida cautelar fiscal, em virtude de não serem acionistas controladores, menos ainda, por não deterem poderes específicos para fazer com que a empresa cumpra suas obrigações fiscais.

Demais disso, ainda que admitida a hipótese de que os recorrentes tenham exercido atos de administração, *o simples inadimplemento da obrigação não caracteriza infração legal, ...*

(...)

Como não há, pela recorrida, alegação alguma de que os recorrentes tenham praticado atos de gestão, agindo com excesso de poderes e atos que teriam sido praticados pelos recorrentes em sua gestão, não há falar-se em responsabilidade tributária solidária a esse título ou a título de infração legal.

O sucessor da pessoa jurídica é a massa falida, para a qual foi transferido todo o ativo e passivo, sendo, portanto, a responsável exclusiva pelas obrigações tributárias.

Deste modo, os bens particulares dos recorrentes não respondem pelas dívidas da pessoa jurídica, posto que não foram apontados como tendo, no exercício dos cargos de Conselheiros de Administração, dissolvido irregularmente a pessoa jurídica, nem violado a legislação em vigor ou os estatutos sociais.

(...)

Gize-se, aliás, que a decretação da quebra da empresa não caracteriza dissolução irregular, posto que o processo falimentar é modo regular e legal de dissolução de uma sociedade comercial.

(...)

Os aludidos recorrentes trazem ainda para confronto arestos do STJ, no sentido de que “não se pode atribuir a responsabilidade substitutiva para sócios, diretores ou gerentes, prevista no art. 135, III, do CTN, sem que seja antes apurada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. Segundo os precedentes citados, “não ocorre a substituição tributária pela simples circunstância de a sociedade achar-se em débito para com o fisco” (REsp n. 260.524-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 1º.10.2001; REsp n. 79.155-CE, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 08.06.1998; REsp n. 139.872-CE, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 10.08.1998; REsp n. 174.532-PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 21.08.2000; REsp n. 100.739-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, DJ de 1º.02.1999).

Acerca do manejo de medida cautelar fiscal para a indisponibilização de bens de sócio-gerente em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, equivalente ao acionista-diretor da sociedade anônima por ações, colacionam o seguinte aresto como paradigma:

Recurso especial. Alínea **a**. Execução fiscal. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens do sócio. Responsabilidade do sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992. Não aplicação.

A responsabilidade excepcional do sócio-gerente somente se configura quando, no exercício da atividade de administração da pessoa jurídica, restar demonstrado que este agiu com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, a teor do disposto no artigo 135 do CTN, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

Não deve prevalecer, portanto, o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, “a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador”.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 197.278-AL, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 24.06.2002)



Supletivamente, apontam ofensa ao artigo 535, do CPC, caso não seja considerada prequestionada a matéria federal ora ventilada.

O recurso especial, interposto por Maria Bernardet Consoli Matsumoto, aponta ofensa: 1) ao artigo 535, do CPC, uma vez que “não obstante ter a recorrente fundado seus argumentos na aplicação do artigo 135, do CTN, à espécie, fato é que, mesmo após a interposição de embargos de declaração, sobre ele, assim como a respeito dos arts. 2º e 3º, da Lei n. 3.397/1992, não se manifestou explicitamente o v. acórdão recorrido...”; 2) ao artigo 135, do CTN, posto que nunca foi gestora ou participou da administração direta da companhia, sendo somente membro do Conselho de Administração por período curto, posterior à constituição do débito fiscal. Sustenta que apenas se admite a responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores quando as obrigações fiscais forem resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto ou extinção irregular da sociedade; 3) aos artigos 2º e 3º, ambos da Lei n. 8.397/1992, tendo em vista que a lei exige prova literal da constituição do crédito tributário para a concessão da medida cautelar fiscal, o que incorreu *in casu*; e 4) ao artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, uma vez que “se a própria lei comete à diretoria a representação da sociedade, e se somente ela executa qualquer ato de gestão, não se pode considerar o membro do conselho como seu representante e, muito menos, responsável por dívida tributária constituída antes de sua nomeação”.

Traz para confronto arestos do STJ, no sentido de que “em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento” e de que “o simples inadimplemento não caracteriza infração legal”.

O prazo para oferecimento de contra-razões decorreu *in albis*, consoante certidão de fl. 717.

Determinada a retenção dos recursos especiais, por força do artigo 542, § 3º, do CPC, restaram os mesmos destrancados em virtude do deferimento de medidas cautelares ajuizadas no âmbito do STJ (MC n. 8.273-MT e MC n. 8.420-MT).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Ao tratar da Responsabilidade Tributária de Terceiros, o Código Tributário Nacional, dispõe o seguinte:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A jurisprudência desta Corte tem entendido possível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando fique comprovado que este agiu com excesso de poderes, infração de lei, do contrato social ou dos estatutos.

A essas hipóteses a doutrina acrescentou o caso da dissolução irregular da sociedade. A respeito, pronunciou-se o eminente tributarista Hugo de Brito Machado:

Com acerto decidiu o Tribunal Federal de Recursos que, deixando a sociedade de operar, sem ter havido sua regular liquidação, os sócios-gerentes, diretores e administradores respondem pelas dívidas tributárias desta. Há, nesses casos, uma presunção de que tais pessoas se apropriaram dos bens pertencentes à sociedade.

Em conclusão, a questão em exame pode ser assim resumida: (a) os sócios-gerentes, diretores e administradores de sociedades por quotas de



responsabilidade limitada, ou anônimas, em princípio não são pessoalmente responsáveis pelas dívidas tributárias destas; b) em se tratando de IPI, ou de imposto de renda retido na fonte, haverá tal responsabilidade, por força da disposição expressa do Decreto-Lei n. 1.736/1979; (c) relativamente aos demais tributos, a responsabilidade em questão só existiria quando a pessoa jurídica tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida em decorrência de atos praticados com excesso de poderes ou violação da lei, do contrato ou do estatuto; (d) a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. (*in* Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 138)

No mesmo sentido tem se firmado a jurisprudência desta Corte Superior, consoante se extrai dos recentes julgados, que restaram assim ementados:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Sócio-gerente. Redirecionamento. Impossibilidade. Art. 135 do CTN. Violação aos artigos 591, 592, II, e 596 do CPC, 350 do Código Comercial, 2º do Decreto n. 3.708/1919 não configurada. Prequestionamento ausente. Súmula n. 282-STF Precedentes.

1. *O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. O simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal.*

2. A configuração do prequestionamento envolve a emissão de juízo decisório sobre a questão jurídica controvertida.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 513.912-MG, Segunda Turma, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 1º.08.2005)

Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Sócio. Administrador. Responsabilidade tributária. Limites. Art. 135, III, do CTN. Súmula n. 168-STJ.

1. *Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente* (EResp n. 260.107, Primeira Seção, Ministro José Delgado).

2. *‘Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado’* (Súmula n. 168-STJ).

3. Embargos de divergência não conhecidos. (EResp n. 422.732-RS, Primeira Seção, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 09.05.2005)

Tributário. Execução fiscal. Dissolução irregular da empresa. Redirecionamento da execução contra os sócios. Possibilidade. Precedentes. Recurso especial provido.

1. Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul* em face de acórdão (fl. 71) proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

Agravo de instrumento. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento da execução contra sócio da empresa.

A responsabilidade pessoal do sócio, gerente ou não, está condicionada à prática de atos contrários à lei ou ao contrato. E não é simplesmente objetiva, exigindo efetiva comprovação. Dessa forma, o simples débito fiscal da sociedade, como qualquer outro, não constitui só por si violação à lei. Se assim fosse, todos os credores estariam autorizados a executar bens particulares dos sócios de sociedades limitadas. Além disso, a obrigação tributária é da sociedade.

Por maioria, negaram provimento, vencida a Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro que provia.

2. A jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que a responsabilidade do sócio-gerente, em relação às dívidas fiscais contraídas pela sociedade apenas ocorre quando aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, exorbitou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatuto, a teor do que dispõe o artigo 135 do Código Tributário Nacional ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

3. In casu, a execução fiscal foi originariamente dirigida à empresa denominada Fioríssimo Ind. Com. Essenciais Art. Presentes Ltda., tendo sido tomadas providências para citação da mesma mediante citação via postal, com pedido de oficiamento à Receita Federal para informar o endereço, citação via mandado de execução fiscal, todas sem êxito, havendo por fim, o oficial de justiça informado que não foi possível a citação já 'que a mesma está desativada de fato há mais de noventa dias. Deixo de realizar os demais atos por não ter encontrado bens da devedora.' (fl. 31v.).

4. A dissolução irregular da sociedade oportuniza redirecionamento da execução independente de culpa ou dolo dos sócios. Esse o entendimento adotado neste Superior Tribunal de Justiça: 'É cabível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando a sociedade tiver sido dissolvida de forma irregular. Precedentes da Corte.' (AgRg no REsp n. 622.736-RS, Ministro Luiz Fux DJ 28.06.2004)

5. Portanto, ocorrendo a dissolução irregular, afirmativa não contestada nos autos, torna-se possibilitado o redirecionamento da execução contra os sócios, os quais



poderão, oportunamente, oferecer embargos do devedor, onde argüirão toda matéria de defesa. O que não é possível é o fisco ficar sem ter a quem dirigir a cobrança do crédito fiscal em face de a sociedade não mais existir.

6. Recurso especial provido. (REsp n. 704.502-RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02.05.2005)

Processual Civil. Agravo regimental. Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Impossibilidade. Incidência do verbete da Súmula n. 168-STJ. Dissenso entre acórdão que não conheceu do apelo, ante o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF e outro que apreciou o mérito do recurso especial. Divergência não configurada.

1. *O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.* Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

2. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.' Súmula n. 168-STJ.

3. São inadmissíveis os Embargos de Divergência quando o acórdão embargado não conhece do recurso sob o fundamento de ausência de prequestionamento e os decisórios paradigmas conheceram do recurso e adentraram na matéria de mérito. Precedentes do STJ: EREsp n. 497.511-SP; EREsp n. 89.575-SP; EREsp. n. 247.250-SP e EREsp n. 302.341-MG.

4. Embargos de divergência liminarmente indeferidos (art. 266, § 3º, do RISTJ).

5. Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EREsp n. 471.107-MG, Primeira Seção, desta relatoria, DJ de 25.10.2004)

In casu, controverte-se sobre a indisponibilidade de bens prevista pela Lei n. 8.397/1992, instituidora da medida cautelar fiscal, que prevê que o respectivo procedimento poderá ser instaurado, em regra, após a constituição do crédito tributário, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias (redação dada pela Lei n. 9.532/1997).

O requerimento da medida cautelar independe da prévia constituição do crédito tributário, quando o devedor, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal, põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros, ou aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei.

Acerca de indisponibilidade dos bens do requerido, o supracitado diploma legal, em seu artigo 4º, preceitua o seguinte:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

- a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
- b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

§ 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

§ 3º Decretada a medida cautelar fiscal, será comunicada imediatamente ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a constrição judicial.

Em virtude da remansosa jurisprudência acerca da responsabilidade tributária dos sócios, a aludida regra deve ser interpretada *cum grano salis*.

Os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza.

A indisponibilidade patrimonial, efeito imediato da decretação da medida cautelar fiscal, somente pode ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, desde que demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (responsabilidade pessoal), nos termos do artigo 135, do CTN. No caso de liquidação de sociedade de pessoas, os sócios são “solidariamente” responsáveis (artigo 134, do CTN) nos atos em que intervieram ou pelas omissões que lhes forem atribuídas.

Confira-se, à guisa de exemplo, o seguinte precedente:



Recurso especial. Alínea **a**. Execução fiscal. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens do sócio. Responsabilidade do sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992. Não aplicação.

A responsabilidade excepcional do sócio-gerente somente se configura quando, no exercício da atividade de administração da pessoa jurídica, restar demonstrado que este agiu com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, a teor do disposto no artigo 135 do CTN, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

Não deve prevalecer, portanto, o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, “a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador”.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 197.278-AL, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 24.06.2002)

In casu, verifica-se que a decretação da indisponibilidade dos bens dos sócios, ora recorrentes, baseou-se, tão-somente, no fato de integrarem o Conselho de Administração da Olvepar S.A. - Indústria e Comércio, “com competência para fiscalizar a gestão dos diretores, através de exame de livros e documentos da sociedade, bem como, para solicitar informações sobre contratos celebrados, incluindo-se o presente Contrato de Benefício Fiscal concedido à referida empresa por intermédio do Prodei (Programa de Desenvolvimento Industrial do Estado)”, o que configura ofensa ao artigo 135, do CTN.

Diante do exposto, *dou provimento aos recursos especiais.*

RECURSO ESPECIAL N. 724.693-PR (2005/0022642-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Paulo Antônio Meneghel e outros

Advogado: Davi Deutscher Filho e outros

Recorrido: Estado do Paraná

Procurador: César Augusto Binder e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Violação aos arts. 126, 128, 165, 458, 459 e 535, I e II, do CPC. Inocorrência. Honorários advocatícios de sucumbência e contratual. Natureza.

1. Acórdão recorrido que conheceu a questão versada nos autos de forma completa, diversamente do que alegado pelos recorrentes, distinguindo, inclusive, as duas espécies de verba honorária (contratual e de sucumbência).

2. Inexiste ofensa aos arts. 126, 128, 165, 458, 459 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. É assente nesta Corte e no E. Pretório Excelso que os honorários de sucumbência, por dependerem do êxito do causídico na ação, sendo, assim, de percepção aleatória e incerta, não podem ser considerados inseridos na mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* prevista no art. 100, § 1.º, alínea **a**, da Lei Maior (Precedentes: *REsp n. 329.519-SP*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.11.2005; *REsp n. 653.864-SP*, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 13.12.2004; *RMS n. 17.536-DF*, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJU de 03.05.2004; e *RE n. 143.802-9-SP*, Rel. Min Sydney Sanches, DJU de 09.04.1999).

4. Por outro lado, caso fosse atribuída à verba sucumbencial natureza alimentar, estar-se-ia dando preferência ao patrono em detrimento de seus clientes.

5. Os honorários contratuais, por seu turno, representam a verba *necessarium vitae* através do qual o advogado provê seu sustento, ao contrário do *quantum* da sucumbência da qual nem sempre pode dispor, razão pela qual, em princípio, somente aqueles podem ser considerados de natureza alimentar.

6. *In casu*, porém, o patrono da causa convencionou com seus clientes, ora recorrentes, por ocasião de seu patrocínio em ação



indenizatória por desapropriação, honorários advocatícios na razão de 50% (cinquenta por cento) calculados sobre o êxito obtido na demanda (fls. 49/55).

7. Considerando-se que os honorários advocatícios de sucumbência não têm natureza alimentar em razão de sua incerteza quanto ao percebimento, posto sempre atrelados ao ganho de causa, encerram a mesma característica aqueles contratados sob o êxito, por força do princípio de que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

8. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Paulo Antônio Meneghel e outros, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de verem anulado o v. Acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em sede de embargos de declaração, por ofensa aos arts. 126, 128, 165, 458, 459, 522, 524, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, ou, alternativamente, reformado o aresto prolatado por aquela Corte, no julgamento de agravo de instrumento (CPC, art. 522) manejado pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, sob o fundamento de o mesmo ter malferido as disposições insertas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994, bem como por ter esposado entendimento distinto adotado em arestos desta Corte Superior e do Pretório Excelso no que se refere a natureza dos honorários advocatícios da sucumbência.

Noticiam os autos que os ora recorrentes ajuizaram ação de indenização pelo rito ordinário em desfavor do DER-PR, tendo em vista este ocupar de forma irregular parte de imóveis a eles pertencentes, sem contudo garantir-lhes a prévia e justa indenização, prevista constitucionalmente, ou mesmo o rito previsto no Decreto-Lei n. 3.365/1941.

O pedido indenizatório foi julgado procedente e o DER condenando ao pagamento do principal corrigido e acrescido de juros compensatórios e moratórios, bem como ao pagamento de honorários da sucumbência e custas processuais.

Iniciada a execução do referido título judicial e após o transcurso *in albis* do prazo legalmente previsto para a oposição de embargos do devedor, os credores, ora recorrentes, requereram o desmembramento do valor exequendo de modo a serem expedidos dois precatórios requisitórios distintos: um em nome dos expropriados, de natureza comum; e outro em nome do patrono dos mesmos, de natureza alimentar, relativo aos honorários de sucumbência e contratuais.

O juízo de primeiro grau deferiu o pedido formulado (fl. 59), amparando-se, na ocasião, em decisões emanadas desta Corte Superior e do E. STF e, ainda, do disposto na legislação estadual do Paraná (Lei n. 13.213/2001 e Decreto n. 4.889/2001).

Contra esta decisão o ora recorrido insurgiu-se, valendo-se, para tanto, do recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522). Em suas razões, afirmou o então agravante, em síntese, que precatório principal decorria de sentença condenatória proferida em ação de indenização, não sendo incluído, assim, como de natureza alimentar, consoante o disposto pelo art. 100 da Carta Maior. Aduziu, também, ser a verba honorária acessória, pelo que possuidora da mesma natureza do precatório principal e, mais, que inaplicável à espécie as disposições insertas na Lei Estadual n. 13.213/2001, vez que aquela define o precatório decorrente de honorários advocatícios para o fim de compensação de débitos fiscais, hipótese distinta da versada *in casu*.

A Quarta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu provimento ao agravo de instrumento interposto, em aresto que restou assim ementado:

Agravo de instrumento. Expedição de precatório requisitório como de natureza alimentar. Verba decorrente de contrato de honorários advocatícios. Decisão reformada. Recurso provido.

Assim como o acessório segue a mesma disciplina do principal, torna-se impossível que o precatório referente aos honorários da sucumbência em ação de natureza comum, tenha natureza alimentar. (fl. 114)



Os exeqüentes, vislumbrando omissão no julgado, opuseram embargos de declaração (fls. 123/125). Nas razões de embargar, afirmaram que o aresto embargado “deixou de apreciar e analisar o argumento de que o art. 100, § 1º-A, da CF (EC n. 30 de 13.09.2000), não se aplica ao caso em tela, pois ofende o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito” (fl. 124). Requereram, ainda, fosse enfrentada e esclarecida a razão de não se aplicar a espécie a inteligência das normas insertas nos arts. 5.º, *caput* e incisos I e II, 6º, 7º, incisos IV, X, XXX, XXXII, da Constituição Federal, e nos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994. Ao final, pretenderam fosse esclarecida a natureza dos honorários de sucumbência, se comum ou alimentar.

A Corte de origem, novamente por unanimidade dos votos dos integrantes de sua 4ª Câmara Cível, rejeitou os embargos opostos, evidenciando, todavia, que: a) estabelecido no acórdão embargado que os honorários sucumbenciais, por sua natureza acessória, têm o mesmo caráter da ação principal em que foram fixados; b) tanto a Emenda Constitucional n. 30/2000, quanto a Lei Estadual n. 13.213/2001, são inaplicáveis ao caso em espécie; c) o *decisum* embargado tratou expressamente dos honorários sucumbenciais; e d) o E. TJ-PR assentou entendimento de que apenas os honorários advocatícios contratuais tem caráter alimentar, os sucumbenciais, por sua vez, seguem a natureza do principal onde fixados.

Ainda irresignados, os exeqüentes interpuseram o recurso especial que se apresenta, por meio do qual apontam, primeiramente, ofensa aos arts. 126, 128, 165, 458 e incisos, 459, 522, 524 e 535, incisos I e II, todos do Código de Processo Civil, bem como ao arts. 5.º, *caput* e incisos II, XXXV, LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Neste particular, aduzem os recorrentes que o E. Tribunal *a quo* deixou de enfrentar: “o argumento de que a Emenda n. 30 não pode retroagir e atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido; e a argumentação de que a natureza alimentara dos honorários decorre dos arts. 5º, *caput*, I e II, 6º, 7º, IV, X, XXX e XXXII, da CF, do próprio art. 100, *caput*, § 1º-A, da CF, e dos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994” (fl. 149). Pretendem, assim, sejam declarados nulos os arestos prolatados pela Corte de origem para que esta promova novo julgamento da demanda dando a integral prestação jurisdicional.

No que se refere ao cerne da questão versada nos autos, aduziram os recorrentes violação dos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994, suscitando, ainda, a existência de dissídio pretoriano entre o aresto hostilizado e v. Acórdão do Pretório Excelso, no qual consignado que: “A teor do disposto nos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.906/1994, os honorários advocatícios, incluídos na condenação,

pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentar” (RE n. 170.220-6-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 07.08.1998). Ao final, pugnam pelo provimento do apelo nobre que se afigura, para que seja reconhecida a natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais.

O Estado do Paraná apresentou contra-razões ao apelo nobre (fls. 203/208), pleiteando não seja o mesmo conhecido, por aplicação, *in casu*, dos enunciados sumulares n. 282-STF e 83-STJ, ou seja, acaso conhecido, desprovido.

Na origem, em exame prévio, o presente recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Prequestionada a matéria federal ventilada, demonstrada a divergência jurisprudencial alegada e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento.

No mérito, todavia, não merecem guarida nenhuma das pretensões dos recorrentes.

Primeiramente, pelo fato de não se vislumbrar contradição, omissão ou obscuridade, no acórdão recorrido, capaz de tornar nula a decisão impugnada pelo especial. Isto porque, o tribunal *a quo* apreciou presente demanda de modo suficiente, conforme se pode extrair do inteiro teor do v. acórdão prolatado, que encontra-se acostado às fls. 114/118 dos presente autos, e que fora perfeitamente integrado pelo aresto prolatado em sede de embargos de declaração (fls. 135/138), donde se extrai a inocorrência, em espécie, de violação de quaisquer dos dispositivos do Código de Processual Civil apontados como malferidos pelos recorrentes.

Assim, não merece acolhida a alegação dos recorrentes de que o acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos, não tenha se pronunciado acerca de todas as questões relevantes da demanda, e que, em consequência, teria violado os arts. 126, 128, 165, 458, 459, 522, 524, e 535, incisos I e II, do CPC ou teria adotado entendimento divergente ao desta Corte Superior no que atine aos mencionados dispositivos legais. É dizer que quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.



Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Entendimento uníssono desta Corte:

Tributário. Recurso em consulta administrativa. Exigibilidade do crédito tributário. Artigo 48, § 5º, da Lei n. 9.430/1996. Alegativa de infringência aos artigos 535, II, do Código de Processo Civil e 151, III do Código Tributário Nacional. Inocorrência. Recurso especial desprovido.

1. Não comete infringência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil o acórdão que analisa todos os pontos relevantes atinentes à solução da lide posta em julgamento. O juiz, ao expor os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, não está subordinado a fazê-lo como quem responde a um questionário jurídico, mas sim fundamentadamente. Aliás, o decisório abordou explicitamente o artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, tema da insurgência recursal.

(...) 3. Recurso especial desprovido (REsp n. 600.218-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.05.2004).

Processo Civil e Administrativo. Recurso especial. Alínea **a**. Alegada violação aos artigos 458, II, e 535, II do CPC. Inocorrência. Técnico em metalurgia. Necessidade de inscrição no Conselho Regional de Química. Ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal apontados.

Não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a res in iudicium deducta.

(...) Recurso especial não conhecido (REsp n. 503.205-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 29.03.2004).

De igual modo, não se verifica, *in casu*, a ocorrência do alegado malferimento dos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994. Cinge-se a controvérsia, neste aspecto, a saber se possível ao advogado valer-se de precatório requisitório preferencial, para a percepção de valores referentes a honorários contratuais e/ou sucumbenciais, ao argumento de os mesmos revestirem-se de natureza de verba alimentar.

O cerne da questão principal trazida à esta Corte diz respeito sobre se o advogado pode ou não fazer uso de precatório requisitório preferencial em se tratando da percepção de honorários contratuais e/ou de sucumbência.

No que diz respeito à natureza dos honorários de sucumbência, insta expor que este relator já sedimentou seu entendimento, quando do julgamento do RMS n. 17.536-DE, ocasião em que se lavrou aresto, publicado no DJU de 03 de maio de 2004, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Honorários advocatícios decorrentes de sucumbência. Precatório. Art. 100, § 1-A, da Constituição Federal.

1. O art. 100, § 1-A da Constituição Federal dispõe: “Os créditos e natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

2. A *ratio essendi* do art. 1º da Emenda n. 30 dirige-se exatamente aquelas verbas *necessarium vitae*, que são devidas e em relação às quais as partes não podem praticamente sobreviver, razão pela qual mereceram um tratamento constitucional privilegiado.

3. Deveras, a verba decorrente dos honorários de sucumbência - cuja retribuição é aleatória e incerta - dependente do êxito da parte a qual patrocina, não podem ser considerados da mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* previstos na Carta Magna.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido. (RMS n. 17.536-DE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJU de 03.05.2004)

Não é outro o entendimento desta Corte Superior sobre a questão posta nos autos, fazendo-se oportuno colacionar recentes julgados deste Sodalício, prolatados no julgamento de demandas análogas a que se afigura, com o fito de evidenciar a uniformização do entendimento jurisprudencial:

Tributário. Processo Civil. Execução. Concurso de credores. Crédito fiscal. Honorários advocatícios. Arts. 186 do CTN e 24 da Lei n. 8.906/1994.

1. Os honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados pelo juiz em favor do vencedor, têm retribuição aleatória e incerta, razão pela qual não podem ser caracterizados como verba de natureza alimentar.

2. A teor do disposto no art. 186 do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, à exceção dos créditos decorrentes da legislação trabalhista.

3. Em sede de concurso de credores de devedor comum, os honorários advocatícios não preferem aos créditos fiscais. Precedentes.



4. Recurso especial provido. (REsp n. 329.519-SP, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.11.2005)

Processo Civil e Constitucional. Honorários advocatícios. Preferência na ordem de pagamento. Art. 100 da Constituição Federal.

1. *Os honorários advocatícios oriundos da sucumbência não têm natureza alimentar.*

2. *Sob o aspecto ontológico, a álea só existe quando há sucesso na demanda, o que afasta a qualificação preferencial pretendida.*

3. Sob o ângulo constitucional, interpretado o art. 100, § 1º-A, verifica-se não estarem os honorários sucumbenciais no elenco dos créditos alimentares.

4. Divergência jurisprudencial que se resolve pela não-qualificação do crédito como sendo verba alimentar.

5. Recurso especial improvido (REsp n. 653.864-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 13.12.2004).

Vale ressaltar, ainda, que o E. Supremo Tribunal Federal, esposa entendimento que segue na mesma direção, consoante se pode depreender dos fundamentos desenvolvidos pelo Exmo. Sr. Min. Sydney Sanches, quando da prolação do voto condutor do RE n. 143.802-9-SP *in verbis*:

(...) Objetiva o presente Recurso, a desconstituição do V. Acórdão de fls. que deu provimento ao agravo de instrumento dos ora recorridos, no sentido de que a verba honorária, por ter manifesto carácter alimentar não se enquadra na regra excepcional e provisória do artigo 33 das Disposições Transitórias da Carta Magna.

Resumidamente, o fulcro da questão se encontra na natureza da interpretação de serem os honorários advocatícios relativos à sucumbência, créditos de natureza alimentar. Tal não sucede, entretanto.

Os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, não têm, *data venia*, o carácter alimentar. É certo que esse cará ter deve ser conferido àquela verba resultante de contrato firmado entre o advogado e a parte, no momento do patrocínio. Desse numerário, efetivamente retira o patrono seu sustento. É diversa da verba decorrente da sucumbência, da qual o advogado não pode nem sempre dispor ou contar como certa.

À contemplar-se a verba decorrente da sucumbência como de natureza alimentar, constituir-se-ia uma inversão de valores, em detrimento daquele a quem o Estado ainda está a dever e que não conseguiu a liquidação plena de seu crédito, a favor daquele a quem deu seu patrocínio.

Não pode pois a sucumbência integrar o conceito de verba alimentar. Sua retribuição é aleatória eis que, os advogados efetivamente não podem contar com sua existência ou *quantum*.

Como já foi dito, os contratos de honorários não se resumem à percepção da verba a quem o sucumbente eventualmente venha a ser condenado. A prestação postulatória exige do patrocinado o pagamento da honorária certa *desvinculada da condenação que poderá não sobrevir*, se o patrono não alcançar o ganho da causa.

Um outro aspecto ainda, merece consideração: não existe entre o Estado e o advogado da parte adversa, qualquer relação de subordinação que resultasse na possibilidade de exigência da honorária como prestação de caráter alimentício. Não existe dependência entre a entidade devedora e o advogado de outra parte. A sucumbência é pois, um *plus* condenatório que se não reveste de natureza alimentar.

Finalmente, destaca-se o último obstáculo à pretensão dos Autores. Trata-se da sistemática obedecida no cumprimento dos ofícios requisitórios. A se atender e se considerar tal verba como caráter alimentício, importar-se-ia em segmentação dos requisitórios de tal sorte quantos fossem os advogados patrocinadores dos interesses dos demandantes, o que sem dúvida tornaria a situação extremamente tumultuária na liquidação dos precatórios, inclusive às vezes em detrimento dos próprios clientes.

Isto posto, e tendo sido violada a Carta Magna em seu artigo 33 das Disposições Transitórias, a Autarquia, invocando os suprimentos dessa egrégia Suprema Corte Federal, espera seja o V. Acórdão, ora atacado, desconstituído com o provimento do presente apelo extremo de modo a se restabelecer o verdadeiro direito emanado de nossa Constituição Federal, como medida de Justiça Total!

(omissis)

3. O Parecer do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral República Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, exarou-se à fls. 62, nestes termos:

Recurso Extraordinário onde se discute a interpretação a ser dada ao artigo 33 do ADCT que reza o parcelamento do pagamento dos precatórios judiciais.

A colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal externou pensamento contrário ao entendimento esposado pelo Tribunal *a quo* no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 149.9893-SP, Rel. Min. Moreira Alves, IN DJ de 06.08.1993, pp. 14.908/9 e 162.312-8-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, IN DJ de 13.05.1994, p. 11.357, entendendo aplicável inclusive às desapropriações, o artigo 33 do ADCT.

O parecer é, por conseguinte, provimento do Recurso Extraordinário.

4. Valho-me dos fundamentos deduzidos pelo recorrente e pelo Ministério Público federal, para conhecer do Recurso Extraordinário e lhe dar provimento.

É que o principal da justa indenização em processo expropriatório está sujeito à moratória prevista no art. 33 do ADCT, na conformidade da jurisprudência desta Corte.

Se assim é com o principal, pela mesma razão há de ser com a verba acessória, de honorários advocatícios, não se tratando aqui de ação proposta pelo Advogado contra o constituinte.

5. Nesse sentido é o meu voto. (RE n. 143.802-9-SP, Primeira Turma, Rel. Min Sydney Sanches, DJU de 09.04.1999).

Destarte, como a verba honorária a título de sucumbência depende do êxito do causídico na ação, sendo aleatória e incerta, não se pode considerar que esteja inserida na mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* prevista no art. 100, § 1.º, alínea **a**, da Lei Maior. Por outro lado, caso fosse atribuída à verba sucumbencial natureza alimentar, estar-se-ia dando preferência ao patrono em detrimento de seus clientes.

Os honorários contratuais, por seu turno, representam a verba *necessarium vitae* através do qual o advogado provê seu sustento, ao contrário do *quantum* da sucumbência da qual nem sempre pode dispor, razão pela qual, em princípio, somente aqueles podem ser considerados de natureza alimentar.

In casu, porém, o patrono da causa convencionou com seus clientes, ora recorrentes, por ocasião de seu patrocínio em ação indenizatória por desapropriação, honorários advocatícios na razão de 50% (cinquenta por cento) calculados sobre o êxito obtido na demanda (fls. 49/55).

Conclui-se, portanto, que até mesmo esta verba, contratual, terminou despida de seu caráter alimentar, visto que, como nos honorários de sucumbência, restou incerta e aleatória, até o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da referida ação indenizatória.

Considerando-se que os honorários advocatícios de sucumbência não têm de natureza alimentar em razão de sua incerteza quanto ao percebimento, posto sempre atrelados ao ganho de causa, encerram a mesma característica aqueles contratados sob o êxito, por força do princípio de que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

Ex positis, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 768.689-RN (2005/0121815-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Raquel Teresa Martins Peruch Borges e outros
Recorrido: Simas Industrial S/A
Advogado: Douglas S Diniz Moreno e outros

EMENTA

Tributário. Crédito presumido de IPI na exportação. Ressarcimento de débito. Art. 4º da Lei n. 9.363/1996. Condicionamento à inexistência de débitos. Art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996. Parcelamento. Legitimidade da retenção prevista no art. 6º, § 3º, do Decreto n. 2.138/1997.

I - Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996, somente é possível a restituição em dinheiro de créditos prêmio de IPI na exportação, caso esta seja precedida de compensação pelo Fisco de eventuais débitos do contribuinte pelo Fisco. Precedente: REsp n. 542.938-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 07.11.2005.

II - De acordo com o § 3º do art. 6º do Decreto n. 2.138/1997: “a Unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado”, sendo legítima a sua aplicação à hipótese em tela, haja vista que o mero parcelamento do débito não constitui forma de extinção do crédito tributário.

III - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 12.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com esteio no art. 105, III, **a**, da Lei Maior, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado:

Tributário. Administrativo. Mandado de segurança. IPI, crédito presumido como ressarcimento do valor do PIS e da Cofins. Lei n. 9.363/1997, artigo 4º. Impossibilidade de compensação. Pagamento em moeda corrente.

- Comprovada a impossibilidade de utilização do crédito presumido em compensação do IPI devido pelo produtor exportador, nas operações de venda, no mercado interno, é ilegítimo o ato da autoridade administrativa que reteve crédito presumido de IPI procedendo a compensação de ofício nos termos do art. 6º, do Decreto n. 2.136/1997, sob alegação de existência de outras dívidas tributárias da contribuinte, que foram objeto de parcelamento junto à autoridade administrativa.

- Apelação provida (fl. 127).

Opostos embargos de declaração, foram esses providos em parte (fl. 141).

Sustenta a recorrente, em síntese, afronta aos arts. 6º da Lei n. 9.363/1996 e 6º do Decreto n. 2.138/1997, aduzindo que as regras insertas na Instrução Normativa n. 21/1997 e no Decreto n. 2.136/1997, pelas quais se exige a prévia extinção dos débitos existentes perante a Secretaria da Receita Federal para que o ressarcimento em espécie ocorra, são perfeitamente válidas. Acrescenta que o crédito presumido de IPI possui natureza de incentivo fiscal, somente podendo ser usufruído se a pessoa jurídica estiver em dia com suas obrigações fiscais. Destaca que, no caso, o débito existente seria para com a seguridade social, ressaltando a vedação constitucional (art. 195, § 3º, da CF/1988) a que a recorrida usufruísse do incentivo fiscal em tela. Por fim, argumenta que o parcelamento efetuado não se constitui em extinção do crédito tributário, o que somente ocorrerá com a quitação plena de todas as parcelas, de sorte que remanesce a dívida para com o Fisco.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões ao apelo nobre (fl. 197v).

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 210/213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho por satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal, aí se incluindo o do prequestionamento da matéria controvertida, pelo que conheço do recurso especial.

O cerne do presente recurso é a compatibilidade entre a possibilidade de ressarcimento em dinheiro de crédito presumido de IPI nas operações de exportação, previsto no art. 4º da Lei n. 9.363/1996, e a compensação pelo Fisco de tais créditos com débitos existentes, nos termos do art. 6º do Decreto n. 2.138/1997.

O art. 4º da Lei n. 9.363/1993 reza que, *litteris*:

Art. 4º Em caso de comprovada impossibilidade de utilização do crédito presumido em compensação do Imposto sobre Produtos Industrializados devido, pelo produtor exportador, nas operações de venda no mercado interno, far-se-á o ressarcimento em moeda corrente.

Por sua vez, o art. 6º, §§ 1º ao 3º, do Decreto n. 2.138/1997 assim dispõe:

Art. 6º. A compensação poderá ser efetuada de ofício, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287, de 23 de julho de 1986, sempre que a Secretaria da Receita Federal verificar que o titular do direito à restituição ou ao ressarcimento tem débito vencido relativo a qualquer tributo ou contribuição sob sua administração.

§ 1º A compensação de ofício será precedida de notificação ao sujeito passivo para que se manifeste sobre o procedimento, no prazo de quinze dias, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 2º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, a Unidade da Secretaria da Receita Federal efetuará a compensação, com observância do procedimento estabelecido no art. 5º.

§ 3º No caso de discordância do sujeito passivo, a Unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

Para melhor elucidar a questão, merece destaque o conteúdo do art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996, *in verbis*:

Art. 7º A Secretaria da Receita Federal, antes de proceder a restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.

§ 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.



Art. 73 Para efeito do disposto no art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:

I - o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;

II - a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Verifica-se, portanto, que se por um lado é permitida a restituição em dinheiro dos referidos créditos, pelo outro é outorgado ao Fisco o direito à compensação de eventuais débitos do contribuinte com créditos existentes.

Nesse contexto, deve-se proceder a uma interpretação das referidas normas, observando-se que não se trata de hipótese de revogação de norma anterior por lei posterior ou de incompatibilidade entre os referidos dispositivos, prestigiando o sistema como um todo.

Assim, tenho que somente seria possível a eventual restituição, *in casu*, se inexistissem débitos do contribuinte.

Noutras palavras, existindo débitos do contribuinte perante a autoridade fazendária, não é possível a restituição do valor total dos créditos porventura existentes, *ex vi* do art. 1º, § 1º, do Decreto n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta egrégia Primeira Turma:

Tributário. Crédito presumido de IPI na exportação. Ressarcimento de débito. Art. 4º da Lei n. 9.363/1993. Condicionamento à inexistência de débitos. Art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996.

I - Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996, somente é possível a restituição em dinheiro de créditos prêmio de IPI na exportação, caso esta seja precedida de compensação pelo Fisco de eventuais débitos do contribuinte pelo Fisco.

II - Recurso especial improvido (REsp n. 542.938-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 07.11.2005, p. 87).

Resta, ainda, destacar que a recorrida fora notificada pela Secretaria da Fazenda para manifestar-se quanto à compensação de ofício prevista no art. 6º do Decreto n. 2.138/1997, tendo-se manifestado contrária a tal compensação, o que resultou na retenção do referido crédito pelo Fisco, com respaldo no § 3º daquele mesmo dispositivo legal.

A esse respeito, impecáveis as ponderações exaradas na r. sentença, *in verbis*:

... a Simas Industrial S.A. tem para com o Fisco, dívida vencida de mais de um milhão e cem mil Reais em contribuições sociais, que este, a fim de receber, parcelou em suaves sessenta e duas prestações, atualizados com base em taxa de juros muito abaixo da cobrada pelo mercado.

24. No momento em que a Autoridade Tributária tem em seu poder dinheiro suficiente para saldar uma parcela dessa dívida (sem provocar gravame excessivo para o caixa da empresa, vez que o dinheiro já foi recolhido e a impetrante continua operando normalmente no mercado) seria absurdo que o Fisco pagasse à impetrante oitocentos mil reais em dinheiro, deixando de reter esse montante até que fosse satisfeito o crédito tributário da União - dentro da ampla esfera de ação que lhe foi outorgada pelo art. 6º da Lei n. 9.363/1996, regulamentado pelas normas administrativas citadas no item 14.

25. Outra hipótese sensata, que a impetrante não autorizou, seria proceder à compensação tributária, vez que trata-se de duas dívidas líquidas, certas e vencidas.

26. Há, portanto, direito de retenção do crédito da impetrante, por parte da Autoridade Tributária, até que sejam quitadas as dívidas tributárias (fls. 83/84).

Por fim, impende reforçar que a celebração de parcelamento do débito tributário em nada macula a legitimidade da retenção de crédito prevista no § 3º do art. 6º do Decreto n. 2.138/1997.

Realmente, a referida norma estabelece a possibilidade de retenção de crédito pela Secretaria da Fazenda “até que o débito seja liquidado”, o que, em sentido contrário, significa dizer que a referida retenção de valores somente se torna *ilegítima* quando o *crédito tributário já houver sido extinto*, o que, consoante reiteradamente decidido por esta Corte, *não se dá* com a simples celebração de parcelamento do débito, que somente será considerado extinto com o total adimplemento das parcelas.

A esse respeito, ilustrativos os seguintes julgados:



Processual Civil e Tributário. Art. 535, inciso II, do CPC. Violação. Inocorrência. Crédito tributário. Parcelamento. Suspensão da exigibilidade. Contribuinte. Certidão positiva com efeito de negativa, e não Certidão Negativa de Débito.

1. O voto condutor do acórdão embargado não restou omissivo, pois decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. A CND não pode ser emitida enquanto existir débito do contribuinte com o Fisco. *O parcelamento não tem o condão de extinguir o crédito tributário, mas, tão-só, de suspender-lhe a exigibilidade (art. 151, inciso VI, do CTN).*

3. O contribuinte que obteve parcelamento junto ao Fisco tem direito à emissão de certidão positiva com efeito de negativa - e não de CND -, embora aquela seja dotada dos mesmos efeitos desta.

4. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 716.785-CE, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 07.11.2005, p. 227) (g.n.).

Recurso especial. Tributário. O parcelamento da dívida tributária nos embargos à execução não implica a extinção da execução mas a sua suspensão.

1. O parcelamento do débito na execução fiscal implica, tão-somente, a suspensão do processo, conservando-se perene a Certidão da Dívida Ativa a sustentar a execução até que se extinga a dívida, podendo operar-se a continuidade da execução fiscal pelo saldo remanescente, se o parcelamento não restar cumprido integralmente pelo sujeito passivo.

2. A figura do parcelamento não se confunde com a transação extintiva do crédito. A autocomposição bilateral ou transação é forma de extinção do crédito tributário, consoante determina o art. 156, III do CTN, implicando no término do direito da Fazenda Pública de cobrar a obrigação tributária.

3. Considerando que a transação é a forma pela qual as partes previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas, enquanto que o parcelamento é a mera dilação de prazo para o devedor honrar sua dívida, não há que falar em naturezas semelhantes. Ao revés, no parcelamento, a dívida ativa não se desnatura pelo fato de ser objeto de acordo de parcelamento, posto que não honrado o compromisso, retoma ela o os seus privilégios, incidindo a multa e demais encargos na cobrança via execução fiscal.

4. É novel regra assente no Código Tributário Nacional que o parcelamento do débito é meramente suspensivo.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 514.351-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.12.2003, p. 347).

Ante todo o exposto, *dou provimento* ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 841.506-AL (2006/0081068-2)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal

Advogado: Fernando Carlos Araújo de Paiva e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Anna Regina L. R. de Barros e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Penhora sobre o faturamento da empresa. Possibilidade. Necessidade de observância a procedimentos essenciais à constrição excepcional, existentes, *in casu*. Precedentes.

1. *Cuida-se de agravo* de instrumento interposto pela Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara-AL que deferiu a penhora, nos autos da execução fiscal movida pelo INSS, em 10% (dez por cento) sobre o faturamento, uma vez que não foram encontrados outros bens passíveis de constrição. *O Tribunal de origem* (fls. 316/323) deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o percentual da penhora para 3% (três por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada. Em sede de recurso especial, alega-se negativa de vigência dos artigos 620, 677 do CPC e 5º, LIV, LV, 23, IX, 93, IX e 100 da CF/1988. *Em suas razões*, sustenta: a) a penhora do faturamento é medida extrema que exige o cumprimento de determinadas regras e providências que, na espécie, não foram observadas, a fim de evitar que esta determinação equipare-se à penhora do próprio estabelecimento; b) a recorrente é empresa de economia mista cuja finalidade é a prestação de serviços públicos de caráter essencial, e a determinação judicial pode implicar a inviabilização de sua atuação, trazendo prejuízo a toda coletividade. *Sem oferecimento* de contra-razões, conforme certidão de fl. 384.

2. É defeso o exame da apontada violação dos arts. 5º, LIV, LV, 23, IX, 93, IX e 100 da CF/1988, uma vez que a própria Carta Política



limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal.

3. A constrição sobre o faturamento, além de não proporcionar, objetivamente, a especificação do produto da penhora, pode ensejar deletérias conseqüências no âmbito financeiro da empresa.

4. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada desta Casa vem-se firmando no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva:

- a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional;

- a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução;

- o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação;

- a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento);

- fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

5. Autos que evidenciam a observância das formas elencadas. Na hipótese, restou comprovado que: a) a dívida gira em torno de R\$ 177.222.464,05 (cento e setenta e sete milhões, duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinco centavos) e a executada, por ser sociedade de economia mista, não dispõe de outros bens passíveis de penhora; b) nomeou-se representante legal (diretor-presidente), como administrador, consoante determina o art. 678 do CPC.

6. Recurso especial não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pela Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal, com fulcro no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, contra acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região que deferiu a penhora de 3% (cinco por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada.

A ementa do aresto combatido recebeu a seguinte síntese (fl. 323):

Processual Civil. Penhora de faturamento de empresa. Possibilidade em hipóteses restritíssimas.

1. A penhora sobre o faturamento de empresa, por acarretar sensíveis transtornos ao desenvolvimento regular de suas atividades comerciais, apenas se afigura viável em casos excepcionais quando, ao credor, não reste outra alternativa para garantir o débito em cobrança.

2. Como na hipótese, a executada não possui outros bens passíveis de constrição, afigura-se legítimo o pleito de penhora sobre o faturamento da sociedade.

3. Entretanto, levando-se em consideração a essencialidade dos serviços públicos prestados pela recorrente, o percentual de retenção fixado pelo doutro julgador monocrático (10% para cada uma das execuções em trâmite contra agravante) apresenta-se irrazoável.

4. Reputa-se suficiente percentagem estabelecida pela egrégia Quarta Turma desta Corte de Justiça quando do julgamento dos AGTRS nS 55.033-AL e 55.056-AL (3%) interpostos contra decisões idênticas a ora agravada - para também garantir o pagamento da dívida cobrada no executivo fiscal que subjaz ao presente recurso.

5. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração, estes receberam a seguinte síntese (fl. 338):

Embargos de declaração. Suposta sujeição da embargante à sistemática do precatório. Omissão do julgado.



1. Foi omissis o acórdão embargado ao não abordar com o devido mister a suposta sujeição da embargante à sistemática do precatório, eis que se limitou a discorrer sobre o cabimento da penhora sobre o faturamento da empresa.

2. Entrementes, descabido se falar em submissão da embargante à via do precatório para o pagamento de eventuais débitos que possua, já que não existe no ordenamento jurídico qualquer previsão legal nesse sentido.

3. Nos termos em que preconiza o art. 100 da Lei Maior, o regime especial de sujeição à sistemática do precatório revela-se indissociavelmente reservada à Fazenda Pública, não havendo qualquer preceito ou ressalva que estenda esse direito à generalidade de empresas do setor privado, no caso, à sociedade de economia mista.

4. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para suprir a omissão apontada. Manutenção do acórdão embargado.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara-AL que deferiu a penhora, nos autos da execução fiscal movida pelo INSS, em 10% (dez por cento) sobre o faturamento, uma vez que não foram encontrados outros bens passíveis de constrição.

O Tribunal de origem (fls. 316/323) deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o percentual da penhora para 3% (três por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada.

Em sede de recurso especial, alega-se negativa de vigência dos seguintes dispositivos:

Do CPC:

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

(...)

Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

Da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Em suas razões, sustenta: a) a penhora do faturamento é medida extrema que exige o cumprimento de determinadas regras e providências que, na espécie, não foram observadas, a fim de evitar que esta determinação equipare-se à penhora do próprio estabelecimento; b) a recorrente é empresa de economia mista cuja finalidade é a prestação de serviços públicos de caráter essencial, e a determinação judicial pode implicar a inviabilização de sua atuação, trazendo prejuízo a toda coletividade.

Sem oferecimento de contra-razões, conforme certidão de fl. 384.

Interpostos recurso especial e extraordinário, ambos foram admitidos, consoante decisão proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso apenas pela aludida violação dos arts. 620 e 677, do CPC, únicos devidamente abordados pelo acórdão combatido.

De início, registro que é defeso o exame da apontada violação dos arts. 5º, LIV, LV, 23, IX, 93, IX e 100 da CF/1988, uma vez que a própria Carta Política limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal, razão pela qual, neste ponto, o apelo, não pode ser objeto de conhecimento.

Com efeito, apenas à luz da interpretação dos artigos 620 e 677, do CPC, passo ao exame do pleito.

Proclama a recorrente pela inadmissibilidade de constrição do seu faturamento, fixado pela Corte de origem, em 3% (três por cento) sobre o seu faturamento mensal.

Tal procedimento, além de não proporcionar, objetivamente, a especificação do produto da penhora, poderá ensejar deletérias conseqüências no âmbito financeiro da empresa, conduzindo-a, compulsoriamente, ao estado de insolvência, em prejuízo não só de seus sócios, como também, e precipuamente, dos trabalhadores e de suas famílias, que dela dependem para sobreviver.

No trato de questão análoga assim me pronunciei ao relatar o REsp n. 163.549-RS, onde fui voto-vencido:

Ao compulsar os autos, constata-se que o Fisco solicitou que a penhora recaísse sobre porcentagem (30%) do faturamento da empresa, porque ela ofereceu bens integrantes de seu ativo estático (instalação de rede elétrica com cabos, eletrodutos, etc.; prensas, calculadoras, máquinas datilográficas; e outros equipamentos) que, pelas suas condições de funcionamento, conservação e tecnologia, são de difícil liquidação, além de já terem sido ofertados à penhora em ações ajuizadas pela União Federal e INSS (fls. 44 – declaração da própria recorrida).

Pleiteia, pois, o recorrente, que seja obedecida a ordem preferencial de penhora consagrada no art. 11, da Lei n. 6.830/1980 (LEF), devendo recair, portanto, primeiramente a incidência da penhora sobre “dinheiro”, ainda que futuro (faturamento da empresa).

A controvérsia em questão é de fácil deslinde, já que o entendimento desta Corte já se encontra pacificado e é reiterada a jurisprudência no sentido de que o devedor, ao oferecer bens à penhora, deve obedecer a ordem estabelecida pelo art. 11, da Lei n. 6.830/1980, sendo admitida a penhora sobre o faturamento da executada.

Confira-se:

Execução fiscal. Substituição de bem penhorado. Lei n. 6.830/1980, arts. 11 e 15, II.

1. Não obedecida a ordem legal estabelecida para a penhora, pode o devedor requerer a substituição dos bens oferecidos.

2. A jurisprudência tem admitido a penhora do faturamento diário da devedora executada.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso provido. (REsp n. 105.247-SP, Rel. Min. Milton L. Pereira, unânime, DJU 15.12.1997).

Processual Civil. Penhora em dinheiro (5% do faturamento mensal). Lei n. 6.830/1980 (arts. 11 e 15, II).

1. Desatendida a ordem legal estabelecida para a penhora, o devedor pode requerer a substituição do bem oferecido. Acentua-se o exercício desse direito diante de leilões sem licitantes, demonstrando que a insistência acrescentará gastos, com prejuízo às partes. Não apontados voluntariamente pelo devedor, nem demonstrada a existência de outros, consideradas as peculiaridades do caso concreto, acolhe-se o pedido do credor para a penhora de percentual (5%) sobre o faturamento mensal.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido. (REsp n. 89.694-SP, Rel. Min. Milton L. Pereira, unânime, DJU 22.04.1997).

A substituição requerida é, portanto, legítima, já que a ordem estabelecida pela Lei de Execuções Fiscais (art. 11) não foi cumprida e ao credor é possibilitado, em qualquer fase do processo, requerer a substituição, nos moldes estabelecidos pelo art. 15, II, da LEF.

Face ao exposto, dou provimento ao recurso.

Naquela ocasião, assim se pronunciou o Min. Garcia Vieira, tendo sido designado para a lavratura do acórdão:

Peço vênua ao eminente Ministro José Delgado para divergir de S. Exa. Inicialmente, esta Turma entendeu que poderia penhorar 30% do rendimento da empresa, mas, depois, a Turma e a própria Seção mudaram a orientação e não permitem mais a penhora do rendimento da empresa, porque isso equivale a penhorar a própria empresa. Nesse caso, teríamos que nomear um administrador e fazer um plano de administração da empresa. É nesse sentido que temos votado



nesta Turma. Fui vencido inicialmente e depois tive que reformular o voto. Se houver penhora do faturamento ou do rendimento, a empresa pode ficar inviável.

Nego provimento ao recurso.

No intuito de demonstrar, de maneira cristalina, os fundamentos acima delineados, transcrevo recentes e clássicos precedentes das distintas 1ª Seção e 1ª e 2ª Turmas deste Sodalício, *litteratim*:

A priori, os da 1ª Seção:

Embargos de divergência em agravo regimental. Ecução fiscal. Penhora. Faturamento. Medida excepcional.

- É firme a orientação deste Sodalício, esposada em inúmeros julgados desta Corte, no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais. Dessa forma, a penhora sobre o faturamento bruto mensal da empresa executada somente pode ocorrer em último caso, ou seja, após tentativas frustradas de penhora sobre outros bens arrolados no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

- Na hipótese dos autos, o v. acórdão embargado determinou a penhora sobre o faturamento da embargada ao fundamento de que “os bens oferecidos são insuficientes para garantia do Juízo e de difícil alienação, donde possível a penhora sobre renda de empresa, observados os critérios do art. 678, parágrafo único, CPC (fl. 114).

- Embargos de divergência acolhidos, para determinar a penhora sobre 5% sobre o faturamento mensal da embargada, desde que cumpridas as determinações dos artigos 677 a 679 do Código de Processo Civil.

(EAG n. 459.940-RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004)

Embargos de divergência em recurso especial. Execução fiscal. Penhora. Faturamento. Medida excepcional.

- É firme a orientação deste Sodalício, esposada em inúmeros julgados desta Corte, no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais.

- Verifica-se que o v. acórdão embargado, nessa linha de entendimento, ratificou o *decisum* da Corte de origem sob o fundamento de que ‘não fica vedada a penhora questionada, em percentual adequado ao valor da dívida objeto da execução, com a observância das cautelas legais (arts. 677 e 678, CPC), apenas afastando a possibilidade de constrição abrupta e direta’.

- Dessa linha de pensar não destoa a orientação esposada no v. aresto paradigma no sentido de que a penhora sobre o faturamento bruto mensal da

empresa executada somente pode ocorrer em último caso, ou seja, após tentativas frustradas de penhora sobre outros bens arrolados no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

- Sustenta a embargante, diversamente, que 'ficou evidente que não houve o esgotamento das possibilidades de penhora elencadas na Lei de Execuções Fiscais'. Essa alegação, data vênua, contraria a seguinte assertiva do acórdão da Corte de origem: 'devedor que busca dificultar o ato de penhora'. Ademais, tal circunstância já não poderia ser objeto de exame em embargos de divergência, cujo escopo é uniformizar eventual dissídio entre as Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção e não dar efeitos infringentes ao acórdão embargado.

- Embargos de divergência não conhecidos.

(REsp n. 267.449-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25.08.2003)

Processual Civil. Execução fiscal. A penhora em dinheiro pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. Penhora sobre o movimento de caixa da empresa-executada: só em último caso. Precedentes. Embargos de divergência recebidos.

I - A penhora em dinheiro (art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980 e art. 655, I, do CPC) pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado.

II - A penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa-executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, hipótese só admitida excepcionalmente (§ 1º do art. 11 da Lei n. 6.830/1980), ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de constrição sobre os outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

III - Inteligência dos arts. 10 e 11 da Lei n. 6.830/1980 e dos arts. 655, 677 e 678 do CPC.

IV - Precedentes das Turmas de Direito Público do STJ: REsp n. 35.838-SP e REsp n. 37.027-SP.

V - Embargos de divergência recebidos para 'restabelecer' o acórdão proferido pelo TJ-SP.

(REsp n. 48.959-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 20.04.1998)

Processual. Execução fiscal. Penhora da renda de empresa. Art. 678 do CPC.

- No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos arts. 677 e 678 do CPC. (REsp n. 24.030-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.06.1997)



Em seguida, os das 1ª e 2ª Turmas:

Processo Civil. Medida cautelar. Execução. Penhora. Faturamento da empresa. Existência de outros bens penhoráveis. Impossibilidade. Art. 620 do CPC.

1. Esta Corte assentou entendimento no sentido de somente admitir a penhora sobre percentual do faturamento da empresa em caráter excepcional, ou seja, quando inexistentes outros bens a penhorar ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução.

2. Não se deve admitir a penhora sobre o faturamento antes de esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente demonstrada a inexistência de qualquer bem, direito ou valor que possa garantir a execução.

3. Na hipótese dos autos, registra-se que a empresa executada possui outros bens passíveis de penhora, que não foram aceitos pela exeqüente por falta de interesse em adjudicá-los, bem como por serem de difícil arrematação. Tais alegações não justificam a substituição dos bens indicados pela penhora sobre o faturamento, em atenção à regra do art. 620 do CPC, que determina que a execução seja feita pelo modo menos gravoso para o executado.

4. Medida cautelar julgada procedente.

(MC n. 7.647-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 25.10.2004)

Execução fiscal. Penhora sobre faturamento. Súmula n. 7 do STJ. Aplicabilidade.

1. A penhora sobre faturamento da empresa é medida a ser adotada apenas em casos excepcionais, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados no art. 11 da Lei n. 6.830/1980.

2. Discussão que depende do reexame de matéria fática, inviável na instância especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 221.627-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 11.10.2004)

Processual Civil. Medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial. Requisitos. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa executada. Possibilidade somente diante de situações excepcionais e na ausência de outros bens penhoráveis.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial depende da demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar que quando do provimento final não tenha mais

eficácia o pleito deduzido em juízo, bem como, a caracterização do *fumus boni iuris*, ou seja, que haja plausividade do direito alegado.

2. É admissível, em hipóteses excepcionais, a penhora sobre o faturamento da empresa, desde que esta não tenha apresentado outros bens passíveis de garantir a execução.

3. *In casu*, não há nos autos informações sobre a tentativa de penhora de outros bens da empresa devedora. Por conseguinte, omitindo-se a exequente em comprovar que não lhe resta outra opção para satisfazer seu crédito, subjaz descaracterizada a situação excepcionalíssima que legitima a penhora sobre o faturamento da empresa, donde exsurge claro o *fumus boni iuris* a amparar a pretensão da Requerente.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AGRMC n. 8.725-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.09.2004)

Execução fiscal. Penhora sobre faturamento. Súmula n. 7 do STJ. Aplicabilidade.

1. É possível a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento de empresas, apenas em caráter excepcional, desde que não encontrados bens suficientes para garantia e mediante a nomeação de administrador.

2. Para se aferir se foram feitas diligências suficientes em busca da satisfação dos créditos há necessidade do revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, por óbice da Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 609.212-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.09.2004)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Inexistência de comprovação de que não existem outros bens passíveis de garantir a satisfação do crédito.

1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.

3. Admite-se como sendo possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de



garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput* do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

4. *In casu*, não há nos autos informações sobre a tentativa de penhora de outros bens da empresa, restando descaracterizada a situação excepcionalíssima que legitima a penhora sobre o faturamento da empresa.

5. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas, por isso que a penhora sobre o faturamento é uma modalidade útil ao processo de execução.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, provido.

(REsp n. 609.151-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.08.2004)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Excepcionalidade da situação a justificar a constrição.

1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do Código de processo Civil quando o Tribunal aprecia as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia posta, não sendo exigido que o julgador exaure os argumentos expendidos pelas partes, posto incompatíveis com a solução alvitada.

3. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de faturamento sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque, o art. 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.

4. Quando o devedor não tem bens que satisfaçam a penhora, tem-se admitido como possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput* do CPC), ao qual incumbirá apresentar as formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

6. *In casu*, o egrégio Tribunal *a quo*, na linha do entendimento esposado por esta C. Corte de Justiça, entendendo caracterizada a situação excepcional, deferiu

a incidência da penhora sobre o percentual de 10% sobre as rendas auferidas pelo Executado, razão pela qual não merece qualquer censura.

7. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no percentual de 10% (dez por cento) à míngua de outros bens penhoráveis.

8. Recurso Especial desprovido.

(REsp n. 584.915-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23.08.2004)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento. Excepcionalidade não-caracterizada. Precedente. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

- Consoante jurisprudência predominante nas Turmas de Direito Público deste Tribunal, tem-se admitido a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento da empresa desde que em caráter excepcional, ou seja, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei n. 6.830/1980 (LEF).

- A penhora sobre o faturamento, repita-se, não é de ser admitida, senão quando esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente comprovada a inexistência de qualquer bem que possa garantir a execução.

- *In casu*, o v. acórdão de origem consignou que a Fazenda Nacional, ao recusar a nomeação de bem à penhora pela devedora, não verificou a existência de outros bens, móveis ou imóveis. Dessarte, adotar entendimento diverso do v. julgado objurgado envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 7 do STJ.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA n. 523.311-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30.06.2004)

A penhora sobre o faturamento de uma sociedade comercial deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução, visto que implica verdadeiro óbice à existência da empresa, entendida como atividade econômica organizada profissionalmente para a produção, circulação e distribuição de bens, serviços ou riquezas (Artigo 966 do novo Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” – conceito de empresa).

- O ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa - mormente o novo Código Civil, por intermédio do Livro II, com a criação



do novo Direito de Empresa -, de sorte que amplia a construção doutrinária moderna acerca de suas características. Cesare Vivante, ao desenvolver a teoria da empresa no direito italiano (cf. Trattato de Diritto Commerciale. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920) congregou os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco como requisitos elementares a qualquer empresa.

- No mesmo sentido, Alfredo Rocco salienta a importância da organização do trabalho realizada pelo empresário e adverte que a empresa somente pode ser caracterizada quando a produção é obtida mediante o trabalho de outrem, a ser recrutado, fiscalizado, dirigido e retribuído exclusivamente para a produção de bens ou serviços (cf. Princípios de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1931).

- Em espécie, denota-se inequívoca a caracterização da empresa exercida por Begê Restaurantes de Coletividade Ltda. – empresário e sujeito de direito -, de modo que, embora seja uma abstração enquanto entidade jurídica – *tertius genus*, para Orlando Gomes; ente *sui generis*, conforme lição de Waldírio Bulgarelli e Ricardo Negrão; objeto de direito, segundo Rubens Requião -, a empresa merece tutela jurídica própria.

- Ora, ao determinar a realização da penhora sobre o faturamento da requerente, sem a nomeação de administrador, o ilustre Juízo de primeiro grau não observou dois dos elementos principais da empresa, a saber, o capital e a organização do trabalho. A penhora sobre o montante de 30% (trinta por cento) do faturamento da executada, somada à ausência de nomeação de administrador, impedirá que a organização da atividade econômica pelo empresário seja realizada com regularidade e habitualidade, visto que o capital destinado ao investimento e circulação restará prejudicado.

- Dessa forma, por mais que o acórdão recorrido tenha corretamente fixado o percentual sobre o qual deveria incidir a constrição – qual seja, 5% (cinco por cento) sobre o faturamento -, não nomeou administrador para gerir tal procedimento, o que representa inequívoca afronta ao artigo 620 do Código de Processo Civil. A segunda penhora equivocadamente realizada, bem como a inexistência de administrador nomeado, evidenciam que a execução não ocorreu da forma menos gravosa para o executado.

- Recurso especial provido.

(REsp n. 594.927-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30.06.2004)

Processo Civil. Penhora sobre o faturamento. Imprescindibilidade da figura do administrador.

1. A penhora sobre o faturamento exige que seja designado, pelo juiz, um administrador, a quem incumbe arrecadar corretamente o percentual sobre o qual recai a garantia.

2. A figura do administrador não se confunde com a do depositário, sendo certo que não se pode exigir que, compulsoriamente, seja assumido o ônus de um ou de outro *munus*. O desempenho de um ou de outro encargo é de aceitação espontânea.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 488.000-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 28.06.2004)

Tributário. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Inexistência de comprovação de que não existem outros bens passíveis de garantir a satisfação do crédito. Precedentes.

1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de faturamento sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.

2. Admite-se como sendo possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput* do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

3. *In casu*, não há nos autos informações sobre a tentativa de penhora de outros bens da empresa, restando descaracterizada a situação excepcionalíssima que legitima a penhora sobre o faturamento da empresa.

4. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 3% (três por cento) à míngua de outros bens penhoráveis.

5. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas, por isso que a penhora sobre o faturamento é uma modalidade útil ao processo de execução.



6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 628.406-BA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 31.05.2004)

Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento. Excepcionalidade não caracterizada. Precedente.

- Consoante jurisprudência predominante nas Turmas de Direito Público deste Tribunal, tem-se admitido a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento da empresa desde que em caráter excepcional, ou seja, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei n. 6.830/1980 (LEF).

- A penhora sobre o faturamento, repita-se, não é de ser admitida, senão quando esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente comprovada a inexistência de qualquer bem que possa garantir a execução. Conquanto faltos os autos de elementos mais esclarecedores da obediência ao disposto nos artigos 677 e 678 do CPC, não se faz possível autorizar o procedimento construtivo.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGREsp n. 261.883-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 22.03.2004).

Processo Civil. Agravo regimental. Penhora sobre o faturamento da empresa.

1. A penhora sobre o faturamento da empresa somente se admite em situações excepcionais, que devem ser avaliadas à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso da execução fiscal.

2. A penhora sobre o faturamento não equivale à penhora em dinheiro. Se haviam outros bens passíveis de penhora, não é o caso de deferir-se a substituição.

3. Decisão que não reavaliou o contexto fático-probatório, mas partiu de premissa fática incontroversa para aplicar o direito à espécie, a partir da tese jurídica prevalente na Corte.

4. Agravo regimental improvido.

(AGREsp n. 407.223-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05.05.2003)

Na verdade, a jurisprudência atualizada desta Casa firmou-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão construtiva:

a) a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional;

b) a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução;

c) o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação;

d) a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento);

e) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa, na espécie, em 3% (três por cento) sobre o seu faturamento mensal.

No entanto, os autos evidenciam a observância das formas elencadas. Na hipótese, restou comprovado que: a) a dívida gira em torno de R\$ 177.222.464,05 (cento e setenta e sete milhões, duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinco centavos) e a executada, por ser sociedade de economia mista, não dispõe de outros bens passíveis de penhora; b) nomeou-se representante legal (diretor-presidente), como administrador, consoante determina o art. 678 do CPC.

Tais procedimentos justificam a penhora do faturamento da empresa.

Por tais razões, amparado pelas considerações acima, *nego* provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 843.638-RJ (2006/0091913-9)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Hailson Fernandes Passos

Advogado: Guilherme Bahia Ganin e outros

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Andréa Vivacqua Corrêa de Oliveira Pugliese e outros

EMENTA

Tributário. Plano de previdência privada. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Leis n. 7.713/1988 e 9.250/1995. Isenção. Precedentes.



1. Tratam os autos de ação declaratória de isenção tributária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Hailson Fernandes Passos contra a União (Fazenda Nacional), em que se discute a incidência de IRPF sobre valores recebidos mensalmente pelo autor através de previdência complementar. Concedida a antecipação de tutela, determinou-se o depósito judicial dos valores referentes ao imposto de renda incidente sobre a complementação de aposentadoria. Adveio sentença julgando improcedente o pleito, sob o entendimento de que autor não se incumbiu de provar fato constitutivo de seu direito. Interposta apelação, o egrégio TRF da 2ª Região, por unanimidade, negou-lhe provimento, consignando-se que, além de inexistir imunidade, a isenção foi afastada com a edição da Lei n. 9.250/1995, cuja eficácia e aplicação são imediatas. No recurso especial apresentado pelo autor, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alega-se negativa de vigência aos arts. 6º da Lei n. 7.713/1988 e 4º da Lei n. 9.250/1995, pela ocorrência de bitributação, haja vista que “as contribuições recolhidas para formar o fundo de pensão, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, já haviam sido tributadas”. Sustenta que o acórdão recorrido deu interpretação divergente ao art. 333, I, do CPC, por descaber a inversão do ônus da prova na hipótese de tratar de “fato extintivo do direito do Autor”. Finaliza arguindo dissenso interpretativo com decisões emanadas por outros Tribunais, especificamente, com o TRF da 1ª Região, no sentido de que a complementação de aposentadoria “não possui caráter de acréscimo patrimonial, mas de cunho indenizatório”, devendo-se aplicar ao caso o teor da Lei n. 7.713/1988 “para o período em que as contribuições foram vertidas sob sua égide”. Contra-razões pela União (Fazenda Nacional) requerendo a manutenção do acórdão subjugado, sustentando, em sede preliminar, falta de prequestionamento dos dispositivos supostamente violados; ausência de comprovação do dissenso interpretativo; e inviabilidade do reexame de prova em sede especial (Sumula n. 7-STJ). Quanto ao mérito, aponta posicionamento jurisprudencial recente desta Corte corroborando o entendimento empossado pelo aresto recorrido, porquanto “a incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios de aposentadoria complementar não representa dupla tributação, já que se trata de renda nova, isto é, acréscimo patrimonial, não importando se a contribuição mensal foi recolhida sob a égide da Lei n. 7.713/1988 ou da Lei n. 9.250/1995” (Precedente: REsp n. 705.599-DF).

2. A egrégia Primeira Seção desta Casa, ao apreciar os EREsp n. 621.348-DF, sob a relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, dirimiu a controvérsia instaurada sobre a matéria entendendo que o recebimento de benefícios decorrentes de complementação de aposentadoria privada, cujos recolhimentos foram realizados anteriormente à Lei n. 9.250/1995, não se sujeitam à incidência do imposto de renda.

3. O aresto recorrido pronunciou-se inversamente à linha de entendimento da jurisprudência dominante deste Sodalício, eis que entendeu não-evidenciada a ocorrência de bitributação na espécie.

4. Recurso especial conhecido e provido para se determinar a restituição dos valores indevidamente recolhidos, nos termos do pedido exordial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 09.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Hailson Fernandes Passos (fls. 203/213), com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, assim ementado (fl.199):

Processual Civil. Tributário. Incidência de Imposto de Renda Pessoa Física sobre o resgate de contribuição previdenciária privada. Inexistência de imunidade. Isenção afastada a partir de 1995.

I. Todos os rendimentos, de atividade ou da inatividade, são sujeitos à tributação, salvo previsão de imunidade (de porte constitucional) ou de isenção (infra-legal). Inexistente a imunidade e afastada a isenção a partir de 1995, a regra



é da incidência, na modalidade de proventos (CTN, art. 43), visto que na isenção há incidência, existindo o fato gerador, não havendo a exigibilidade do crédito tributário por questões de política fiscal.

2. A revogação tem eficácia imediata, podendo o tributo ser cobrado no mesmo exercício financeiro, em que a lei revogadora for publicada, sem afrontar o princípio da anterioridade tributária, salvo a hipótese do art. 178 do CTN (RE n. 99.908-RS, Rel. Min. Rafael Mayer, publicado na RTJ 107/430-432).

3. Negado provimento à apelação. Decisão unânime.

Tratam os autos de ação declaratória de isenção tributária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Hailson Fernandes Passos contra a União (Fazenda Nacional), em que se discute a incidência de IRPF sobre valores recebidos mensalmente pelo autor através de previdência complementar. Pleiteia-se, em linhas gerais, a devolução dos valores recolhidos de forma indevida, relativamente ao período dos cinco últimos anos, nos termos da Lei n. 7.713/1988, através de procedimento compensatório.

O juízo de primeiro grau (fls. 56/57) deferiu a antecipação de tutela determinando que a entidade de previdência privada, Real Grandeza - Fundação de Previdência Privada, procedesse ao depósito judicial mensal dos valores referentes ao imposto de renda retido na fonte, incidente sobre os valores da complementação da aposentadoria do autor.

Prolatada sentença, fls. 136/139, o pedido foi julgado improcedente. Em preliminar, o juízo *a quo* declarou a prescrição das parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação, e quanto ao mérito, entendeu que o autor não se incumbiu de provar fato constitutivo de seu direito, diante da ausência de provas neste sentido, o que afasta qualquer possibilidade de reconhecimento de eventual direito à restituição.

Interposta apelação dessa decisão, o egrégio TRF da 2ª Região, por unanimidade, negou-lhe provimento, por entender que, além de inexistir imunidade, a isenção até então existente foi afastada com a edição da Lei n. 9.250/1995, cuja eficácia é imediata, o que autoriza a cobrança do imposto no mesmo exercício financeiro. Por outro lado, consignou que o acatamento da tese defendida pelo autor implicaria vulneração ao princípio da legalidade, bem como denotaria o “*incentivo fiscal à margem da lei*”.

No recurso especial apresentado por Hailson Fernandes Passos, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alega-se negativa de vigência aos arts. 6º da Lei n. 7.713/1988 e 4º da Lei n. 9.250/1995, pela ocorrência de bitributação, haja vista que “as contribuições recolhidas para formar o fundo de

pensão, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, já haviam sido tributadas”. Argúise, outrossim, que o acórdão recorrido deu interpretação divergente ao art. 333, I, do CPC, por descaber a inversão do ônus da prova na hipótese de tratar de “fato extintivo do direito do Autor”. Sustenta, por fim, a ocorrência de dissenso interpretativo com decisões emanadas por outros Tribunais, especificamente, com o entendimento do TRF da 1ª Região, no sentido de que a complementação de aposentadoria “não possui caráter de acréscimo patrimonial, mas de cunho indenizatório”, aplicando-se ao caso o teor da Lei n. 7.713/1988 “para o período em que as contribuições foram vertidas sob sua égide”.

Aduz violação dos seguintes dispositivos legais:

- *Do Código de Processo Civil:*

Art. 333, II - O ônus da prova incumbe: (...)II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)

- *Da Lei n. 7.713/1988:*

Art. 6º, VII - Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...) VII - os benefícios recebidos de entidades de previdência privada: a) quando em decorrência de morte ou invalidez permanente do participante; b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

- *Da Lei n. 9.250/1995:*

Art. 4º - Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas: I - a soma dos valores referidos no art. 6º da Lei n. 8.134, de 27 de dezembro de 1990; II - as importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão ou acordo judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais; III - a quantia de R\$ 90,00 (noventa reais) por dependente; IV - as contribuições para a Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social; VI - a quantia de R\$ 900,00 (novecentos reais), correspondente à parcela isenta dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por qualquer pessoa jurídica de direito público interno, ou por entidade de previdência privada, a partir do mês em que o contribuinte completar



sessenta e cinco anos de idade. Parágrafo único. A dedução permitida pelo inciso V aplica-se exclusivamente à base de cálculo relativa a rendimentos do trabalho com vínculo empregatício ou de administradores, assegurada, nos demais casos, a dedução dos valores pagos a esse título, por ocasião da apuração da base de cálculo do imposto devido no ano-calendário, conforme disposto na alínea e do inciso II do art. 8º desta Lei.

Contra-razões (fls. 145/156) pela União (Fazenda Nacional), pugnando a manutenção do acórdão subjugado. Argúi-se, em sede preliminar, falta de prequestionamento dos dispositivos supostamente violados; ausência de comprovação do dissenso interpretativo; e inviabilidade do reexame de prova em sede especial (Súmula n. 7-STJ). Quanto ao mérito, aponta posicionamento jurisprudencial recente desta Corte corroborante do entendimento adotado no aresto recorrido no sentido que “a incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios de aposentadoria complementar não representa dupla tributação, já que se trata de renda nova, isto é, acréscimo patrimonial, não importando se a contribuição mensal foi recolhida sob a égide da Lei n. 7.713/1988 ou da Lei n. 9.250/1995” (Precedente: REsp n. 705.599-DF).

Juízo positivo de admissibilidade (fl. 251).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Merece ser conhecido o apelo.

De início, constata-se que nem todos os dispositivos tidos por violados foram devidamente prequestionados, ressentindo-se o art. 333, I, do CPC, da devida apreciação pela instância *a quo*. Deste modo, não restou atendido, quanto a este ponto, o inescapável requisito do prequestionamento. Entrementes, quando a parte inconformada não se socorreu dos mecanismos legais viabilizadores da pretensão recursal, deixando de opor os pertinentes aclaratórios com o fito de proceder à análise da norma supostamente violada.

Incidência, portanto, dos enunciados de n. 282 e 356 do STF, corroborados pela pacífica e remansosa jurisprudência desta Corte acerca do tema: “Inviável se apresenta o acesso às Instâncias Superiores quando os dispositivos legais apontados como violados não sofreram debate pelo acórdão impugnado e nem tampouco a parte apresentou embargos de declaração para tentar suprir tal requisito. Incidem, no caso, os óbices sumulares n. 282 e 356 do STF” (AgRg no Ag n. 716.196-RS, sob minha relatoria, DJ de 26.06.2006).

Não obstante, quanto à questão principal dos autos, merece prosperar o apelo extremo, seja pela alínea **a**, quanto aos demais dispositivos invocados pela parte insurgente, seja pela alínea **c** do permissor constitucional, pela indubitável divergência, convergindo para o reconhecimento do pleito do recorrente.

Com efeito, a controvérsia cinge-se em determinar se a incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria, consoante o período de recolhimento da contribuição mensal, ou seja, sob a égide da Lei n. 7.713/1988 e após a vigência da Lei n. 9.250/1995, constituem ou não *bis in idem*.

Relativamente ao Imposto de Renda - Pessoa Física nos casos de resgate das contribuições à entidade de previdência privada, ou de fruição do benefício, proferi voto em inúmeras ocasiões pela não-incidência da exação. Em especial, cito o Recurso Especial n. 782.752-PR que exprime o meu posicionamento sobre o assunto (DJU de 05.12.2005):

Os valores referentes ao resgate de poupanças formadas com as contribuições para Plano de Previdência Privada, ao menos aqueles subtraídos das remunerações dos servidores que já haviam previamente sofrido tributação do imposto de renda, não podem sofrer nova incidência.

A Fazenda Nacional afirma que a sobredita tributação encontra-se autorizada pela Lei n. 9.250/1995 que, em seu art. 33, determina:

Art. 33. Sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate das contribuições.

Ocorre que, anteriormente à edição da supracitada lei, a incidência do referido tributo já estava prevista no art. 31, I, da Lei n. 7.713/1988:

Art. 31. Ficam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo o ônus não tenha sido do beneficiário:

I. as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada.

Em conformidade com a legislação citada, pode-se inferir que apenas aquelas contribuições para a Previdência Privada que sofreram dedução de imposto de renda na fonte são impositivas na forma do art. 33 da Lei n. 9.250/1995. Essa conclusão encontra-se corroborada pelo art. 7º da Medida Provisória n. 1.559-22:



Art. 7º. Exclui-se da incidência do Imposto de Renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

In casu, como já dito, os salários dos recorridos, enquadrados como fontes de rendimento, já estavam sujeitos à tributação do Imposto de Renda, na forma da norma regente à época, retirando-se, assim, do rendimento líquido, o valor destinado à contribuição para a entidade de previdência privada. Os valores recebidos, quando do resgate da poupança das contribuições de previdência privada, não constituem acréscimo patrimonial para fins de incidência do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN, de forma que a imposição de nova incidência tributária, nos moldes da Lei n. 9.250/1995, configuraria, forçosamente, *bis in idem*.

Portanto, a Lei n. 9.250/1995 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, já que, anteriormente a 1995, as parcelas de contribuição para a previdência privada não eram dedutíveis da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda.

No REsp n. 226.263-PE, DJ de 28.02.2000, externei os seguintes argumentos:

O recurso merece ser conhecido. A matéria jurídica nele abordada foi devidamente prequestionada: decidir-se a respeito da interpretação e aplicação do art. 33, da Lei n. 9.250, de 1995. Os fundamentos desenvolvidos no minucioso voto proferido pelo culto Juiz Geraldo Apoliano, como Relator, merecem ser integralmente acolhidos. Transcrevo-os (fls. 136/138):

Discute-se, no presente *mandamus*, acerca do disposto no artigo 33 da Lei n. 9.250, de 1995, o qual preceitua, *in verbis*:

Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

A incidência do IR, pela alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), foi objeto de várias impetrações, tais como no caso em tela, em que se menciona a ocorrência de autêntico *bis in idem*.

A tese é a de que, tendo sido o imposto já descontado na fonte, quando do recebimento dos salários, razão não haveria para que se tributasse o resgate das contribuições, simples parcelas daqueles

(reporto-me aos salários) deduzidas após o recolhimento do tributo. A legislação anterior não indicava o resgate da “reserva de poupança” como hipótese de incidência do tributo, mas, por outro lado, não permitia a dedução, na base de cálculo do imposto, das contribuições mensais, o que se tornou permitido com a nova Lei n. 9.250/1995.

Penso que a incidência do IR sobre as contribuições recolhidas anteriormente à Lei n. 9.250/1995, é irrita, pelo fato de já haver incidido o imposto sobre tais contribuições, quando do recebimento dos salários. As contribuições recolhidas após a vigência da citada lei, por seu turno, foram excluídas da base de cálculo do tributo, pelo que são passíveis de incidência do “IR” ao serem resgatadas.

De acordo com esse entendimento, foi editada, posteriormente à Lei n. 9.250/1995, a Medida Provisória n. 1.459, de 1996, cujo artigo 8º preconizou, *in verbis*:

Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

Entendeu o douto Juiz *a quo*, todavia, ser inconstitucional a restrição imposta no artigo, ou seja, que não poderia haver incidência do imposto nem sobre as contribuições efetuadas a partir de 1996.

Segundo o perillustre Magistrado, a restrição “contrataria o Código Tributário Nacional - CTN, que ostenta a qualidade de lei complementar de cunho genérico, à qual cabe, no campo tributário, entre outras atribuições, delimitar o fato gerador e a base de cálculo dos tributos (art. 146, III, **a**, da Constituição da República)”.

De acordo com o mesmo, o Imposto de Renda, mesmo em 1996, recairia sobre o que não é renda.

A meu ver - *data maxima vênia* -, não há inconstitucionalidade na incidência do tributo sobre as contribuições efetuadas a partir de 1996.

Tal inconstitucionalidade somente se verificaria na hipótese de já haver incidido o tributo sobre as parcelas destinadas às contribuições. Neste caso, haveria dupla incidência do tributo: a primeira, quando do recebimento do salário, e a segunda, quando do resgate da contribuição. A exação incidiria aí, é bem verdade, sobre o que, deveras, não é renda.



No caso em tela, contudo, não há a dupla incidência do imposto, eis que, consoante adrede destacado, a Lei n. 9.250, de 1995, excluiu da base de cálculo do “IR”, a partir de 1996, as parcelas destinadas a planos de previdência privada.

É só conferir o disposto no artigo 4º, desse ato normativo:

Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do Imposto sobre a Renda poderão ser deduzidas:

I a IV – *omissis*;

V – as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

O novel diploma - ressalte-se -, indica como hipótese de incidência o resgate, mas permite que sejam deduzidas as contribuições mensais da base de cálculo do imposto.

Depreende-se, portanto, que não se excluem da incidência do tributo as contribuições efetuadas a partir de 1996. Também não se excluem as parcelas cujo ônus não tenha sido dos Impetrantes-Apelados, as quais, no entanto, não integram a chamada “reserva de poupança”, objeto do resgate.

(...)

Esforçado nessas razões, dou parcial provimento à Apelação e à Remessa Oficial.

É como voto.

Tenha-se em consideração que o art. 33, da Lei n. 9.250/1995, ... faz parte do novo disciplinamento que é dado às Contribuições e Benefícios de Previdência Privada e deve ser examinado em conjunto com os arts. 4º, inc. V, e 8º, inc. II, e, da mesma Lei. Estes últimos dispositivos, conforme já comentado no tópico próprio, admitem a dedutibilidade, para efeito de determinar a base de cálculo do imposto de renda, das contribuições feitas pelo contribuinte à entidade de previdência privada domiciliada no País. Paralelamente, o art. 33 determina que o contribuinte ficará sujeito ao imposto de renda, na fonte e na declaração, quando do recebimento dos benefícios ou por ocasião do resgate das contribuições efetuadas. Adota-se um tratamento simétrico, aplicável a esse tipo de pagamento e recebimento, que pode se constituir em importante mecanismo indutor do fortalecimento da poupança interna, de longo prazo,

que só tende a trazer benefício ao País, sem que isso represente qualquer privilégio para o contribuinte. (Agenor Manzano, Eivany A. Silva, Jorge V. Rodrigues e Romeu Salaro, *in* “Reflexões sobre as Leis n. 9.249 e 9.250, de 26.12.1995”, *in* RT, ano 4, n. 15 – abril-junho de 1996 – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas).

Não há, portanto, vício de inconstitucionalidade no dispositivo em questão. O que deve ser observado é, apenas, a sua não aplicação retroativa, como bem entendeu o acórdão recorrido.

Considere-se que no período anterior à vigência do art. 33, da Lei n. 9.250/1995, as contribuições em questão não eram dedutíveis para efeitos de determinar-se o imposto de renda a ser pago pela pessoa física. Logo, correta a interpretação de não fazer incidir o imposto de renda quando do recebimento do valor do referido benefício, pois, tal constituía, apenas, retorno do capital.

No mesmo sentido: REsp n. 694.450-RJ, Primeira Turma, DJ 19.09.2005.

De todo o exposto acima, podemos firmar as seguintes conclusões:

a) o resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei n. 7.713/1988, anterior à Lei n. 9.250/1995, não constitui aquisição de renda, já que não configura acréscimo patrimonial. Salientando-se que aqui se está falando dos valores decorrentes dos ônus anteriormente assumidos pelos próprios contribuintes;

b) os valores recolhidos a título de contribuição para entidade de previdência privada, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários que já haviam sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí porque a incidência de nova tributação, por ocasião do resgate, configuraria bitributação;

c) a MP n. 1.559-22 - hoje n. 2.159-70/2001 - excluiu da incidência do Imposto de Renda na fonte e na declaração de rendimentos, conforme redação do seu artigo 7º, “os valores de resgate das contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”;

d) a Lei n. 9.250/1995 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda os valores relativos aos exercícios anteriores.

Atualmente, após a egrégia Primeira Seção desta Casa, em 12.12.2005, apreciar os EREsp n. 621.348-DF sob a relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, dirimiu-se a controvérsia instaurada sobre a matéria ao se



entender que o recebimento de benefícios decorrentes de complementação de aposentadoria privada, cujos recolhimentos foram realizados anteriormente à Lei n. 9.250/1995, não se sujeitam à incidência do imposto de renda.

Desta forma, observa-se que o aresto ora recorrido pronunciou-se inversamente à linha de entendimento do julgado representativo da jurisprudência dominante deste Sodalício, eis que não-evidenciada a ocorrência de bitributação na espécie. Confira-se nesse sentido ementa do retrocitado acórdão:

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis n. 7.713/1988 (art. 6º, VII, **b**) e 9.250/1995 (art. 33) e MP n. 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. *Bis in idem* exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 7.713/1988.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória n. 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995” (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do EREsp n. 380.011-RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento.

Diante do acima exposto, *dou provimento* ao presente recurso especial para reconhecer o direito do contribuinte à restituição das importâncias indevidamente recolhidas, no período correspondente à vigência da Lei n. 7.713/1988, nos termos do pedido exordial, valor este a ser atualizado monetariamente. Inversão do ônus sucumbencial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 845.885-SP (2006/0111091-3)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Município de Morro Agudo e outros

Advogado: Wilson Luís de Sousa Foz e outros

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

Procurador: Eduardo de Mello e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. IPVA. Lei Complementar n. 63/1990, art. 2º, parágrafo único. Parcelas de repasse do IPVA ao Município em atraso. Necessidade de a Fazenda Pública do Estado aplicar juros de mora de 1% ao mês. Sentença exequenda com trânsito em julgado. Preclusão do direito de a Fazenda Pública impugnar o critério de juros utilizados. Precedentes. Irresignação amparada no art. 102, **b**, do permissivo constitucional. Não-conhecimento. Recurso especial do Município conhecido em parte e provido.

1. Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, interposto pela Prefeitura Municipal de Morro Agudo e outros com o objetivo de reformar acórdão que, em autos de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face de decisão proferida em execução de sentença (n. 288/2005) de ação manejada pela Prefeitura recorrente, entendeu que os depósitos realizados pela ora agravante, em cumprimento da moratória fixada pelo art. 78 do ADCT, estão incompletos, haja vista que devem ser aplicados juros no percentual de 12% a.a..

2. O deslinde da controvérsia exige a consideração de alguns pressupostos de direito que estão registrados nos autos, como se



verifica: a) a questão litigiosa central está vinculada ao percentual de juros, se de 6% ou de 12%, a ser aplicado nas parcelas (2ª parcela em diante) de pagamento de moratória amparada no art. 78 da ADCT; b) a sentença exequenda, já com trânsito em julgado, determinou expressamente que (fls. 22/23) “...em liquidação por cálculos do Contador, deve ser apurado o montante de todos os créditos realizados em prazo superior a cinco dias úteis seguintes ao da arrecadação, mais juros da mora *de 1% ao mês* e correção monetária a partir de cada termo inicial com atraso”; c) a Lei Complementar n. 63/1990, artigo 10, parágrafo único, ao tratar do repasse, em atraso, do valor de IPVA de propriedade do Município, estabelece: “...o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e *a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso*”. d) o direito concedido na sentença exequenda, inclusive o estabelecimento de juros em 1% ao mês, não mereceu da Fazenda Pública do Estado impugnação pela forma e instrumento processual cabível.

3. Não há razão para que, como sustentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, sejam aplicados à espécie os juros de 6% ao ano instituídos pelo Código Civil então vigente, norma geral e inespecífica, em detrimento do critério e valor de juros (de 12% ao ano) disciplinados em Lei Complementar que, como antes referido, é própria e específica ao tema controverso.

4. Há que se registrar a impossibilidade de que, em juízo de liquidação, seja alterado o conteúdo de direito antes concedido por sentença com trânsito em julgado. Em verdade, está precluso o direito de a Fazenda Estadual atacar os fundamentos da sentença que, em processo de conhecimento, examinou e decidiu a lide.

5. O apelo não merece ser conhecido no que toca à irrisignação amparada na alínea **b**, do permissivo constitucional, uma vez que o acórdão atacado, de nenhum modo, considerou válido ato de governo local impugnado em face de legislação federal. Ao revés, o litígio mereceu solução sob ótica diversa.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido com a finalidade de que, nas parcelas de repasse de IPVA pagas pelo Estado ao Município, sejam aplicados juros de mora ao percentual de 1% ao mês.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 07.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 303/311) interposto pela Prefeitura Municipal de Morro Agudo e outras, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **b** da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fl. 108):

Agravo de instrumento. Execução de sentença. Precatório pendente. Parcelamento decorrente do art. 78 do ADCT da CF/1988, introduzido pela EC n. 30, de 13 de setembro de 2000. Cálculo das parcelas “iguais sucessivas”. Critério do art. 78. Incidência de correção monetária e juros compensatórios e moratórios até a data da EC n. 30. Exclusão desses juros, após referida data. Incidência, no valor de cada parcela, de atualização monetária e juros legais, entendendo-se estes como sendo aqueles previstos na legislação civil comum, vigentes à época da alteração constitucional (6% a.a.). Recurso provido.

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de decisão que, em execução de sentença (n. 288/2005) promovida pela Prefeitura Municipal de Morro Agudo, entendeu que os depósitos realizados pela ora agravante, em cumprimento da moratória fixada pelo art. 78 do ADCT, estão incompletos, haja vista que devem ser aplicados juros no percentual de 12% a.a.

A exordial de agravo de instrumento requereu (fls. 2/10), em síntese, a aplicação, no presente caso, dos juros de mora de 6% a.a., e o cancelamento da determinação do depósito da diferença.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade (fls. 108/114), negou provimento ao agravo, por entender que, *in casu*, considerando



que a dívida executada está submetida à disciplina moratória inserida pela EC n. 30/2000, ao valor do precatório pendente acrescentam-se os juros legais de apenas 6% a.a. Dispôs, ainda, que no valor da dívida, se paga antes de 13.09.2000, deve ser aplicada correção monetária, juros compensatórios e moratórios, desde a data da sua liquidação até a data da EC n. 30.

Apresentados embargos declaratórios, estes foram, à unanimidade, rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

Embargos de Declaração. O acórdão afirmou as teses de que os juros legais mencionados no art. 78 do ADCT, da CF, referem-se aos juros comuns, previstos no Código Civil e não a juros previstos em lei especial. Impossibilidade do efeito modificativo, sem ocorrência dos defeitos mencionados no art. 535 do Código de Processo Civil. Embargos rejeitados.

No recurso especial, aponta-se violação do art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar n. 63, de 11.01.1990, que assim dispõe:

Art. 10. A falta de entrega, total ou parcial, aos Municípios, dos recursos que lhes pertencem na forma e nos prazos previstos nesta Lei Complementar, sujeita o Estado faltoso à intervenção, nos termos do disposto na alínea **b** do inciso V do art. 34 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Independentemente da aplicação do disposto no *caput* deste artigo, o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso.

Defendem as recorrentes, em suma, que: a) há previsão legal, no artigo supra, da incidência de juros de 12% (doze por cento) até efetivo pagamento, não até a primeira parcela da moratória, diverso do que pretende o Tribunal *a quo*; b) é cabível o apelo pela alínea **b**, pois o TJSP considerou válidos os Decretos Estaduais n. 46.030/2001 e 11.377/2003; c) é inadmissível que Lei ou Decreto Estadual altere o percentual de juros de mora que Lei Complementar, hierarquicamente superior, já havia fixado até a data de efetivo pagamento.

Contra-razões pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 150/155).

Decisão positiva de admissibilidade somente do Especial (fls. 166/167).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, interposto pela Prefeitura

Municipal de Morro Agudo e outros, com o objetivo de reformar acórdão que, em autos de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face de decisão proferida em execução de sentença (n. 288/2005) de ação manejada pela Prefeitura recorrente, entendeu que os depósitos realizados pela ora agravante, em cumprimento da moratória fixada pelo art. 78 do ADCT, estão incompletos, haja vista que devem ser aplicados juros no percentual de 12% a.a.

De início, registre-se que o apelo não merece ser conhecido no que toca à irresignação amparada na alínea **b**, do permissivo constitucional, uma vez que o acórdão atacado, de nenhum modo, considerou válido ato de governo local impugnado em face de legislação federal. Ao revés, o litígio mereceu solução sob ótica diversa, como se evidencia.

No que respeita ao percentual de juros a ser aplicado nas parcelas de precatórios pendentes, se de 6% ou de 12% ao ano, a exegese aplicada pelo acórdão recorrido merece reparos.

Realmente, o deslinde da controvérsia exige a consideração de alguns pressupostos de direito que estão registrados nos autos, como se verifica:

a) a questão litigiosa central está vinculada ao percentual de juros, se de 6% ou de 12%, a ser aplicado nas parcelas (2ª parcela em diante) de pagamento de moratória amparada no art. 78 da ADCT;

b) a sentença exequenda, já com trânsito em julgado, determinou expressamente que (fls. 22/23) “... em liquidação por cálculos do Contador, deve ser apurado o montante de todos os créditos realizados em prazo superior a cinco dias úteis seguintes ao da arrecadação, mais juros da mora *de 1% ao mês* e correção monetária a partir de cada termo inicial com atraso”;

c) a Lei Complementar n. 63/1990, artigo 10, parágrafo único, ao tratar do repasse, em atraso, do valor de IPVA de propriedade do Município, estabelece: “... o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a *juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso*”.

d) o direito concedido na sentença exequenda, inclusive o estabelecimento de juros em 1% ao mês, não mereceu da Fazenda Pública do Estado impugnação pela forma e instrumento processual cabível.

Ao que se deduz, portanto, devem ser aplicados ao valor de IPVA tardiamente repassado pelo Estado ao Município, juros no percentual de 1% ao mês, tal como estabelecido no título executivo - sentença acobertada pela coisa julgada - e previsto, expressamente, na LC n. 63/1990, que é específica em relação à questão litigiosa.



Não há razão para que, como sustentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, sejam aplicados à espécie os juros de 6% ao ano instituídos pelo Código Civil então vigente, norma geral e inespecífica, em detrimento do critério e valor de juros (de 12% ao ano) disciplinados em Lei Complementar que, como antes referido, é própria e específica ao tema controverso.

Nesse sentido, a propósito, os julgados:

Tributário. IPVA. Lei Complementar n. 63/1990. Atraso no repasse da arrecadação.

1. As parcelas do IPVA repassadas em atraso pelo Estado aos Municípios beneficiários estão sujeitas a correção monetária e juros de mora desde a data da efetiva arrecadação, ressalvadas as parcelas anteriores à vigência da Lei Complementar n. 63/1990.

2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 113.470-SP/DJ 1º.02.2005, Rel. Min. João Otávio de Noronha)

Tributário. IPVA. Repasse extemporâneo do Estado para o Município. Incidência dos arts. 2º e 10, parágrafo único, da LC n. 63, de 11.01.1990. Correção monetária e juros de mora devidos desde a data em que deveriam ter sido creditados. Acórdão determinando a incidência da atualização monetária e dos juros. Alegada não incidência da correção monetária por ausência de fixação na lei de seu prazo inicial. Pretendida incidência dos juros a contar do trânsito em julgado e redução dos honorários. Não acolhimento. Recurso especial não conhecido.

- No que alude às parcelas de IPVA repassadas em atraso pelo Estado ao Município prevalece a interpretação do artigo 10, parágrafo único, da LC n. 63/1990, no sentido de que “ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso”. Assim, a correção monetária e os juros de mora são devidos desde o advento da LC n. 63/1990, em que o montante referente à arrecadação do IPVA e devido ao Município deveria ter sido creditado de imediato.

- Da simples leitura do artigo 2º da LC n. 63/1990, verifica-se que a irresignação da Fazenda Estadual carece de fomento jurídico, pois a palavra “imediatamente”, segundo já assentado nesta Corte Superior “só há de ser entendido como: que se segue, seguinte, de imediato, sem detença; ou, como bem define Caldas Aulete, no seu Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, ‘logo, sem interrupção, sem a mínima demora’, ‘primeiro que precede ou que segue outro no tempo ou na ordem’ (cf. REsp n. 51.119-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *in* DJ de 26.09.1994).

- De igual maneira não merece acolhida o inconformismo da Fazenda Pública no pertinente aos honorários advocatícios, uma vez que pretende sejam revistos

os critérios adotados pela instância ordinária na fixação da verba. Essa pretensão, sabem-no todos, não encontra espaço nesta via estreita do especial.

- Recurso especial não conhecido. (REsp n. 197.275-SP, DJ 24.06.2002, Rel. Min. Franciulli Neto)

Há que se registrar, também, a impossibilidade de que, em juízo de liquidação, seja alterado o conteúdo de direito antes concedido por sentença com trânsito em julgado. Em verdade, está precluso o direito de a Fazenda Estadual atacar os fundamentos da sentença que, em processo de conhecimento, examinou e decidiu a lide.

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso e dou provimento ao pedido nele inscrito, com a finalidade de que, nas parcelas de repasse de IPVA pagas pelo Estado ao Município autor, sejam aplicados juros de mora ao percentual de 1% ao mês.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 885.737-SE (2006/0201101-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Empresa Energética de Sergipe S/A - Energipe

Advogado: Márcio Leite de Rezende e outros

Recorrido: José Antônio Santos Ferreira

Advogado: José Antônio Santos Ferreira (em causa própria) e outro

EMENTA

Fornecimento de energia elétrica. Interrupção. Decisão interlocutória. Religamento. Descumprimento. *Astreintes*. Execução. Possibilidade.

I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que manteve decisão interlocutória que determina a imediata execução de multa diária pelo descumprimento da ordem Judicial.

II - Considerando-se que a “(...) função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância” (REsp n. 699.495-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 05.09.2005), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.

III - “Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais” (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., p. 654).

IV - A hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial.

V - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 12.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Empresa Energética de Sergipe S.A. - Energipe, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, visando reformar decisão assim ementada pelo Tribunal daquele Estado:

Execução de decisão interlocutória. Possibilidade. Multa por atraso no cumprimento de obrigação de fazer. Recurso conhecido e improvido.

1. Possível a execução de decisão interlocutória. O rol dos títulos executivos do art. 584 do CPC não pode ser tido como exaustivo, sob pena de se deixar cair no vazio os revolucionários arts. 273 e 461 do CPC.

2. Tratando-se de decisão que tenha natureza precária, como uma antecipação de tutela (decisão que será confirmada ou não pela sentença), a execução será

provisória. Por outro lado, cuidando-se de decisões que definem outra norma jurídica individualizada, diferente da que é objeto do processo, surgida de fato gerador novo, ocorrido no curso do processo e por causa dele, a execução há de ser definitiva, já que o crédito estipulado independe de solução que for dada à causa. Caso das decisões que fixam multa por descumprimento de obrigações de fazer. Hipótese dos autos (fl. 126).

Alega a parte recorrente violação ao artigo 584, I, do então vigente Código de Processo Civil (hoje artigo 475-N), sustentando a impossibilidade de execução de decisão interlocutória (que estabeleceu *astreinte*), que somente poderia se dar após o trânsito em julgado do processo principal, eis que não se trata de título executivo judicial.

Para fins de comprovação da alegada divergência jurisprudencial, invoca decisões proferidas por outras Cortes do país.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade do apelo, dele conheço.

Como visto a controvérsia está centrada na possibilidade de se executar a decisão interlocutória que, na hipótese, fixou *astreinte* diária em caso de descumprimento por parte da ora recorrente, da obrigação de religação do fornecimento de energia elétrica no imóvel do ora recorrido.

A alegação recursal está pautada nos ditames do antigo artigo 584, do CPC (atual 475-N), sustentando que a decisão interlocutória nele não se insere para fins de execução, enquanto que o aresto recorrido decidiu, *verbis*:

(...) O rol dos títulos executivos do art. 584 do CPC não pode ser tido como exaustivo, sob pena de se deixar cair no vazio os tão comentados artigo 273 e 461 do CPC. De que adiantaria a fixação de multa por descumprimento de uma obrigação de fazer ou não-fazer, se não pudesse ser executada?

(...) *omissis*.

Confunde a Agravante, quiçá movido por interpretação literal do art. 584, I, CPC, sentença condenatória com eficácia condenatória. A rigor, desejou a Lei Processual Civil exprimir que é a decisão de natureza condenatória que cria título executivo judicial, não precisando ser, necessariamente, (1) sentença e (2) condenatória (fls. 131/2).



Tal alegação está em sintonia com o seguinte entendimento constante do Código de Processo Civil, comentado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *verbi*:

Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais (Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., p. 654).

A recorrente pretende afastar tal fundamento sob a alegação de que a *astreinte*, restará consagrada com o trânsito em julgado da decisão, sem possibilidade de lesão à parte contrária, mas na verdade esse não é o cerne da discussão.

Lembro o argumento expendido pelo Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, nos autos do REsp n. 699.495-RS no sentido de que “(...) a função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância”.

Frise-se ainda, por oportuno que a hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial, *verbis*:

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Acrescentado(a) pelo(a) *Lei n. 8.952/1994*)

Em razão do exposto, é de se manter o entendimento prestigiado pela Corte *a quo* ao prolatar o acórdão recorrido e, como consequência, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É o voto.