

Jurisprudência da Primeira Turma

MEDIDA CAUTELAR N. 10.588-SC (2005/0148435-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Requerente: Tecbingo Comercial e Administradora de Bingos Ltda

Advogados: Jorge Barata de Lacerda e outros

Requeridos: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Processual Civil. Jogos eletrônicos e bingo. Interdição. Ação civil pública. Competência e legitimidade. Medida cautelar. Pressupostos de concessão. Ausência.

I - A requerente busca viabilizar uma prática amparada em lei estadual e que vem sendo reiteradamente obstruída por esta Casa de Justiça, seja pelo caráter contravençional, seja pela competência da União para tratar da matéria. No âmbito do recurso especial verifica-se que a maior parte das irresignações do recorrente tem confronto com a Constituição Federal, o que inviabiliza o exame de tais parcelas através do apelo nobre.

II - Inexistindo a plausibilidade jurídica do pleito e, em consequência, a falta de conjugação dos pressupostos autorizadores da concessão da cautela, faz-se impositiva a improcedência da ação.

III - Medida cautelar improcedente. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente a medida cautelar e prejudicado o agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de medida cautelar com pedido de liminar ajuizada pela Tecbingo Comercial e Administradora de Bingos Ltda, buscando atribuir efeito suspensivo ao Recurso Especial n. 681.344-SC, distribuído a este Relator.

Explicita a requerente que o recurso encimado decorre de ação civil pública proposta pelos requeridos visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.348/2000, bem como à interdição das máquinas de jogos eletrônicos em uso e à proibição de instalação de novas máquinas, além da interdição de todas as Casas de Bingo em Joinville.

O processo referido foi extinto sem julgamento do mérito ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, com afastamento ainda da CEF e da União Federal. Declarou ainda a incompetência da Justiça Federal e determinou o envio dos autos à Justiça Estadual.

Inconformado com a sentença encimada, o *Parquet* Federal interpôs agravo de instrumento, o qual foi provido pelo Tribunal *a quo*, sendo determinada a continuidade da ação.

Contra tal acórdão, foi interposto recurso extraordinário e o recurso especial acima referido.

Com o prosseguimento da ação veio a concessão de liminar conforme pleiteado pelo Ministério Público. Alerta a requerente que na decisão acoimada impôs-se à Codesc, Órgão Estatal, que se abstivesse de expedir novas autorizações para instalação ou funcionamento de bingos ou atividades assemelhadas.

Observa a requerente que outra cautelar foi ajuizada buscando efeito suspensivo ao recurso especial acima indicado e, naquela oportunidade, um dos fundamentos daquela medida teria sido a falta de impugnação da decisão liminar que havia determinado a paralisação das atividades da requerente.

Tal impugnação foi efetivada com a interposição de agravo de instrumento, o qual restou improvido, o que ensejou então o ajuizamento desta medida cautelar.

No recurso especial sobre o qual se busca atribuir efeito suspensivo, o ora requerente alega em síntese:

- a) ofensa ao art. 535, I e II, do CPC, uma vez que as teses dos requerentes teriam sido ignoradas pelo Tribunal *a quo*;
- b) haver inadequação de recurso, ante a interposição de agravo de instrumento contra sentença terminativa;



c) impossibilidade de ação civil pública veicular o controle concentrado de constitucionalidade, em ofensa ao art. 102, I, da CF;

d) ofensa ao art. 109, I, da CF; e

e) impossibilidade de se impor à União a sua participação em feito em que esta afirma inexistir interesse jurídico.

Sustenta que o *periculum in mora* está sobejamente apresentado em face da interdição já consumada.

Quanto à fumaça do bom direito, ressalta a teratologia de se receber como apelação um agravo de instrumento oposto contra sentença terminativa e a impossibilidade de execução provisória de sentença terminativa declaratória. Pugna pela concessão de liminar para suspender a liminar que determinou a interdição.

Junta cópia do recurso especial.

Na decisão de fls. 911/913 a liminar foi indeferida, ocasionando a interposição de agravo regimental.

Contestação às fls. 946/949.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Como já é de sabença geral, a atribuição de efeito suspensivo a recurso que não o tem é medida assaz extraordinária, devendo haver perfeita demonstração dos requisitos autorizadores da cautela.

Conforme afirma a requerente a interdição dos estabelecimentos caracterizaria, *de per si*, a existência do *periculum in mora*.

Não obstante, a cautela somente poderá ser deferida acaso haja a conjugação dos pressupostos e, neste momento provisório vertente, entendo que não encontra plausibilidade jurídica o pleito da requerente.

A requerente busca viabilizar uma prática amparada em lei estadual e que vem sendo reiteradamente obstruída por esta Casa de Justiça, seja pelo caráter contravençional, seja pela competência da União para tratar da matéria.

No âmbito do recurso especial, verifica-se que a maior parte das irrisignações do recorrente tem confronto com a Constituição Federal, o que inviabiliza o exame de tais parcelas através do apelo nobre.

A questão que implicaria na análise de dispositivo infraconstitucional diz com a validade da interposição do agravo de instrumento contra a decisão que

extinguiu o processo em face da ilegitimidade de duas das três partes integrantes do pólo ativo da ação, e que determinou a remessa dos autos para a Justiça Estadual para que se prossiga na ação.

O princípio da fungibilidade deve ser observado em face da ausência de “erro grosseiro” e “má-fé” do recorrente.

De logo afasta-se a má-fé, visto que o prazo de interposição de agravo é menor do que o de apelação.

Quanto ao erro grosseiro há que se verificar que a exclusão dos litisconsortes que geraria a remessa dos autos para a Justiça Estadual tem feição interlocutória, se abrindo, no campo da teoria, ensanchas, para a interposição do agravo.

Frise-se, por oportuno, que a decisão enfitada, apesar de determinar textualmente a extinção do feito, na realidade não impôs o término da lide, tão-somente deslocou a competência do processo para a Justiça Estadual, visto que por aquela decisão, dentre os autores, restou legitimado o Ministério Público Estadual.

Sobre o assunto destaco o seguinte julgado, *verbis*:

“Processo Civil. Consignação em pagamento. Decisão que exclui o devedor. Continuação do processo entre os credores. Ato judicial. Natureza jurídica. Decisão interlocutória. Sistemática do Código de Processo Civil. Art. 162, CPC. Exegese. Interposição de apelação. Princípio da fungibilidade. Aplicabilidade. Prazo menor. Irrelevância. Precedentes. Recurso provido. Maioria.

I - O sistema do Código de Processo, calcado no art. 162, conceitua os atos do juiz, a cada ato correspondendo um recurso cabível. A sentença, nesse contexto, se caracteriza como o ato que põe termo ao processo, com ou sem exame do mérito.

II - Se efetivamente houve extinção do processo, sem prosseguimento do feito, foi proferida uma sentença. Se, ao contrário, se ensejou a continuação do processo, resolvida situação incidente, ainda que tenha sido extinto o feito em relação a um dos litisconsortes, ou quando extinta a reconvenção, a decisão tem natureza jurídica de interlocutória, sendo agravável, portanto.

III - O ato pelo qual o juiz exclui um dos participantes do litígio tem natureza jurídica de decisão interlocutória, uma vez que o processo continua no tocante às partes remanescentes. Nesse caso, a decisão sujeita-se à interposição do recurso de agravo.



IV - Aplica-se no caso o princípio da fungibilidade, uma vez presente dúvida objetiva a respeito do recurso cabível, e também por incurrer erro grosseiro e má-fé, sendo dispensável o pressuposto do prazo menor como requisito”. (REsp n. 113.443-PR, Relator p/ o acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 1º.07.2004)

Nesse panorama, mesmo que reconhecida a erronia da interposição do agravo em substituição do apelo, não se pode, *data venia*, conferir a essa alteração erro grosseiro que nulifique o feito.

Assim ausente a conjugação dos pressupostos para a concessão da cautela, julgo-a improcedente. Agravo regimental prejudicado.

É o voto.

MEDIDA CAUTELAR N. 10.811-RJ (2005/0187793-9)

Relator: Ministro José Delgado

Requerente: Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A

Advogados: Marcos Meira e outros

Requerida: Oportrans Concessão Metroviária S/A

Advogados: Flávio Galdino e outros

Requerida: Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro — Metrô

Advogados: Marília Monzillo de Almeida Azevedo e outros

EMENTA

Processual Civil. Medida cautelar. Art. 542, § 3º, do CPC. Retenção legal. Afastamento. Decisão interlocutória relativa à competência. Exceção. Precedentes. Efeito suspensivo. Ausência dos requisitos autorizadores. Medida cautelar parcialmente procedente.

1. Cuida-se de medida cautelar ajuizada com o intuito de conferir trânsito e efeito suspensivo a recurso especial retido por força do estabelecido no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil.

2. É de se afastar a assertiva desenvolvida pelas requeridas de eventual trânsito em julgado da decisão que trancou o recurso extremo. Na esteira dos precedentes desta Corte, entende-se que a decisão que determina a retenção do recurso especial pode ser revista

a qualquer tempo, não se sujeitando a nenhum prazo preclusivo. Conferir: AgRg na Pet n. 4.518-RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 19.06.2006; MC n. 3.564-MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 27.08.2001; AgRg no Ag n. 282.734-GO, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Relator p/ o acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, 27.08.2001.

3. Na hipótese dos autos, em que se pretende destrancar recurso especial impugnando acórdão originário de decisão interlocutória relativa à competência, a jurisprudência desta Corte tem-se posicionado no sentido de afastar a regra de retenção prevista no art. 542, § 3º, do CPC, com o objetivo de evitar o esvaziamento da prestação jurisdicional futura. Nesse sentido: REsp n. 669.990-CE, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 11.09.2006; MC n. 3.378-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 11.06.2001; REsp n. 227.787-CE, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 18.06.2001.

4. A extensão de efeito suspensivo ao recurso especial só deve ocorrer em situações excepcionais quando retratados estejam, de modo potencializado, a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Na espécie, não se vislumbra especial hipótese capaz de embasar o empréstimo da eficácia suspensiva pretendida, pelo que, deve ser mantido, nesse ponto, o *decisum* que apreciou a liminar por seus próprios fundamentos.

5. Medida cautelar procedente, em parte, apenas para determinar o imediato processamento do recurso especial.

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, julgar parcialmente procedente a medida cautelar, 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), 19 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 16.11.2006



RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame o mérito de medida cautelar que em sede de apreciação de pedido liminar foi assim relatada (fls. 66/67):

“Vistos, etc.

Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A apresenta medida cautelar, com pedido de liminar, objetivando dar curso a recurso especial interposto perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, retido em razão do disposto no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil e, ainda, atribuir efeito suspensivo a esse mesmo apelo extremo.

Alega a requerente que há mais de 12 anos busca recuperar crédito em face da Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro — Metrô. Em 1993, moveu ação de execução de título extrajudicial, com suporte em contratos de confissão de dívidas, contra a Companhia referida perante à 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro que deferiu a penhora de 20% (vinte por cento) da receita a ser obtida com a exploração dos serviços metroviários.

Posteriormente, a Empresa Opportrans Concessão Metroviária S/A, que agora, mediante licitação, explora e administra os serviços metroviários da Cidade do Rio de Janeiro, manejou embargos de terceiro visando se esquivar da responsabilidade pelo crédito discutido na via executiva, requerendo, dentre outros pedidos, que fosse reconhecida a conexão dos processos em trâmite na 4ª Vara da Fazenda Pública, em razão das Ações Populares Declaratórias de nulidade em curso perante à 3ª Vara da Fazenda Pública.

Em decisão de fls. 590/600, o Juízo da 4ª de Fazenda Pública da Capital declinou da competência para processar e julgar os Processos ns. 2002.001.004914-1 (embargos de terceiro), 93.001.005844-8 (execução) e 95.001.001557-0 (embargos à execução) para o Juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital, em virtude de conexão destes com os autos da Ação Popular n. 94.001.021221-0 e Declaratória de Nulidade n. 92.001.123.513-3.

A requerente interpôs agravo de instrumento. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nega provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 888/899):

‘Agravo. Embargos de terceiro. Ação Popular. Feitos distintos distribuídos a Varas de Fazenda Pública diversas.

Decisão do Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital que, nos autos da ação de embargos de terceiro ofertada pela primeira agravada, Opportrans Concessão Metroviária 5ª em face da ora agravante e da segunda agravada, entendendo existir conexão com duas ações anteriormente propostas perante o Juízo da 3ª Vara de Fazenda, declinou, de ofício de sua competência, para aquele juízo.

Reunião de processos que decorre do fato de possuírem a mesma causa de pedir e o mesmo objeto, sendo a análise conjunta dos feitos necessidade imperiosa ante a possibilidade de decisões conflitantes.

Não exigindo o instituto da conexão perfeita identidade entre as demandas, mas, apenas, que entre elas exista um vínculo, um liame que as torne passíveis de decisões unificadas, correta se faz a providência contestada pelo recurso, ainda mais quando um dos feitos se trata de ação popular que faz juízo universal, conforme entendimento do STJ, ainda mais quando todas as ações estão jungidas a uma mesma relação jurídica, que é o contrato de obra pública e seus aditivos.

Recurso de agravo conhecido mas desprovido’.

Em face desse acórdão foi interposto recurso especial que foi retido em razão do disposto no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil.

Quanto ao perigo da demora processual, aduz a requerente que já vem amargando sérios prejuízos com a excessiva demora na tramitação do feito executório que serão aumentados caso ocorra o envio dos autos originários à 3ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, e que a concessão do efeito suspensivo ao recurso especial já interposto na Origem emerge como único instrumento hábil a garantir a utilidade de seu julgamento posteriormente por esta Casa Julgadora. É, portanto, inequívoca a presença do *periculum in mora*, pressuposto necessário ao provimento cautelar urgente.

Alega que a fumaça do bom direito decorre:

a) da ocorrência da preclusão (arts. 183 e 473 do CPC), haja vista que a época própria para a alegação da incompetência do Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro seria o momento do ajuizamento pela Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro — Metrô dos embargos à execução;

b) por ser relativa a competência por conexão, se o pedido para sua modificação não for realizado em tempo oportuno, haverá a sua prorrogação, sendo, por isso, vedada a sua posterior arguição;



c) de óbice, praticamente intransponível, o que se refere à circunstância de que o reconhecimento da conexão deu-se em sede de embargos de terceiro.

Requer, por conseguinte: a) que seja concedida medida liminar, sem audiência da parte contrária, para que 1. seja determinado ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que processe de imediato o recurso especial interposto nos autos do Agravo de Instrumento n. 2004.002.13178, e, concomitantemente, 2. seja atribuído, desde logo, efeito suspensivo ativo ao referido recurso especial, de forma a sustar a remessa dos autos originários da 4ª para a 3ª Vara da Fazenda Pública-RJ, até que seja definitivamente julgado o apelo raro por esse colendo STJ; (fl. 17).

Por fim, pugna que seja julgada procedente a presente medida, com amparo nas razões acima desenvolvidas.”

Não constatada, em um juízo preliminar, a presença dos requisitos autorizadores à concessão da medida urgente, o pedido liminar restou indeferido. (Fls. 66/68)

Interposto agravo regimental em face da decisão indeferitória da liminar, foi este improvido, conforme atesta ementa assim vazada (fl. 154):

“Denegação de liminar. Agravo regimental. Reconhecimento de conexão entre embargos de terceiro e ação popular. Ausência da fumaça do bom direito e do perigo da demora processual. Decisão agravada mantida.

1. Trata-se de agravo regimental apresentado por Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A contra decisão denegatória de liminar que tem por objeto dar curso a recurso especial retido perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e de atribuir-lhe efeito suspensivo.

2. Os pressupostos autorizadores para a concessão da tutela urgente requerida não se encontram presentes, tal como apresentado no *decisum* combatido.

3. As razões desenvolvidas no agravo regimental se limitam a reeditar os argumentos já anteriormente analisados que não me convenceram da necessidade de conceder o provimento cautelar almejado. Decisão atacada que se mantém.

4. Agravo regimental não-provido.”

Intimada, a Opportrans Concessão Metroviária S/A apresentou contestação (fls. 88/96) alegando, em suma, que:

a) não estão presentes os requisitos autorizadores à concessão da medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;

b) tanto não há urgência, que a presente medida só foi ajuizada quatro meses depois da interposição do recurso especial e três meses depois da decisão que determinou sua retenção;

c) de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a decisão de retenção do recurso especial não pode ser reformada se já houver transitado em julgado;

d) em momento algum, a requerente logrou demonstrar a inexistência de conexão entre as ações em curso perante a 4ª Vara da Fazenda Pública e aquelas em curso na 3ª Vara da Fazenda Pública;

e) *in casu*, a conexão é evidente, pois as ações que tramitam na 3ª Vara da Fazenda Pública (uma ação popular e outra declaratória de nulidade) têm como objetivo desconstituir o Contrato n. 1.010/1988, de onde, em última análise, decorre o crédito cuja execução a requerente diz perseguir há muito tempo;

f) a conexão constitui matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo juiz e sobre a qual não se opera a preclusão;

g) ainda que houvesse ocorrido a preclusão nos autos da execução ou dos embargos à execução, esta não refletiria nos embargos de terceiro, que são processo autônomo, em que se discute direito de terceiro que não faz parte do processo e que não foi atingido, portanto, pela preclusão.

A Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro — Metrô, por sua vez, ofereceu contestação (fls. 134/142) na qual reiterou todos os argumentos explicitados na resposta da Opportrans Concessão Metroviária S/A. Requer sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na cautelar.

Incluídos em pauta, foram-me os autos conclusos, os quais se encontram prontos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A pretensão do requerente, por via da presente ação cautelar, é repelir possível retenção de recurso especial e conferir-lhe eficácia suspensiva.

Em juízo provisório, por ocasião da análise do pleito *in limine litis*, não vislumbrei a presença dos pressupostos necessários à concessão da medida cautelar vindicada.

Todavia, neste momento, em que aprecio o mérito da medida urgente, ousou firmar entendimento em linha diversa no sentido de deferir parcialmente a



cautela requerida, unicamente, para assegurar que o recurso especial não sofra os efeitos do art. 542, § 3º, do CPC.

Preliminarmente, afasto a assertiva desenvolvida pelas requeridas de eventual trânsito em julgado da decisão que determinou a retenção do recurso extremo.

Recentemente, a Terceira Turma deste Sodalício decidiu, em brilhante voto da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, que o pedido de destrancamento do recurso especial não se sujeita a nenhum prazo, tendo em vista que a situação de urgência pode ocorrer em distintos momentos, seja com o julgamento do recurso na instância precedente, seja muito tempo depois. Confira-se a ementa do citado aresto:

“Processual Civil. Recurso especial. Retenção. Art. 542, § 3º, do CPC. Destrancamento. Instrumento adequado. Requisitos.

1. Pouco importa o instrumento de que se vale o interessado para pleitear o destrancamento de recurso especial.

2. Tal pleito não se sujeita a prazo, porque se ampara exclusivamente na demonstração de urgência pela parte interessada.

3. Trata-se, na verdade, de mero incidente, que dispensa citação e condenação em honorários.

4. Deve ser destrancado o recurso especial que ataca acórdão que manteve ou revogou medida liminar.” (AgRg na Pet n. 4.518-RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 19.06.2006)

Reproduzo os convincentes fundamentos desenvolvidos no julgado em apreço, veja-se:

“(…)

A retenção de recurso especial pode envolver duas situações distintas:

1. O regime do art. 542, § 3º, é mal aplicado, porque o recurso não se enquadra, objetivamente, em qualquer das circunstâncias previstas na lei; ou

2. O regime do art. 542, § 3º, do CPC, é bem aplicado, porque o recurso se enquadra, objetivamente, em alguma das circunstâncias previstas na lei e:

2.1. Não há razão de urgência que justifique o destrancamento; ou

2.2. Há razão de urgência que justifique o destrancamento.

Na primeira situação, independentemente de formalidades, basta ao requerente apresentar o pedido de destrancamento ao STJ, por qualquer

meio (petição, cautelar, agravo de instrumento etc.), demonstrando apenas o desacerto da retenção.

Tal pedido não está sujeito a prazo preclusivo, até porque a manutenção da retenção traduzirá impossibilidade de apreciação do recurso (não existirá momento para reiteração).

Na segunda situação, não havendo urgência que justifique o destrancamento, cabe ao recorrente aguardar o momento próprio para reiterar a interposição de seu recurso.

Mas, de outro lado, se houver urgência que justifique a apreciação imediata do recurso, o interessado deve pedir o destrancamento ao STJ, no menor tempo possível (a fim de resguardar o resultado prático do processo).

Nessa situação, também pouco importa a forma do pedido (simples petição, cautelar etc.). O agravo de instrumento pode ser admitido, desde que a petição seja protocolada diretamente no Superior Tribunal de Justiça. Isso porque é incompatível com a urgência alegada pela parte o lento trâmite do agravo do art. 544 do CPC na instância precedente.

O relevante, no caso, não é a forma, mas o conteúdo do pedido. Demonstrada a urgência, o pedido de destrancamento pode ser deferido.

Não vejo como condicionar tal pedido a qualquer prazo. A situação de urgência pode surgir a qualquer momento, seja com o julgamento do recurso na instância precedente, seja muito tempo depois.

O importante é que a parte interessada demonstre que há urgência e que, a se manter a retenção, o direito material pode ser prejudicado de forma definitiva.

Por isso, não condiciono o pedido de destrancamento de recurso especial a qualquer prazo, o que torna irrelevante a argumentação sobre eventual trânsito em julgado da decisão que determina a retenção.

(...).”

Ainda, no sentido de ser possível a revisão, a qualquer tempo, da decisão que determinou a retenção do recurso raro, trago à colação os seguintes arestos:

“Medida cautelar. Recurso especial. Retenção. Art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Tutela antecipada.

1. O despacho do Vice-Presidente do Tribunal *a quo* determinando fique retido o recurso especial na forma do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil tem natureza meramente procedimental, podendo ser revisto,



além de não se sobrepor às exceções estabelecidas na jurisprudência desta Corte, que tem competência para confirmar, ou não, o processamento e a admissibilidade do recurso especial.

2. Na hipótese de requerimento de tutela antecipada, o pedido de mérito pode ser deferido, ou não, prematuramente, antes do resultado final da demanda. Nesse caso, o recurso especial interposto em decorrência do indeferimento, ou não, da referida tutela deve ser apreciado de imediato, também antecipadamente. Não tem aplicação, no caso, a regra do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, que disciplina a retenção de recurso especial relativa à decisão interlocutória.

3. *Omissis*

4. Medida cautelar procedente.” (MC n. 3.564-MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 27.08.2001)

“Processo Civil. Recurso especial. Retenção. 1. Meio próprio para vê-lo processado desde logo.

A decisão que ordena a retenção do recurso especial, na forma do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, tem natureza administrativa, e, por isso, não sofre os efeitos da preclusão, e pode ser atacada, a qualquer tempo, por simples petição.

2. Prescrição. O recurso especial endereçado contra a decisão que afasta a preliminar de prescrição, deve, mesmo, ficar retido. Agravo regimental não provido.” (AgRg no Ag n. 282.734-GO, Relator Ministro Waldemar Zveiter, Relator p/ o acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, 27.08.2001)

Desse modo, estabelecida a premissa no sentido de não ser o pedido de des-trancamento do recurso sujeito a prazo preclusivo, resta-nos determinar se há, na espécie, possibilidade de inutilidade do provimento jurisdicional futuro acaso seja mantida a retenção do Especial.

O especial foi interposto contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado (fls. 898/899):

“Agravo. Embargos de terceiro. Ação Popular. Feitos distintos distribuídos a Varas de Fazenda Pública diversas.

Decisão do juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital que, nos autos da ação de embargos de terceiro ofertada pela primeira agravada, Opportrans Concessão Metroviária S/A em face da ora agravante e da segunda agravada, entendendo existir conexão com duas ações

anteriormente propostas perante o juízo da 3ª Vara de Fazenda, declinou, de ofício de sua competência, para aquele juízo.

Reunião de processos que decorre do fato de possuírem a mesma causa de pedir e o mesmo objeto, sendo a análise conjunta dos feitos necessidade imperiosa ante a possibilidade de decisões conflitantes.

Não exigindo o instituto da conexão perfeita identidade entre as demandas, mas, apenas, que entre elas exista um vínculo, um liame que as torne passíveis de decisões unificadas, correta se faz a providência contestada pelo recurso, ainda mais quando um dos feitos se trata de ação popular que faz juízo universal, conforme entendimento do STJ, ainda mais quando todas as ações estão jungidas a uma mesma relação jurídica, que é o contrato de obra pública e seus aditivos.

Recurso de agravo conhecido mas desprovido”.

Na hipótese dos autos, em que se pretende destrancar recurso especial impugnando acórdão originário de decisão interlocutória relativa à competência, a jurisprudência desta Corte tem-se posicionado no sentido de afastar a regra de retenção prevista no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, com o objetivo de evitar o esvaziamento da prestação jurisdicional futura. A título ilustrativo, cito os seguintes julgados:

“Processo Civil. Recurso especial em autos de agravo de instrumento. Retenção legal. Afastamento. Exceção de incompetência. Ação declaratória. Contrato de financiamento imobiliário. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Nulidade. Prejuízo à defesa da parte hipossuficiente.

1. Caracterizada está a excepcionalidade da situação de molde a afastar o regime de retenção previsto no art. 542, § 3º, do CPC, a fim de se evitar a ocorrência de notório prejuízo, quer ao serviço judiciário, quer às próprias partes, ante a possibilidade do julgamento do feito vir a ser prolatado por juízo incompetente. (MC n. 3.378-SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 11.06.2001; MC n. 2.624-RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 28.08.2000)

2. *Omissis*

3. *Omissis*

4. Recurso não conhecido.” (REsp n. 669.990-CE, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 11.09.2006)

“Medida cautelar. Recurso especial. Efeito suspensivo e processamento. Art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Exceção de incompetência.



1. Por se tratar de discussão a respeito da competência para processar e julgar a ação, segundo precedente da Terceira Turma, deve ser afastada a retenção do recurso especial, prevista no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil, determinando-se o seu processamento, com exame da admissibilidade.

2. Efeito suspensivo ao recurso especial, na presente hipótese, não há de ser concedido, tendo em vista incidir, em princípio, a vedação da Súmula n. 7-STJ quanto à definição da existência de contrato escrito ou verbal.

3. O *periculum in mora*, igualmente, não é flagrante, já que a ação tramitará na Comarca de Salvador/BA, apenas, temporariamente, se não confirmada a decisão das instâncias ordinárias.

4. Medida cautelar procedente, em parte.” (MC n. 3.378-SP Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 11.06.2001)

“Questão de ordem. Retenção de recurso especial. Art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Exceção de incompetência.

1. Apesar de a Terceira Turma haver decidido, anteriormente, pela retenção do recurso especial, a jurisprudência do colegiado evoluiu no sentido de determinar o processamento normal do recurso especial quando se tratar de decisão interlocutória relativa à competência.

2. Decisão no sentido de determinar o processamento do recurso especial.” (REsp n. 227.787-CE, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 18.06.2001)

Enfim, no que diz respeito à extensão de efeito suspensivo ao recurso especial, entendo que tal requerimento só deve ser atendido em situações excepcionais quando retratados estejam, de modo potencializado, a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Na espécie, não se vislumbra especial hipótese capaz de embasar o empréstimo da eficácia suspensiva pretendida, pelo que, deve ser mantido, nesse ponto, o *decisum* que apreciou a liminar por seus próprios fundamentos.

Assim posto, julgo procedente, em parte, o pedido cautelar, assegurando, apenas, a não-retenção do recurso especial por ocasião do seu juízo de admissibilidade.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 573.129-PB (2003/0130121-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social INSS
Procuradores: Juliana de Moraes Guerra e outros
Recorrido: Município de São Francisco-PB
Advogados: Francisco Marcos Pereira e outro

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Contribuição previdenciária de vereadores. Sujeito passivo. Município. Ausência de personalidade jurídica da Câmara de Vereadores. Precedentes.

1. A falta de prequestionamento da matéria federal impede o conhecimento do recurso especial. (Súmula n. 282-STF)

2. A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica autônoma que lhe permita figurar no pólo passivo da obrigação tributária ou ser demandada em razão dessas obrigações. Sujeito passivo da contribuição previdenciária incidente sobre remuneração de membros da Câmara Municipal é o Município, pessoa jurídica de direito público.

3. 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.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 04.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: A matéria foi assim relatada no acórdão recorrido: “Município de São Francisco impetrou mandado de segurança contra ato do Posto de Arrecadação do INSS de Souza-PB, objetivando a obtenção de

Certidão Negativa de Débito e a suspensão do débito de contribuições previdenciárias, decorrentes da aplicação da Lei n. 9.506/1997, que alterou o inciso I, do art. 12, da Lei n. 8.212/1991 e o inciso I do art. 11 da Lei n. 8.213/1991, acrescentando a alínea **h**, que inclui o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal no rol de segurados obrigatórios da Previdência Social, desde que não vinculados a regime próprio de previdência. Afirma o Município impetrante, que o crédito tributário com origem no não recolhimento de contribuições devidas pelos agentes políticos não se lhe deve imputar, vez que os débitos são da competência da Câmara Municipal. (...).” (Fl. 93)

O Tribunal *a quo* negou provimento à remessa oficial, restando assim emendado o acórdão:

“Contribuição previdenciária. Mandato eletivo municipal. Agente político. Lei n. 9.506/1997. Art. 12, I, **h**, da Lei n. 8.112/1991. Emenda constitucional n. 20/1998. Certidão negativa de débito. Impossibilidade de cobrança de débito que não é da responsabilidade da prefeitura.

A Emenda Constitucional n. 20/1998 recepcionou as normas jurídicas referentes à Lei n. 9.506/1997, não podendo prevalecer o argumento de necessidade de lei complementar para a instituição previdenciária, por incidir sobre fonte de custeio já prevista no texto constitucional e modificado pela mencionada emenda.

Nos termos da alínea **h** do inciso I do art. 12 da Lei n. 8.212/1991, é devida a contribuição previdenciária incidente sobre os pagamentos efetuados aos exercentes de mandato eletivo federal, estadual e municipal, considerados trabalhadores, ainda que não haja relação de emprego.

Não há que se falar de inscrição de dívida do ente que não seria o responsável pelo pagamento do débito.

Remessa oficial improvida.” (Fl. 100)

No recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, o INSS aponta ofensa aos arts. 121 do CTN, 13 do Código Civil de 1916 e 12, II, do CPC, pois a) a Câmara de Vereadores do Município não é pessoa, não é dotada de personalidade jurídica de direito público interno como ocorre com o Município” (fl. 104); b) não pode haver lançamento de crédito tributário, tampouco inscrição em dívida ativa em nome de órgão ou qualquer entidade despersonalizada, visto que assim a certidão seria nula de pleno direito” (fl. 105). Sem contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A matéria relativa ao art. 12, II, do CPC não foi objeto de pronunciamento pelo acórdão recorrido, o que inviabiliza, no ponto, o conhecimento do recurso especial, ante a falta do indispensável prequestionamento. Aplica-se, ao caso, o disposto na Súmula n. 282-STF.

2. Cinge-se a controvérsia à definição do sujeito passivo que deve responder pelos débitos tributários relativos à contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração dos agentes políticos, integrantes da Câmara Legislativa Municipal. O acórdão recorrido entendeu que “não pode haver inscrição de dívida do ente que não seria responsável pelo pagamento do débito” (fl. 97), de modo que, sendo oriundo o débito da Câmara de Vereadores, não poderia ser imputado à “prefeitura” (fl. 97). O julgado merece reforma, todavia.

Acerca da sujeição passiva na obrigação tributária, assim dispõe o art. 121 do CTN, apontado como violado pelo recorrente:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Com efeito, a condição de sujeito passivo é atribuída pela lei à “pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade”. Na esfera municipal, quem tem personalidade jurídica é o Município, e não a Câmara. É o que se infere do art. 14, III, do Código Civil de 1916 (norma repetida no art. 41, III, do CC):

“Art. 14. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - cada um dos seus Estados e o Distrito Federal;

III - cada um dos Municípios legalmente constituídos.”

Por não possuir personalidade jurídica autônoma, a Câmara de Vereadores não pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária e nem pode ser demandada em razão dessas obrigações. Ressalte-se que a personalidade judiciária atribuída que lhe é conferida restringe-se à tutela de suas prerrogativas institucionais.



3. Anote-se, por oportuno, que a disposição do art. 126, III, do CTN, acerca da capacidade tributária passiva, em nada interfere nas conclusões antes referidas. A afirmação de que mesmo a pessoa jurídica que não foi regularmente constituída possui capacidade tributária passiva, não enseja a conclusão de que um órgão integrante de pessoa jurídica, não obstante possua aptidão para realizar fatos geradores, possa figurar como sujeito passivo da obrigação tributária de forma autônoma e dissociada da pessoa jurídica de que faz parte. Veja-se o dispositivo:

“Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.”

Sobre essa questão, Paulo de Barros Carvalho elaborou estudo que merece grifo:

“Supomos que o problema esteja na distinção, que não foi inteiramente elaborada, entre a pessoa ou entidade que promove a realização do fato jurídico tributário, ou participa do seu acontecimento, e, propriamente, aquela pessoa, física ou jurídica, que a regra tributária indica, pelo fenômeno da imputação deôntica, para dar compostura ao laço jurídico abstrato, fazendo as vezes de sujeito passivo da obrigação tributária.

(...)

Com efeito, reconhece o direito tributário aptidão para realizar o fato, ou dele participar, a entes, agregados econômicos, unidades profissionais, enfim, organizações de pessoas ou de bens, não contempladas pelo direito privado com *personalidade jurídica*. A elas confere possibilidade jurídica de promover aqueles acontecimentos hipoteticamente previstos na lei, reputando-os fatos válidos e eficazes para desencadear os efeitos jurídicos característicos, significa dizer, a inauguração do *vinculum juris* que dá ao Estado o direito subjetivo público de exigir parcelas do patrimônio privado. Este é, sem outros torneios, o campo de eleição do *sujeito capaz* de realizar o fato jurídico tributário, ou dele participar, e os sucessos que nessa conformidade ocorrem assumem a magnitude própria que o direito associa aos chamados *fatos jurídicos tributários*.

Por sem dúvida que *ser capaz* de realizar o fato jurídico tributário não quer demonstrar capacidade jurídica para ser sujeito passivo de obrigações tributárias. Uma coisa é a aptidão para concretizar o êxito abstratamente descrito no texto normativo, outra é integrar o liame que se instaura no preciso instante em que adquire proporções concretas o fato previsto no suposto da regra tributária. É intuitivo que se não poderia negar legitimidade ao legislador fiscal para erigir fatos lícitos, que não acordos de vontade, considerados em si mesmos, e cogitá-los perfeitos e acabados, na estrita correspondência dos interesses e anseios da pretensão impositiva do Estado. (...)

(...) distância abissal separa as duas circunstâncias, sumamente relevantes para descrição do fenômeno jurídico das imposições tributárias: a possibilidade de um ente, ao qual o direito positivo não atribui personalidade jurídica, vir a concretizar situação estabelecida na lei fiscal, desencadeando efeitos tributários; e a aptidão para integrar a relação jurídico-tributária, nexu que surge, automática e infalivelmente, por força da ocorrência dos fatos descritos.⁷

(...)

(...) se o direito tributário é livre e suficiente em si mesmo para traçar os contornos dos fatos que elege, não o será, com certeza, para firmar os termos da chamada *obrigação tributária*. (...)

Sempre que o legislador pretende inscrever, na hipótese normativa, sujeito sem personalidade jurídica, outorgando-lhe capacidade para realizar acontecimento tributário, prescreve o vínculo com a indicação de pessoa física ou jurídica, escolhida no quadro daquelas previstas e admitidas no segmento das regras de direito privado para o fim de *responsabilizar* o ente que promoveu o evento. Mesmo porque seria inconcebível a composição do liame abrigacional, tendo como sujeito passivo o próprio ente sem personalidade, dado que tolheria o prosseguimento dos objetivos que acompanham a instituição do tributo, por empecer medidas processuais de que a pretensão fiscal necessita.” (*Curso de Direito Tributário*, 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309/316)

4. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte: REsp n. 258.393-AP, Quinta Turma, Ministro Edson Vidigal, DJ 04.12.2000; AgRg no Ag n. 590.873-AP, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, DJ 08.11.2004; REsp n. 94.937-PR, Sexta Turma, Ministro Anselmo Santiago, DJ 17.02.1999, REsp n. 696.561-RN, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 24.10.2005 — esse último assim ementado:



“Processual Civil. Tributário. Cobrança de contribuições previdenciárias de vereadores. Mandado de segurança impetrado pela Câmara Municipal. Ausência de personalidade jurídica. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

1. Mandado de segurança preventivo impetrado pela Câmara Municipal de Martins-RN, objetivando a abstenção de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios pagos mensalmente aos vereadores do Município.

2. A despeito de sua capacidade processual para postular direito próprio (*atos interna corporis*) ou para defesa de suas prerrogativas, a Câmara de Vereadores não possui legitimidade para discutir em juízo a validade da cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos exercentes de mandato eletivo, uma vez que desprovida de personalidade jurídica, cabendo ao Município figurar no pólo ativo da referida demanda.

3. Precedentes desta Corte: REsp n. 438.651-MG, Relator Ministro José Delgado, DJ 04.11.2002; e REsp n. 199.885-PR, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 07.06.1999. 4. Recurso especial provido.”

5. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso especial para denegar a ordem. Custas pelo impetrante. Sem honorários advocatícios. (Súmula n. 105-STJ)

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 698.517-SP (2004/0152341-9)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo

Procuradores: Mauro Pereira de Souza e outros

Recorrido: Tubocap Artefatos de Metal S/A

Advogados: Roberto Elias Cury e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Desapropriação. Juros pagos durante o prazo do art. 33 do ADCT. Pretensão do Município de repetir o que pagou indevidamente.

1. Pedido de retificação do saldo devedor, em sede de execução de ação de desapropriação indireta, após o pagamento integral dos precatórios, para que deles fossem excluídos os juros compensatórios e moratórios, relativos ao período posterior à Constituição Federal, nos termos do art. 33 do ADCT.

2. Engendrado o pagamento da dívida por meio de precatório, revela-se inviável, nos próprios autos reabrir a discussão acerca dos cálculos, reservando-se à Fazenda, em ação de repetição, reaver o que pagou indevidamente, pretensão impossível de ser exercida na fase administrativa do implemento do débito.

3. É assente que a coisa julgada é qualidade consubstanciada na imutabilidade do acerto ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido.

4. Nesse sentido leciona Ovídio Baptista da Silva, *litteris*:

“(...) É indispensável, porém, ter presente que o pensamento dominante na doutrina européia considera que a coisa julgada é o efeito — ou, como quer Liebman, “a qualidade” — que se agrega à “declaração contida na sentença”, libertando os demais efeitos da “imutabilidade” que ele pretendia atribuir-lhes, permite, por exemplo, aceitar que a decisão que homologue a atualização do cálculo, na fase de execução da sentença para reservar o valor da condenação — não ofenderá a coisa julgada.

12. A distinção entre coisa julgada e “efeitos” da sentença está feita de modo didático no Código Civil italiano, ao conceituar a coisa julgada como “*L accertamento contenuto nella sentenza*” (art. 2.909), depois de referir-se, no artigo precedente, a seus “efeitos”. Esse “*accertamento*”, diz o Código italiano, “*ufa stato*”, entre as partes, para todos os efeitos.

De resto, poderíamos ir mais longe, para advertir que as hipóteses que mais diretamente causaram revolta àqueles ilustres juristas — não por acaso magistrados ou ex-magistrados foram as avaliações judiciais produtoras de valores “absurdos”. Cuidava-se, porém, de sentenças homologatórias rigorosamente incongruentes, caracterizadas por manifesta oposição respectiva sentença que condenara ao pagamento do “justo valor”.

O cálculo produzido na respectiva execução da sentença subvertia inteiramente o julgado, fazendo com que o “justo valor” — que o processo de liquidação da sentença deveria determinar — se transformasse em fonte de enriquecimento ilícito.



Por outro lado — este é um argumento adicional decisivo —, a sentença que homologa o cálculo decide sobre “fato”, não sobre direito, no sentido de que a decisão possa adquirir a força de coisa julgada. Como disse, com toda razão, o Ministro Delgado (p. 18), as sentenças nunca poderão “transformar fatos não verdadeiros em reais”. Se o arbitrador, por qualquer motivo, desobedeceu ao julgado, produzindo um cálculo “absurdo”, terá, com certeza, cometido erro de cálculo. A declaração contida no ato de homologar, no ato através do qual o juiz torna seu o arbitramento (*homo + logos*), não produz coisa julgada capaz de impedir que se corrija o cálculo, (...).”

5. Com efeito, o erro material pode ser sanado a qualquer tempo, sem que se ofenda a coisa julgada, até porque a correção do mesmo constitui mister inerente à função jurisdicional. Essa é, inclusive, a inteligência da norma prevista no art. 463, I, do Código de Processo Civil.

6. Ademais, *in casu*, não se vislumbra ocorrência de erro material, caracterizado pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a representar a manifestação incorreta da vontade, e não se confunde com o erro sobre os critérios de cálculo a serem utilizados, tais como incidência de expurgos, de juros, ou de índice de correção monetária, dentre outros.

7. Deveras, na hipótese *sub examine* a pretensão do Município cinge-se à revisão de cálculos já homologados, o que revela a preclusão da matéria.

8. Sobre o *thema* discorre Carlos Valder do Nascimento, *in Execução Contra a Fazenda Pública*, Forense, 2000, 1ª ed., p. 29, 30, 34 e 35, *litteris*:

“Dentro de uma perspectiva geral assentada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, pode-se afirmar que o erro é um desvio de percepção da realidade fática, constituindo-se em vício do consentimento, por equívoco a propósito de determinado evento material.

Cezar Peluso, *apud* Arruda Alvim, perfilhando a idéia de Salvalore Satta, assim o define:

‘Erro material não são apenas os defeitos exteriores ocorrentes na documentação do juízo ou na formação de documento, mas também toda divergência ocasional entre a idéia e sua representação, objetivamente reconhecível que demonstre não traduzir o pensamento ou a vontade do prolator’.

Em estudo publicado em revista especializada que reproduz trabalhos forenses, vale trazer à colação excerto do voto da lavra de Arruda Alvim, em que fixa sua noção:

‘O erro material é aquele que pode ser verificado a partir de critérios objetivos, deve ser identificável por todo homem médio e que não corresponde, de forma evidente e inequívoca à intenção do Magistrado’.

Ora, se o juiz homologa cálculos com erro, pressupõe-se que, embora não seja a manifestação inequívoca da sua vontade, o fez por desconhecimento, por irreal percepção do fato de modo que seu ato contempla o âmago da questão, isto é, sua causa material. E assim, configurando discrepância entre sua vontade e a veiculada no próprio conteúdo de sua decisão, torna-a defeituosa.

Decorrente disso, o erro de cálculo ou mesmo de sua atualização deve ser corrigido de ofício pelo Judiciário. Ele não reproduz a vontade do magistrado nem o Estado pode cobri-lo com o manto do trânsito em julgado. Mesmo homologado nessas circunstâncias, porque ato nulo, não irradia efeitos jurídicos definitivos.

Pela sua não inserção na relação processual válida, pode ser recomposto, com vistas ao restabelecimento da sua exatidão, a qualquer tempo. O que importa é que se persiga, sem limitação temporal, a eliminação da incerteza presente no vínculo jurídico, sendo insubsistente o processo se tal desiderato não for atingido em toda a sua plenitude.

Não é sem razão que Calamandrei assevera que o fim do processo é a garantia da observância prática do direito objetivo. O expurgo da dúvida é fator preponderante para que a coisa julgada alcance foro de imutabilidade. Ora, se é certo que essa imutabilidade insere-se no contexto da segurança jurídica, não menos verdade é que seu relativismo decorre da razão natural das coisas.

Contaminada de inexatidão material ou essencial, a obrigação exequianda ou o processo executório, este extinto e aquela adimplida, não transita em julgado. (...)”. (in *Execução Contra a Fazenda Pública*, Forense, 2000, 1ª ed., p. 29, 30, 34 e 35).

9. Consectariamente, não é lícito ao expropriante alegar nulidade da execução, com base em cálculos preclusivamente homologados, na fase administrativa do implemento do Precatário. Nesse sentido



confira-se julgado desta Corte no REsp n. 498.406-RJ, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ 17.11.2003, *verbis*:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Cálculos. Execução. Precatório. Limites de atuação do presidente do Tribunal. Coisa julgada.

1. Não há decadência para a interposição de mandado de segurança quando a parte o interpõe no prazo de 120 dias, após ter percorrido o *iter* dos recursos administrativos regularmente previstos na órbita da administração.

2. É impossível a desconstituição da coisa julgada na esfera da Presidência do Tribunal, ao examinar precatório requisitório para alterar os valores fixados sob o argumento de que o critério adotado para os cálculos diverge da jurisprudência acertada sobre o tema.

3. A coisa julgada impõe segurança jurídica ao que foi decidido por sentença, com o favorecimento especial que, no caso em exame, o Estado concordou com índices aplicados, submetendo-se, portanto, aos efeitos da preclusão.

4. Alterar índices inflacionários adotados em liquidação de sentença, após decisão que os acolheu, em sede de precatório expedido, não pode ser considerado erro de cálculo.

5. Recurso desprovido.”

10. *Ad argumentandum tantum*, a eventual violação do art. 33 do ADCT é inapreciável pelo egrégio STJ, posto cognição de competência do STF.

11. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de São Paulo (fls. 48/54), com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento, assim ementado:

“Os juros pagos durante o prazo da moratória instituída pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, rendido este Relator, não devem ser revistos.” (Fl. 42)

Segundo noticiam os autos, o Município de São Paulo, em sede de execução de ação de desapropriação indireta, após o pagamento integral dos precatórios, requereu a retificação do saldo devedor, para que deles fossem excluídos os juros compensatórios e moratórios, relativos ao período posterior à Constituição Federal, nos termos do art. 33 do ADCT.

O Juiz Singular indeferiu o pedido engendrado pelo Município de São Paulo, que interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que restou desprovido, nos termos da ementa acima transcrita. (Fl. 42)

Irresignado, o Município de São Paulo interpôs recurso especial, aduzindo, em síntese, que o acórdão hostilizado violou o disposto nos arts. 473, 618, I do CPC e 882, do Código Civil de 1916, ao fundamento *litteris*:

“(…)

O entendimento sufragado no v. acórdão guerreado evidencia total contrariedade às normas em epígrafe, como se procurará demonstrar.

De início, é imprescindível ponderar que é inaceitável o argumento fixado no v. acórdão segundo o qual não caberia repetição dos valores pagos a maior, incluindo juros em continuação indevidos, porquanto, na esteira do que preceitua o art. 882 do Código Civil, não se poderia repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Ora, é flagrante que no caso em tela não se trata de dívida prescrita nem tampouco de obrigação judicialmente inexigível! Com efeito, inexistia e inexistiu, como reconhece à unanimidade a jurisprudência do colendo STF, qualquer obrigação de pagar os juros incluídos indevidamente no parcelamento previsto no art. 33 do ADCT. Logo, é descabido cogitar-se de dívida prescrita: afinal, inexistia dívida.

Daí, pois, que o supracitado art. 882 do Código Civil não admite a interpretação analógica consignada no v. acórdão.



Por outro lado, não há que se cogitar sobre preclusão temporal no caso em tela porque tal instituto consiste tão-somente na perda da faculdade de praticar um ato processual em virtude do decurso do prazo para fazê-lo, a teor do disposto no art. 183 do CPC, mas, claro, desde que envolva direito disponível.

Seguramente não tem tal instituto aptidão para extinguir diretamente o próprio, direito material da parte. Daí porque deve ser aplicado aos processos de execução com o cuidado devido: relevando-se que a execução é processo que visa a satisfazer o direito do credor e só tem cabimento quando estiver alicerçado em título judicial ou extrajudicial líquido, certo e exigível.

A idoneidade do título judicial consubstancia, seguramente, matéria de ordem pública e de direito indissociável, já que flagrante o prejuízo causado ao Patrimônio Público no caso de que aqui se trata, podendo e devendo, a todo tempo, no curso do processo, ser reconhecido e reparado o vício.

Já sob outro ângulo de análise, a preclusão, a teor do disposto no art. 473 do Código de Processo Civil, também se refere à impossibilidade de se discutir, no curso do processo, as questões já decididas. Ocorre que no presente processo o tema da inconstitucionalidade da incidência de juros em continuação no parcelamento previsto no referido art. 33 do ADCT não foi objeto de apreciação judicial.

Cumpre destacar que não é necessário reexame de prova, inadequado na instância excepcional, para que se alcance a conclusão acima exposta.”

A Recorrida, em contra-razões às fls. 62/69, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 282-STF. No mérito requer o desprovimento do recurso, ao fundamento de que: “O fato é que a recorrente não pretende corrigir erros ou inexatidões materiais referente a cálculos judiciais, mas sim rever cálculos já homologados, cujos índices e critérios foram adotados e determinados pelo próprio Poder Judiciário, por meio de decisões especificamente proferidas nos autos, as quais já estão acobertadas pela preclusão, como bem decidiu o v. acórdão de fls. 42/45, afastando, inclusive a aplicabilidade dos dispositivos legais invocados pela recorrente”.

O recurso especial foi inadmitido no Tribunal *a quo*, consoante despacho de fl. 109/111, subindo a esta Corte por força de provimento ao Ag n. 574.801-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso pela alínea **a**, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada.

Os dispositivos apontados como violados — arts. 473 e 618 do CPC e 882 do Código Civil de 1916, dispõem:

Código de Processo Civil

“Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

(...)

Art. 618. É nula a execução:

I - Se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586);

Código Civil

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

A presente controvérsia cinge-se às possibilidades de o Município rever os cálculos dos valores relativos aos juros compensatórios e moratórios, que entendem terem sido pagos indevidamente nos precatórios complementares.

Prima facie, registre-se que o crédito da expropriada foi devidamente pago pelo Município tempestivamente, em 8 (oito) parcelas, com base em sentença transitada em julgado.

Engendrado o pagamento da dívida por meio de precatório, revela-se inviável, nos próprios autos reabrir a discussão acerca dos cálculos, reservando-se à Fazenda, em ação de repetição, reaver o que pagou indevidamente, pretensão impossível de ser exercida na fase administrativa do implemento do débito.

Ademais, é cediço que: “É impossível a desconstituição da coisa julgada na esfera da Presidência do Tribunal, ao examinar precatório requisitório para alterar os valores fixados sob o argumento de que o critério adotado para os cálculos diverge da jurisprudência acertada sobre o tema.” (REsp n. 498.406-RJ, Relator Ministro José Delgado).

É assente que a coisa julgada é qualidade consubstanciada na imutabilidade do acerto ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido.

Nesse sentido leciona Ovídio Baptista da Silva, *litteris*:



“(…) É indispensável, porém, ter presente que o pensamento dominante na doutrina européia considera que a coisa julgada é o efeito — ou, como quer Liebman, “a qualidade” — que se agrega à “declaração contida na sentença”, libertando os demais efeitos da “imutabilidade” que ele pretendia atribuir-lhes, permite, por exemplo, aceitar que a decisão que homologue a atualização do cálculo, na fase de execução da sentença para reservar o valor da condenação — não ofenderá a coisa julgada.

12. A distinção entre coisa julgada e “efeitos” da sentença está feita de modo didático no Código Civil italiano, ao conceituar a coisa julgada como “L ‘accertamento contenuto nella sentenza” (art. 2.909), depois de referir-se, no artigo precedente, a seus “efeitos”. Esse “*accertamento*”, diz o Código italiano, “ufa stato”, entre as partes, para todos os efeitos.

De resto, poderíamos ir mais longe, para advertir que as hipóteses que mais diretamente causaram revolta àqueles ilustres juristas — não por acaso magistrados ou ex-magistrados foram as avaliações judiciais produtoras de valores “absurdos”. Cuidava-se, porém, de sentenças homologatórias rigorosamente incongruentes, caracterizadas por manifesta oposição respectiva sentença que condenara ao pagamento do “justo valor”.

O cálculo produzido na respectiva execução da sentença subvertia inteiramente o julgado, fazendo com que o “justo valor” — que o processo de liquidação da sentença deveria determinar — se transformasse em fonte de enriquecimento ilícito.

Por outro lado — este é um argumento adicional decisivo —, a sentença que homologa o cálculo decide sobre “fato”, não sobre direito, no sentido de que a decisão possa adquirir a força de coisa julgada. Como disse, com toda razão, o Ministro Delgado (p. 18), as sentenças nunca poderão “transformar fatos não verdadeiros em reais”. Se o arbitrador, por qualquer motivo, desobedeceu ao julgado, produzindo um cálculo “absurdo”, terá, com certeza, cometido erro de cálculo. A declaração contida no ato de homologar, no ato através do qual o juiz torna seu o arbitramento (*homo + logos*), não produz coisa julgada capaz de impedir que se corrija o cálculo, (...)”

Com efeito, o erro material pode ser sanado a qualquer tempo, sem que se ofenda a coisa julgada, até porque a correção do mesmo constitui mister inerente à função jurisdicional. Essa é, inclusive, a inteligência da norma prevista no art. 463, I, do Código de Processo Civil.

Ademais, *in casu*, não se vislumbra ocorrência de erro material, caracterizado pelo equívoco de escrita ou de cálculo, sobre a conta homologada, hábil a

representar a manifestação incorreta da vontade, e não se confunde com o erro sobre os critérios de cálculo a serem utilizados, tais como incidência de expurgos, de juros, ou de índice de correção monetária, dentre outros.

Deveras, na hipótese *sub examine* a pretensão do Município cinge-se à revisão de cálculos já homologados, o que revela a preclusão da matéria.

Sobre o *thema* discorre Carlos Valder do Nascimento, in *Execução Contra a Fazenda Pública*, Forense, 2000, 1ª ed., p. 29, 30, 34 e 35, *verbis*:

“Dentro de uma perspectiva geral assentada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, pode-se afirmar que o erro é um desvio de percepção da realidade fática, constituindo-se em vício do consentimento, por equívoco a propósito de determinado evento material.

Cezar Peluso, *apud* Arruda Alvim, perfilhando a idéia de Salvalore Satta, assim o define:

‘Erro material não são apenas os defeitos exteriores ocorrentes na documentação do juízo ou na formação de documento, mas também toda divergência ocasional entre a idéia e sua representação, objetivamente reconhecível que demonstre não traduzir o pensamento ou a vontade do prolator’.

Em estudo publicado em revista especializada que reproduz trabalhos forenses, vale trazer à colação excerto do voto da lavra de Arruda Alvim, em que fixa sua noção:

‘O erro material é aquele que pode ser verificado a partir de critérios objetivos, deve ser identificável por todo homem médio e que não corresponde, de forma evidente e inequívoca à intenção do Magistrado’.

Ora, se o juiz homologa cálculos com erro, pressupõe-se que, embora não seja a manifestação inequívoca da sua vontade, o fez por desconhecimento, por irreal percepção do fato. de modo que seu ato contempla o âmago da questão, isto é, sua causa material. E assim, configurando discrepância entre sua vontade e a veiculada no próprio conteúdo de sua decisão, torna-a defeituosa.

Decorrente disso, o erro de cálculo ou mesmo de sua atualização deve ser corrigido de ofício pelo Judiciário. Ele não reproduz a vontade do magistrado nem o Estado pode cobri-lo com o manto do trânsito em julgado. Mesmo homologado nessas circunstâncias, porque ato nulo, não irradia efeitos jurídicos definitivos.

Pela sua não inserção na relação processual válida, pode ser recomposto, com vistas ao restabelecimento da sua exatidão, a qualquer tempo. O que



importa é que se persiga, sem limitação temporal, a eliminação da incerteza presente no vínculo jurídico, sendo insubsistente o processo se tal desiderato não for atingido em toda a sua plenitude.

Não é sem razão que Calamandrei assevera que o fim do processo é a garantia da observância prática do direito objetivo. O expurgo da dúvida é fator preponderante para que a coisa julgada alcance foro de imutabilidade. Ora, se é certo que essa imutabilidade insere-se no contexto da segurança jurídica, não menos verdade é que seu relativismo decorre da razão natural das coisas.

Contaminada de inexatidão material ou essencial, a obrigação exequenda ou o processo, executório, este extinto e aquela adimplida, não transita em julgado. (...)’” (*in Execução Contra a Fazenda Pública*, Forense, 2000, 1ª ed., p. 29, 30, 34 e 35).

Consectariamente, não é lícito ao expropriante alegar nulidade da execução, com base em cálculos preclusivamente homologados, na fase administrativa do implemento do Precatório.

Nesse sentido confira-se julgado desta Corte no REsp n. 498.406-RJ, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ 17.11.2003, *verbis*:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Cálculos. Execução. Precatório. Limites de atuação do presidente do Tribunal. Coisa julgada.

1. Não há decadência para a interposição de mandado de segurança quando a parte o interpõe no prazo de 120 dias, após ter percorrido o iter dos recursos administrativos regularmente previstos na órbita da administração.

2. É impossível a desconstituição da coisa julgada na esfera da Presidência do Tribunal, ao examinar precatório requisitório para alterar os valores fixados sob o argumento de que o critério adotado para os cálculos diverge da jurisprudência acertada sobre o tema.

3. A coisa julgada impõe segurança jurídica ao que foi decidido por sentença, com o favorecimento especial que, no caso em exame, o Estado concordou com índices aplicados, submetendo-se, portanto, aos efeitos da preclusão.

4. Alterar índices inflacionários adotados em liquidação de sentença, após decisão que os acolheu, em sede de precatório expedido, não pode ser considerado erro de cálculo.

5. Recurso desprovido.”

Ad argumentandum tantum, a eventual violação do art. 33 do ADCT é inapreciável pelo egrégio STJ, posto cognição de competência do STF.

Ex positis, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 705.340-PR (2004/0166504-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: União

Procuradores: Deysi Cristina da Rolt e outros

Recorrida: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Erni Rosiane Pereira Muller e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação anulatória de débito fiscal. Quebra de sigilo bancário. Pedido de informações. Receita Federal. Multa.

I - O art. 197 do CTN indica a possibilidade de quebra de sigilo bancário, mas tal possibilidade não mais pôde vigorar, em face do princípio da privacidade, constante dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

II - A determinação da quebra de sigilo bancário deve ser feita por meio de decisão judicial fundamentada, à consideração de que a inviolabilidade de dados consagrado como direito à privacidade é constitucionalmente garantido, nos termos do supracitado dispositivo constitucional.

III - 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



Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de recurso especial interposto pela União, com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado, *verbis*:

“Agravo legal. Sigilo bancário. Multa. Caixa Economica Federal. Art. 38 Lei n. 4.595/1964.

A possibilidade da Fazenda Nacional requisitar diretamente às instituições financeiras, informações relativas a seus clientes, só tornou-se possível com o advento da LC n. 105/2001 — com a rigorosa observância de seus preceitos —, que revogou expressamente o art. 38 da Lei n. 4.595/1964, que determinava às instituições financeiras a conservação de sigilo em suas operações, e ao qual a CEF estava adstrita à sua observância, à época do fato. A multa é, portanto, indevida.”

Sustenta a recorrente, em suas razões de recurso especial, violação ao art. 557 do CPC, porquanto a negativa de seguimento do agravo teve como fundamento o fato da matéria ser incontroversa, o que não procede, pois a questão atinente a quebra de sigilo bancário jamais teve entendimento pacífico no seio do Poder Judiciário. Alega, ainda, violação ao art. 197 do CTN e art. 8ª da Lei n. 8.021/1990, que autorizam o acesso da Receita Federal às informações bancárias, independentemente de ordem judicial, mesmo antes do advento da LC n. 105/2001, sustentando a legalidade da multa aplicada à recorrida.

Contra-razões do recurso às fls. 177/183 e, instado, pronunciou-se o Ministério Público Federal às fls. 201/207, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso porquanto prequestionada a matéria.

Em primeiro lugar se faz necessário um resumo dos fatos, determinando-se o tempo em que ocorreram, para efeito de aplicação das normas vigentes à sua época, uma vez que a questão acerca da quebra do sigilo bancário é matéria bastante controversa, não sendo absoluta, consoante se verifica na legislação que trata do assunto.

Compulsando os autos, verifica-se que em 10.03.1995 o Chefe da Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal de Maringá formalizou ofício à recorrida, solicitando informações bancárias referentes a 7 (sete) clientes e, negado o pedido, a autoridade fazendária lavrou auto de infração, impondo o pagamento de multa em face da negativa do repasse das informações.

A ora recorrida ajuizou ação anulatória de débito julgada procedente, cuja sentença monocrática foi confirmada pelo Tribunal *a quo* e contra qual se insurge a recorrente.

Ora, como bem salientado no aresto, a possibilidade da Fazenda Nacional requisitar diretamente às instituições financeiras informações relativas a seus clientes só se tornou possível com a LC n. 105/2001, pois à época dos fatos a legislação vigente (art. 38 da Lei n. 4.595/1964) determinava às instituições financeiras a conservação de sigilo em suas operações.

O art. 197 do CTN indica a possibilidade de quebra de sigilo bancário, mas tal possibilidade não mais pôde vigorar, em face do princípio da privacidade, constante dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Em seu Parecer de fls. 201/207, o Ministério Público Federal aborda a questão entendendo que:

“Com efeito, cumpre destacar que o Código Tributário Nacional permite a possibilidade de quebra de sigilo bancário, nos termos do art. 197, inciso II do referido dispositivo legal, com a seguinte dicção:

‘Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.’

À sua vez, a Lei n. 8.021/1990 previu a aplicação de multa decorrente do não atendimento à solicitação de informações feitas pela autoridade fiscal, consoante se pode observar da redação do art. 8º, parágrafo único:



‘Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.’

Convém salientar, entretanto, que a determinação da quebra de sigilo bancário deve ser feita por meio de decisão judicial fundamentada, à consideração de que a inviolabilidade de dados consagrado como direito à privacidade é constitucionalmente garantido, nos termos dos incisos X e XII do art. 5º da Carta Magna.” (Fls. 204/205)

“Assim, considerando-se que a natureza específica das informações solicitadas pelo Fisco à Caixa Econômica Federal — todos os documentos de créditos relativos ao Código n. 45 dos correntistas (fl. 3), — salvo mediante determinação judicial — caracteriza violação ao princípio da privacidade, entende-se neste parecer que não há como atender à pretensão de recursão ora examinada.

Nessa linha de raciocínio tem decidido essa colenda Corte, consoante se pode observar do aresto a seguir colacionado:

‘Administrativo. Sigilo bancário. Pedido de informações formulado pela Receita Federal. Arts. 195, 197 e 198 do CTN.

1. Antes do advento da LC n. 105/2001 e da Lei n. 9.311/1996, que instituiu a CPME, a questão do fornecimento de informações bancárias ao Fisco era tratada pelo CTN, diploma que autorizava o requerimento do Fisco e a obrigação do estabelecimento bancário.

2. Ao advento da CF/1988, doutrina e jurisprudência passaram a considerar uma demasia o pedido de quebra de sigilo bancário por ofensa ao princípio da privacidade, inserido nos incisos X e XII do art. 5º.

3. Princípio constitucional que não é absoluto, podendo obter-se a quebra mediante ordem judicial.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 493.082-MG, DJ 20.09.2004).” (Fls. 206/207)

Com essas considerações, as quais adoto como fundamento do meu voto, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 718.203-SP (2005/0008518-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Município de Santo André

Procuradores: José Joaquim Jerônimo Hipolito e outros

EMENTA

Administrativo. Constitucional. Ação civil pública. Legitimatío *ad causam* do *Parquet*. Art. 127 da CF/1988. Arts. 7^o, 200, e 201 da Lei n. 8.069/1990. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.



4. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n. 248.889-SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional. (CF, arts. 127 e 129)

6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

7. Outrossim, a Lei n. 8.069/1990 no art. 7º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como “substituição processual”.

8. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do egrégio STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP. (Precedentes: REsp n. 706.652-SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2005; REsp n. 664.139-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 20.06.2005; e REsp n. 240.033-CE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 18.09.2000)

9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990):

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da

obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.”

10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.



14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a aacionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a

legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: REsp n. 575.280-SP desta Relatoria p/ o acórdão, publicado no DJ 25.10.2004.

20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE n. 436.996-6-SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 07.11.2005, decidiu *verbis*:

“Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. (CF, art. 208, IV)

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa



dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

21. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 159/164), com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“Apelação da municipalidade de Santo André, objetivando a improcedência da ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, em favor de determinada menor para a obtenção de vaga em creche municipal. Sentença que julgou procedente a ação e determinou o reexame necessário.

A conveniência e a oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar sejam efetivados.

Jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Improcedência da ação.

Recursos providos.” (Fl. 139)

Opostos embargos de declaração, restaram acolhidos, apenas para fins de prequestionamento, consoante julgado de fls. 153/155.

Versam os autos, originariamente, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando compelir o Município de Santo André a efetivar matrícula de criança, contando com três anos de idade à época do ajuizamento da ação, em creche municipal.

O r. Juízo monocrático julgou procedente o pedido, confirmando a liminar anteriormente concedida, para determinar que o Município procedesse à matrícula da menor na creche pública mais próxima de sua residência, consoante se infere da sentença de fls. 76/78.

O Município de Santo André interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do acórdão acima transcrito.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em suas razões de recurso especial, sustenta, em síntese, que o acórdão hostilizado violou o disposto no art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei n. 8.069/1990).

Às fls. 166/172, consta Recurso Extraordinário dirigido ao STF.

O Município de Santo André, em contra-razões às fls. 177/191, pugna pela manutenção do acórdão recorrido.

O recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo*, consoante despacho de fl. 193.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso especial pela alínea **a**, do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada.

Versam os autos, originariamente, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando compelir o Município de Santo



André a efetivar matrícula de criança, contando com três anos de idade à época do ajuizamento da ação, em creche municipal.

Como cediço, a ação civil pública está centrada na violação a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Hugo Nigro Mazilli, discorrendo sobre o tema da legitimidade do Ministério Público, afirma:

“A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais.”
(*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 16ª ed., p. 90)

É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um micro-sistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Deveras, é mister concluir que nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

In casu, segundo a jurisprudência predominante deste Sodalício, a hipótese não se amolda a interesse transindividual a legitimar a atuação do Ministério Público, mas apenas interesse material particular de menor. As decisões desta Corte neste sentido tem assentado que não se coaduna com a ação civil pública, objeto mediato individual, mas tão-somente transindividual. À guisa de exemplo, vale conferir:

“Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público. Nulidade absoluta não argüida. Limites do recurso especial.

1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial. (Súmula n. 456-STF)

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei n. 9.394/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp n. 706.652-SP Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2005)

“Processo Civil. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público. Nulidade absoluta não argüida. Limites do recurso especial.

(...)

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei n. 9.394/1996, ensejando o reconhecimento *ex officio* da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o *Parquet* como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial provido.” (REsp n. 466.861-SP Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29.11.2004)

“Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Fornecimento de medicamentos. Menor. Carente.

1. Na esteira do art. 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a



sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a 'orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV'. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido." (REsp n. 664.139-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 20.06.2005)

A despeito do posicionamento exarado nos recentes julgados, tenho que, à luz da dicção final do art. 127 da Carta Maior, legitimado está o *Parquet*, a demandar em prol de interesses indisponíveis como o que ora se afigura. Resta assim redigido o referido dispositivo:

"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n. 248.889-SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional. (CF, arts. 127 e 129)

O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

Outrossim, a Lei n. 8.069/1990 nos arts. 7º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual", senão vejamos:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

“Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.”

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

(...)

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;”

Ultrapassadas as questões preliminares e feitas às considerações pertinentes, subjaz o exame de mérito do recurso especial.

O art. 208 da Constituição Federal garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, *verbis*:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;”

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), no art. 4º, IV repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.”

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe:



“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade;

(omissis).”

Ora, se é dever do Estado é direito subjetivo da criança.

Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

Sobre o *thema* leciona Luís Roberto Barroso, in *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, 5ª ed., *litteris*:

“(...) A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de ‘ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria’ (inciso I), bem como pelo ‘atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência...’ (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que ‘o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo’. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual — dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.” (p. 115)

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malfeitamento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.



Assim, se é direito do menor a freqüência em creche, o Estado, num sentido lato deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade político e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

Versando tema análogo, o STF legou princípio a que se deve manter vigília em hipóteses como essa, em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais mercê do respeito e harmonia entre os poderes:

“Mandado de segurança. Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da república. Demissão qualificada. Admissibilidade do mandado de segurança. Preliminar rejeitada. Processo administrativo-disciplinar. Garantia do contraditório e da plenitude de defesa. Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial. Validade do ato demissório. Segurança denegada.

1. A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

(...)”. (Ms n. 20.999, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 25.05.1990)

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

Nesse sentido confira-se julgado da Primeira Turma, no REsp n. 575.280-SP, desta Relatoria p/ o acórdão, publicado no DJ 25.10.2004, *verbis*:

“Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos, é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

‘É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.’

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que



suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência

entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12. Recurso especial provido.”

Deveras, o Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE n. 436.996-6-SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ 07.11.2005, decidiu *verbis*:

“Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do Direito Constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. (CF, art. 208, IV)

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de



maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.

Sobre o *thema decidendum* destaque-se, pela juridicidade de suas razões, os fundamentos desenvolvidos pelo Ministro Celso de Mello, no voto condutor da decisão supracitada, *litteris*:

‘Decisão: O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fl. 189):

“Embargos Infringentes — Ação civil pública, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da Administração. Embargos rejeitados.’

A parte recorrente sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 208, IV, 211, § 2º, e 227, todos da Constituição da República.

O exame da presente causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, informam e dão consistência ao recurso extraordinário ora em julgamento.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação — que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, *caput*) — qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere*, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, ‘às crianças de zero a seis anos de idade’. (CF, art. 208, IV)

O eminente Pinto Ferreira (Educação e Constituinte, *in Revista de Informação Legislativa*, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível:

‘O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.’

Para Celso Lafer (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação — que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração — exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:



‘(...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...).’

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil — ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de ‘atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV) — não podem ser menosprezados pelo Estado, ‘obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência’ (Wilson Donizeti Liberati, “Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar”, in *Direito à Educação: Uma Questão de Justiça*, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de Pinto Ferreira (*Educação e Constituinte in Revista de Informação Legislativa*, vol. 92, p. 171/173), quando adverte — considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra — sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

‘O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).’

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da

República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis — notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola —, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF n. 45-DF, Relator Ministro Celso de Mello, proferi decisão assim ementada (Informativo-STF n. 345/2004):

“Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo substanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam — enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) — com as liberdades positivas, reais ou concretas. (RTJ 164/158-161, Relator Ministro Celso de Mello)

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1.212/1.213, Relator Ministro Celso de Mello), o Supremo Tribunal Federal:

“Desrespeito à constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público.



O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

(...)

A omissão do Estado — que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional — qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ n. 185/794-796, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno)

É certo — tal como observei no exame da ADPF n. 45-DF, Relator Ministro Celso de Mello (Informativo-STF n. 345/2004) — que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 5, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou

coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (ADPF n. 45-DF, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo-STF n. 345/2004)

Cumprido advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta observação de Regina Maria Fonseca Muniz (*O Direito à Educação*, p. 92, Item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema — após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana — põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com



particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que ‘o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação.’

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre Magistrada Maria Cristina de Brito Lima, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (*A Educação como Direito Fundamental*, 2003, Lumen Juris).

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, ilustre Procuradora Regional da República (*Políticas Públicas — A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: ‘Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de

políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.’

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios — que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que expendeu no presente recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões, sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI n. 455.802-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, AI n. 475.571-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, RE n. 401.673-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, RE n. 411.518-SP, Relator Ministro Marco Aurélio).

Cumpra destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurélio (RE n. 431.773-SP), no sentido de que, ‘Conforme preceitua o art. 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado — União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios — deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.’



Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (Ana Maria Moreira Marchesan, 'O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa', *in* RT n. 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário 'às crianças de zero a seis anos de idade'. (CF, art. 208, IV)

Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 73/76). Publique-se."

Ex positis, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 765.353-PR (2005/0105941-1)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrentes: Fernanda Macedo Pereira Guimarães e outros

Advogados: Leonardo Sperb de Paola e outros

Recorrido: Banco Central do Brasil

Advogados: Francisco Siqueira e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Liquidação extrajudicial de sociedade administradora de consórcio. Inquérito realizado pelo Banco Central. Apontada ilegalidade. Litígio fundado na veracidade ou inveracidade do conteúdo probatório. Aplicação da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não-conhecido.

1. Cuidam os autos de ação ordinária de anulação de ato jurídico com pedido de antecipação de tutela ajuizada por Fernanda Macedo Pereira Guimarães e outras em desfavor do Banco Central do Brasil — Bacen objetivando, em síntese, a desconstituição de ato do réu que determinou a indisponibilidade de bens dos supostos controladores da HM Administradora de Consórcios S/C Ltda, dentre os quais, as autoras, em razão da liquidação extrajudicial da pessoa jurídica mencionada. Posteriormente, na via judicial, após o indeferimento do pedido de tutela antecipada, obteve-se sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, desconstituindo a indisponibilidade noticiada no Comunicado n. 8.318 do Bacen, em relação aos bens inalienáveis ou impenhoráveis, neste incluídos os valores comprovadamente recebidos como rendimentos do trabalho das autoras. Outrossim, arbitrou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) a serem integralmente suportados pelas autoras em virtude da sucumbência mínima do réu. Irresignadas, as autoras interpuuseram apelação requerendo a reforma da sentença no intuito de declarar a nulidade do ato administrativo, veiculado no Comunicado retromencionado, que determinou a indisponibilidade de bens das autoras, trazendo à baila as seguintes razões: a) a indisponibilidade dos bens não poderia ser decretada por autoridade administrativa; b) inexistência de indícios de que as apelantes fossem controladoras ou participassem do grupo de controle da administradora de consórcios; c) inaplicabilidade do art. 2º da Lei n. 8.447/1997. O TRF/4ª Região prolatou acórdão negando provimento à apelação e à remessa oficial, coadunando-se com o parecer do douto *Parquet*, no sentido de manter a indisponibilidade dos bens das autoras em relação aos bens alienáveis e penhoráveis. Insistindo pela via especial, as apelantes postulam, novamente, pela decretação da nulidade do ato do recorrido que determinou a indisponibilidade de seus bens, depreendendo as seguintes razões: a) violação dos arts. 36, § 2º, **a**, da Lei n. 6.024/1974 c.c. o art. 2º da Lei n. 9.447/1997, ao dispensar prévia autorização do Conselho



Monetário Nacional e do órgão que o sucedeu nessas atribuições para a decretação de indisponibilidade de bens dos supostos controladores da entidade em liquidação; b) afronta aos arts. 2º, *caput*, parágrafo único, VI, VII, VIII e X; 3º, II e III; 9º, II; e 50, todos da Lei n. 9.784/1999, ao desconsiderar as normas inscritas nesses dispositivos que versam acerca da proteção do jurisdicionado em processos administrativos; c) arts. 116 da Lei n. 6.404/1976 e 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.321/1987, ao desatender os requisitos legais de qualificação do acionista controlador; d) a responsabilidade das recorrentes em razão de fatos ocorridos entre os anos de 1994 e 1995 não pode ser aferida com base no art. 2º da Lei n. 9.447/1997; e) repisa que não há fato que comprove a responsabilização das recorrentes. Apresentadas contra-razões.

2. O desate da questão litigiosa, tal como ora apresentada, conduz necessariamente ao exame do conteúdo probatório e dos instrumentos contratuais que regulam a pessoa jurídica em liquidação extrajudicial, desiderato que encontra óbice intransponível no teor estabelecido nos Verbetes ns. 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. Na hipótese, a verificação dos fatos que instruem o inquérito empreendido pelo Banco Central, no exercício do mister que dispõe a Lei n. 6.024/1974, é conduta que não se mostra realizável no âmbito do recurso especial, porquanto pressupõe o reexame dos elementos probatórios ínsitos à origem e ao cerne da controvérsia.

4. Recurso especial não conhecido.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Falcão, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista), Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de recurso especial interposto por Fernanda Macedo Pereira Guimarães e outras, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim sumariado:

“Civil. Indisponibilidade de bens de sócios controladores.

Sentença que afastou em parte o ato administrativo para liberar os bens impenhoráveis e, em especial, os valores decorrentes da contraprestação do trabalho.

Apelação e remessa oficial conhecidas e desprovidas”.

Cuidam os autos de ação ordinária de anulação de ato jurídico com pedido de antecipação de tutela ajuizada por Fernanda Macedo Pereira Guimarães e outras em desfavor do Banco Central do Brasil — Bacen objetivando, em síntese, a desconstituição de ato do réu que determinou a indisponibilidade de bens dos supostos controladores da HM Administradora de Consórcios S/C Ltda, dentre os quais estão as autoras, em razão da liquidação extrajudicial da pessoa jurídica mencionada.

Após o indeferimento do pedido de tutela antecipada (fls. 427/428), sobreveio sentença (fls. 837/850) julgando parcialmente procedente o pedido, desconstituindo em parte a indisponibilidade noticiada no Comunicado n. 8.318 do Bacen (fls. 274/276), em relação aos bens inalienáveis ou impenhoráveis, neste incluídos os valores comprovadamente recebidos como rendimentos do trabalho das autoras. Outrossim, arbitrou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) a serem integralmente suportados pelas autoras em virtude da sucumbência mínima do réu.

Irresignadas, as autoras interpuseram apelação (fls. 872/896) requerendo a reforma da sentença no intuito de declarar a nulidade do ato administrativo, veiculado no Comunicado retromencionado, que determinou a indisponibilidade de bens das autoras, trazendo à baila as seguintes razões: a) a indisponibilidade dos bens não poderia ser decretada por autoridade administrativa; b) inexistência de indícios de que as apelantes fossem controladoras ou participassem do grupo de controle da administradora de consórcios; c) inaplicabilidade do art. 2º da Lei n. 8.447/1997.

O TRF/4ª Região prolatou acórdão (fl. 1.024) negando provimento à apelação e à remessa oficial, coadunando-se com o parecer do douto *Parquet*, no sentido de manter a indisponibilidade dos bens das autoras em relação aos bens alienáveis e penhoráveis.



Insistindo pela via especial, as apelantes postulam, novamente, pela decretação da nulidade do ato do recorrido que determinou a indisponibilidade de seus bens, depreendendo as seguintes razões:

a) violação dos arts. 36, § 2º, **a**, da Lei n. 6.024/1974 c.c. o art. 2º da Lei n. 9.447/1997, ao dispensar prévia autorização do Conselho Monetário Nacional e do órgão que o sucedeu nessas atribuições para a decretação de indisponibilidade de bens dos supostos controladores da entidade em liquidação;

b) afronta aos arts. 2º, *caput*, parágrafo único, VI, VII, VIII e X; 3º, II e III; 9º, II; e 50, todos da Lei n. 9.784/1999, ao desconsiderar as normas inscritas nesses dispositivos que versam acerca da proteção do jurisdicionado em processos administrativos;

c) arts. 116 da Lei n. 6.404/1976 e 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.321/1987, ao desatender os requisitos legais de qualificação do acionista controlador;

d) a responsabilidade das recorrentes em razão de fatos ocorridos entre os anos de 1994 e 1995 não pode ser aferida com base no art. 2º da Lei n. 9.447/1997;

e) repisa que não há fato que comprove a responsabilização das recorrentes.

Aduz violação dos seguintes dispositivos legais:

Da Lei n. 6.024/1974

Art. 36. “Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º (...);

§ 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida:

a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial”.

Da Lei n. 9.447/1997

Art. 2º “O disposto na Lei n. 6.024, de 1974, e no Decreto-Lei n. 2.321, de 1987, no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto ou indireto das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

§ 1º Objetivando assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores, o Banco Central do Brasil, por decisão de sua diretoria, poderá excluir da indisponibilidade os bens das pessoas jurídicas controladoras das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais.

§ 2º Não estão sujeitos à indisponibilidade os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis, nos termos da legislação em vigor.

§ 3º A indisponibilidade não impede a alienação de controle, cisão, fusão ou incorporação da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária”.

Da Lei n. 9.784/1999

Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - (...);

II - (...);

III - (...);

IV - (...);

V - (...);

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;



IX - (...);

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”;

Art. 3º “O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - (...);

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - (...);

Art. 9º “São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - (...);

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”;

Art. 50. “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.

Da Lei n. 6.404/1976

Art. 116. “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Do Decreto-Lei n. 2.321/1987

Art. 15. “Decretado o regime de administração especial temporária, respondem solidariamente com os ex-administradores da instituição pelas obrigações por esta assumidas, as pessoas naturais ou jurídicas que com ela mantenham vínculo de controle, independentemente da apuração de dolo ou culpa.

1. Há vínculo de controle quando, alternativa ou cumulativamente, a instituição e as pessoas jurídicas mencionadas neste artigo estão sob controle comum; quando sejam, entre si, controladoras ou controladas, ou quando qualquer delas, diretamente ou através de sociedades por ela controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da instituição”.

Da Lei n. 9.447/1997

Art. 2º “O disposto na Lei n. 6.024, de 1974, e no Decreto-Lei n. 2.321, de 1987, no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens das pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto



ou indireto das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

§ 1º Objetivando assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores, o Banco Central do Brasil, por decisão de sua diretoria, poderá excluir da indisponibilidade os bens das pessoas jurídicas controladoras das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais.

§ 2º Não estão sujeitos à indisponibilidade os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis, nos termos da legislação em vigor.

§ 3º A indisponibilidade não impede a alienação de controle, cisão, fusão ou incorporação da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária”.

Apresentadas contra-razões (fls. 1.073/1.080) pugnando pelo desprovisionamento do recurso, consoante as seguintes razões: a) em 04.12.2002, foram remetidos os autos do inquérito, a que faz menção a Lei n. 6.024/1974, à 1ª Vara de Falências de Curitiba-PR, cessando, nesta data, a competência do recorrido para promover o levantamento da indisponibilidade dos bens objeto da lide, operando-se a perda do objeto; b) objetiva-se a rediscussão do mérito da controvérsia, incidindo-se, desta forma, no óbice da Súmula n. 7-STJ; c) o recorrido possui legitimidade para decretar a indisponibilidade de bens nas ações que envolvam liquidação extrajudicial de instituição financeira; d) quando o inquérito já houver sido remetido nos termos do art. 45 da Lei n. 6.024/1974, a indisponibilidade dos bens deve perdurar até a apuração final da responsabilidade dos controladores.

Recurso extraordinário (fls. 1.060/1.069) e suas respectivas contra-razões. (Fls. 1.081/1.088)

Juízo positivo de admissibilidade. (Fl. 1.090)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Tratam os autos de ação anulatória de atos jurídicos movida em desfavor do Banco Central do Brasil — Bacen, que, em procedimento de liquidação extrajudicial da HM Administradora de Consórcios S/C Ltda decretou a indisponibilidade dos bens das pessoa físicas controladoras da empresa, dentre elas, as recorrentes. Posteriormente, obtiveram as recorrentes sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, desconstituindo a indisponibilidade noticiada no Comunicado n. 8.318 do Bacen, em relação aos bens inalienáveis ou impenhoráveis, neste incluídos os valores comprovadamente recebidos como rendimentos do trabalho das autoras.

Esse, em síntese, o panorama inscrito nos autos. Como se verifica, o litígio originalmente se deve à indisponibilidade de bens das partes apontadas como controladoras da sociedade liquidada. A partir desse evento, seguiu-se a realização de inquérito pelo Banco Central, que apurou a repercussão econômica e jurídica dos atos praticados na administração da empresa, circunstanciando a esfera de responsabilidade no tocante às pessoas integrantes da sociedade.

As razões de recurso especial, por seu turno, apontam extenso elenco de dispositivos que se reputam violados, particularmente os das Leis ns. 6.024/1976, 9.447/1997, 9.784/1999, 6.404/1976 e Decreto-Lei n. 2.321/1987. O objeto da irrisignação é invalidar o procedimento (inquérito) empreendido pelo Banco Central, e, de tal forma, desimpedir o acesso aos bens constringidos.

Todavia, as decisões aplicadas na presente lide estão fundadas na estrita verificação do conteúdo probatório coligido aos autos. Com efeito, é do pressuposto que as recorrentes eram responsáveis pelo controle e administração da pessoa jurídica objeto do procedimento de liquidação extrajudicial que decorre o processo administrativo que, dentre outras medidas, determinou a indisponibilidade de bens que ora se impugna. É, realmente, o que se pode constatar:

“(...) segundo consta na 25ª alteração contratual da Comercial Macedo de Veículos e Acessórios Ltda, a Guimac Participações Ltda, era sua sócia majoritária. Ressalte-se que, nada indica que as autoras só passaram a figurar como sócias-gerentes desta em 18 de janeiro de 2000, como alegam em sua inicial, fazendo-se necessária a análise do contrato social e de todas as suas alterações para poder chegar a essa conclusão.” (Decisão indeferitória de pedido de tutela antecipada, fl. 428)

“As autoras deveriam, para afastar tal presunção, demonstrar nos autos um mínimo de discordância entre tais sociedades apontadas como controladoras e que estiveram reiteradamente presentes na vida econômica da sociedade controladora da liquidanda. A Guimac Participações Ltda participou do controle da Comercial Macedo Veículos e Acessórios Ltda reiteradamente, em concerto com, pelo menos, a Maguife e a Helimaloy — também presentes nas mesmas deliberações —, e o contrário não foi provado pelas autoras, antes disso, trouxeram aos autos documentos que indicam tal controle.

Inafastável, portanto, a incidência do conseqüente normativo de indisponibilidade dos bens dos controladores da Guimac.

No que toca ao controle da Guimac em si, também não pode prosperar o argumento de que cada uma só detém 1/3 do capital, não se podendo



identificar quem é o controlador. Como já afirmado supra, em sociedades de pessoas, tais como a Guimac, o concerto de conduta já pode ser tido como inerente à sociedade, e o contrário não foi provado pelas autoras, que, até nos presentes autos, mostraram-se em conjunto. Também não lhes socorrem a alegação de que somente em 2000 vieram a efetivamente figurarem como sócias-gerentes da Guimac, vez que o dispositivo legal em tela (art. 2º da Lei n. 9.447/1997) não fala em administradores, mas em controladores indiretos, que é o caso. Observe-se, outrossim, que desde mar./1993 elas detêm, em conjunto, quase 100% do capital social, somente figurando seus genitores no quadro social para efeito de atuarem como sócios-gerentes.

Finalmente, no que toca à inexistência de qualquer ato por parte das autoras que tenham levado à liquidação da controlada, é de se constatar que, mesmo que ficasse nos autos provado cabalmente que não foi praticado qualquer ato pela Guimac nesse aspecto, ou que as autoras em nada se beneficiaram, tal causa de pedir não seria apta a justificar a desconstituição da indisponibilidade, ao menos não na forma pedida pelas autoras. E que, como já afirmado, a indisponibilidade em tela, nessa fase, é mera consequência do decreto de liquidação, em nada vinculado a algum ato imputável, sendo tal indagação irrelevante para o resultado do presente processo”.

O acórdão recorrido, às fls. 1.006/1.017, utiliza como referência os argumentos antes registrados na sentença.

Nesse panorama, é inarredável a aplicação do teor inscrito nas Súmulas ns. 5 e 7-STJ.

A propósito, em caso semelhante, pronunciou-se a Corte, declarando a impossibilidade de emprego do recurso especial para o debate que ora se busca, como se constata:

“Processual Civil. Recurso especial. Sobrestamento. Lei n. 9.756/1998. CPC, art. 542, § 3º. Resolução n. 1, de 12.03.1999. Inaplicabilidade. Cautelar. Instituição financeira. Liquidação extrajudicial. Ex-administradores. Indisponibilidade dos bens. Arresto. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam*. Existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Responsabilidade objetiva. CPC, art. 814, I. Lei n. 6.024/1974, art. 45, § 2º. Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

As modificações introduzidas pela Lei n. 9.756/1998 geram seus efeitos a partir de sua vigência, não abrangendo aqueles recursos interpostos anteriormente à edição do referido diploma legal. Inviável neste STJ o exame do relatório do Bacen que fundamentou o acórdão recorrido, conduzindo o Tribunal a

quo à conclusão da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* por isso que implicaria em *incursionar no terreno da prova, esbarrando no óbice da Súmula n. 7-STJ*.

Legitimidade ativa do Ministério Público estadual para intentar a medida cautelar do arresto. (Lei n. 6.024/1974)

O arresto objetiva resguardar o interesse público, evitando a dilapidação do patrimônio do recorrente apontado como envolvido em irregularidades na administração da instituição financeira, em inquérito conduzido pelo Banco Central.

A medida contestada, de caráter investigatório, não decretou a perda da propriedade, apenas restringiu a disponibilidade dos bens, impossibilitando o proprietário de aliená-los, podendo, contudo, usufruí-los.

A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é objetiva, ou seja, são responsáveis todos aqueles que solidariamente tenham participado da gestão em que se verificou o prejuízo.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 171.748-RO, DJ 28.06.2004, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, grifo não constante do original)

“Processual Civil. Cautelar. Instituição financeira. Liquidação extrajudicial. Ex-administradores. Indisponibilidade dos bens. Arresto. Existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Responsabilidade objetiva. CPC, art. 814, I. Lei n. 6.024/1974, art. 45, § 2º. Súmula n. 7-STJ.

Inviável neste STJ o exame do relatório do Bacen que fundamentou o acórdão recorrido, conduzindo o Tribunal a quo à conclusão da existência do fumus boni iuris e do periculum in mora por isso que implicaria em incursionar no terreno da prova, esbarrando no óbice da Súmula n. 7 STJ.

(...)

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 172.736-RO, DJ 22.09.2003, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, grifo não constante do original)

Ante todo o exposto, não conheço do presente recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Fernanda Macedo Pereira Guimarães e outras interpõem recurso especial visando seja reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo sumário ora transcrevo:



“Civil. Indisponibilidade de bens de sócios controladores.

Sentença que afastou em parte o ato administrativo para liberar os bens impenhoráveis e, em especial, os valores decorrentes da contraprestação do trabalho.

Apelação e remessa oficial conhecidas e desprovidas.”

O recurso especial arrima-se na alegativa de que afrontados o art. 36, § 2º, alínea **a**, da Lei n. 6.024/1974 c.c. o art. 2º da Lei n. 9.447/1997; os arts. 2º, 3º e 50, todos da Lei n. 9.784/1999; o art. 116 da Lei n. 6.404/1976 e, por fim, o art. 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.321/1987. A argumentação das recorrentes volta-se contra defendida ilegalidade de ato do Banco Central, concernente na indisponibilidade de seus bens em resposta à decretação da liquidação extrajudicial da HM Administradora de Consórcios S/C Ltda de que foram consideradas controladoras indiretas.

Argumentam, em síntese, não ter sido a medida aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, cuja manifestação seria obrigatória nos termos legais, e merecer cautela a indisponibilidade de bens de pessoas que não são administradores diretos e não participaram das decisões gerenciais que provocaram a insolvência.

O recurso foi distribuído ao ilustre Ministro José Delgado, a votar pela aplicabilidade das Súmulas ns. 5 e 7, na espécie, asserindo que “a verificação dos fatos que instruem o inquérito compreendido pelo Banco Central, no exercício do mister que dispõe a Lei n. 6.024/1974 é conduta que não se mostra realizável no âmbito do recurso especial, porquanto pressupõe o reexame dos elementos probatórios ínsitos à origem e ao cerne da controvérsia”.

Pedi vista dos autos, para melhor examinar o caso e, sendo estes os acontecimentos que acredito suficientes à compreensão da controvérsia, passo a votar.

Não há dúvida de que verificar a alegada inexistência de fato imputável às autoras, ora recorrentes, a ensejar a indisponibilidade de seus bens, enseja incursão ao mundo das provas e dos fatos, que não se coaduna com a natureza do recurso especial. Bem assim a constatação de terem eles gerido ou não, de alguma forma, a instituição em liquidação.

Também não cognoscível, pelo mesmo motivo, a matéria relativa à observância do princípio do devido processo legal no âmbito administrativo. Segundo delineou o acórdão ora recorrido, tal foi observado, tendo sido garantida a ampla defesa e o contraditório, de modo que somente por meio do vedado reexame fático-probatório é que se poderia chegar a conclusão diversa. O mesmo se diz, quanto à questão da proporcionalidade.

Nada obstante, creio ser admissível o recurso especial vertente, por cuidar de questão de direito, no tocante à sustentada ilegalidade do ato constritor, em face do que dispõe a Lei n. 6.024/1974.

Eis o seu art. 36, no que interessa:

“Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.

§ 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida:

a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial.

b) aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham a qualquer título adquirido de administradores da instituição, ou das pessoas referidas na alínea anterior desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei.

§ 3º (*omissis*)

§ 4º (*omissis*)”.

A irrisignação das recorrentes funda-se, à justa, no *caput* do § 2º transcrito, segundo o qual o Conselho Monetário Nacional deverá aprovar a extensão da indisponibilidade prevista naquele artigo para os chamados controladores indiretos. *In casu*, não foi submetida tal extensão ao Conselho Monetário Nacional, motivo porque argüida a nulidade do ato administrativo. São as recorrentes sócias da empresa Guimac — Participações Ltda e o Banco Central, ao considerá-las controladoras indiretas da HM Administradora de Consórcios Ltda S/A, cuja liquidação extrajudicial foi decretada, determinou a indisponibilidade de seus bens.



A *quaestio iuris*, neste particular, volve-se, portanto, à legalidade da atuação do Banco Central que, em razão da meridiana clareza do que dispõe o § 2º do art. 36 supramencionado, não se verificou. Não tem o Banco Central competência para estender aos controladores indiretos ato de indisponibilidade de bem, sem que haja aprovação do Conselho Monetário Nacional.

O acórdão recorrido, alicerçou-se no art. 2º da Lei n. 9.447/1997 que veio, em verdade, somente esclarecer aquilo que já constava da legislação anterior, nada alterando-lhe, mas apenas tecendo esclarecimentos, conforme se vê:

“Art. 2º O disposto na Lei n. 6.024, de 1974, e no Decreto-Lei n. 2.321, de 1987, no que se refere à indisponibilidade de bens, aplica-se, também, aos bens de pessoas, naturais ou jurídicas, que detenham o controle, direto ou indireto das instituições submetidas aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

§ 1º Objetivando assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores, o Banco Central do Brasil, por decisão de sua diretoria, poderá excluir da indisponibilidade os bens das pessoas jurídicas controladoras das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais.

§ 2º (*omissis*).

§ 3º (*omissis*)”.

Este § 1º ao estabelecer competência para que o Banco Central exclua indisponibilidade de bens de pessoas jurídicas controladoras das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais, por meio de sua diretoria, nada tem com o procedimento prévio de decretação de indisponibilidade de bens. Note-se que após tal ato, abre-se espaço ao contraditório e ampla defesa, por exemplo, sendo outro o procedimento evidenciado, podendo o Banco Central, aí sim, excluir da indisponibilidade determinados bens, levando em conta “a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores”.

Segundo bem realçou o voto-vencido, “confessadamente o Bacen restringiu a disponibilidade dos bens das autoras, sem a autorização do Conselho Monetário Nacional, o que compromete a higidez jurídica da medida, não se podendo lhe emprestar qualquer validade”.

Com efeito, em plena vigência § 2º do art. 36 da Lei n. 6.024/1974, o qual fora inobservado pelo Banco Central, peço vênia ao eminente Ministro-Relator para, conhecendo parcialmente do recurso especial, nesta parte dar-lhe provimento, para anular o ato que importou na indisponibilidade dos bens das recorrentes.

É o meu voto.

VOTO-VISTA

“Processual Civil e Administrativo. Ação anulatória. Liquidação extrajudicial de instituição financeira. Indisponibilidade dos bens dos sócios. Superveniente desbloqueio dos bens em decorrência do encerramento da liquidação com base no art. 19, **a**, da Lei n. 6.024/1974. Ausência de interesse processual. Perda do objeto. Ônus sucumbenciais.

1. Ação ordinária onde se pretende a anulação do Comunicado Bacen n. 8.318/2001 que determinou a indisponibilidade dos bens dos ex-administradores e das pessoas físicas controladoras, diretas e indiretas, que atuaram nos doze meses anteriores à data da decretação da liquidação extrajudicial da instituição financeira.

2. O inquérito administrativo pertinente, levado a efeito pelo Banco Central, foi enviado, em 04.12.2002, ao juízo de falências e concordatas, que, nos autos da ação de responsabilidade promovida pelo Ministério Público, disponibilizou os bens dos sócios, inclusive daqueles que ajuizaram a aludida ação anulatória, e, atendendo a pedido do *Parquet*, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por vislumbrar perda superveniente de interesse processual, decorrente do encerramento da liquidação extrajudicial, em 17.11.2004, que se deu com base no art. 19, **a**, da Lei n. 6.024/1974, *verbis*: ‘Art. 19. A liquidação extrajudicial cessará: a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa’.

3. Desta sorte, o encerramento da liquidação extrajudicial com o conseqüente desbloqueio dos bens dos sócios conduz à extinção da ação anulatória ajuizada pelos mesmos, por falta de interesse processual superveniente, tendo em vista o esvaziamento da pretensão dirigida à desconstituição do ato administrativo cujos efeitos cessaram.

4. Deveras, ausente a utilidade da ação ordinária, requisito que, juntamente com a necessidade da tutela, compõe o interesse de agir, impõe-se a extinção do processo sem análise do mérito.

5. Ônus sucumbenciais que incumbem aos sócios, autores da ação ordinária, uma vez que a liquidação extrajudicial encerrou-se em virtude de proposta de iniciativa dos mesmos.

6. Recurso especial não conhecido, acompanhando o eminente Ministro-Relator, por fundamento diverso, vez que prejudicado o apelo extremo, ante o reconhecimento da perda do objeto da ação.”



VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Fernanda Macedo Pereira Guimarães e Outras, com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação das ora recorrentes e à remessa oficial, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Civil. Indisponibilidade de bens de sócios controladores.

Sentença que afastou em parte o ato administrativo para liberar os bens impenhoráveis e, em especial, os valores decorrentes da contraprestação do trabalho.

Apelação e remessa oficial conhecidas e desprovidas.”

Noticiam os autos que as ora recorrentes ajuizaram ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, em desfavor do Banco Central do Brasil — Bacen, buscando a anulação de ato da aludida autarquia federal que, em sede de procedimento administrativo fiscalizatório, determinou a indisponibilidade dos bens dos ex-administradores e das pessoas físicas controladoras, diretas e indiretas, que atuaram nos doze meses anteriores à data do respectivo ato de liquidação, com base nos arts. 36, da Lei n. 6.024/1974, c.c. o art. 2º, da Lei n. 9.447/1997 e em decorrência da decretação da liquidação extrajudicial da empresa HM Administradora de Consórcios S/C Ltda, que se deu em 28 de março de 2001. Na oportunidade, asseveraram as autoras que, segundo o ato impugnado, vale dizer, o Comunicado Bacen n. 8.318/2001, figuravam com controladoras indiretas, por constarem dos registros do Banco Central do Brasil como integrantes do grupo de controle da Guimac Participações Ltda, e, através desta última, da Comercial Macedo Veículos e Acessórios Ltda, empresa controladora da HM Administradora de Consórcios S/C Ltda. Aduziram, contudo, consoante relata a decisão indeferitória do pedido de tutela antecipada (fls. 427/428), que: a) “somente com a Lei n. 9.447/1997, tornou-se aplicável o regime de indisponibilidade de bens aos controladores indiretos, pelo que ela não poderia retroagir para punir as autoras em relação a fatos ocorridos antes dessa lei”; b) “a indisponibilidade de bens dos controladores indiretos deve ser proposta pelo Banco Central e, posteriormente, aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, o que não ocorreu no caso em tela”; c) “as autoras não foram cientificadas de qualquer ato do procedimento fiscalizatório, não tendo sido a elas oportunizado o direito de defesa e o contraditório”; d) “o ato ora combatido não observou o princípio da motivação das decisões tomadas em procedimento administrativo, ferindo também o princípio da proporcionalidade, pois não há indícios de atos ilícitos praticados pelas requerentes,

nem de que estariam elas a dilapidar seu patrimônio de modo a frustrar eventual responsabilidade apurada”; d) “as autoras não são controladoras da empresa em liquidação, nem direta, tampouco indiretamente”; e) “as autoras só passaram a figurar na Guimac como sócias-gerentes em janeiro de 2000”; e f) “a indisponibilidade dos bens só pode ser decretada por autoridade judicial”.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado, desconstituindo em parte a indisponibilidade noticiada no Comunicado Bacen n. 8.318/2001, em relação aos bens inalienáveis ou impenhoráveis — nestes incluídos os valores comprovadamente recebidos como rendimentos de trabalho — pertencentes às autoras.

Em sede de agravo de instrumento interposto em face da decisão monocrática que indeferiu a tutela antecipada, o TRF da 4ª Região, nos termos do parecer do Ministério Público Federal, conheceu do recurso, dando-lhe parcial provimento, a fim de garantir o afastamento da medida acautelatória administrativa sobre os bens considerados por lei impenhoráveis, sujeitando as agravantes, ora recorrentes, onde couber, a provar a impossibilidade do ônus junto ao Banco Central do Brasil.

A apelação interposta em face da sentença restou desprovida, pela maioria dos votos dos integrantes da Terceira Turma do Tribunal de origem, nos termos da ementa anteriormente reproduzida.

Nas razões do especial, sustentam as recorrentes que o acórdão hostilizado negou vigência aos seguintes dispositivos legais: a) art. 36, § 2º, alínea **a**, da Lei n. 6.024/1974, c.c. o art. 2º, da Lei n. 9.447/1997, “ao dispensar prévia autorização do Conselho Monetário Nacional (e do órgão que o sucedeu nessas atribuições) para a decretação de indisponibilidade de bens dos supostos controladores da entidade em liquidação”; b) arts. 2º, *caput*, parágrafo único, incisos VI, VII, VIII, e X, 9º, inciso II, e 50, todos da Lei n. 9.784/1999, ‘ao desconsiderar as normas inscritas nesses dispositivos que versam sobre a proteção do jurisdicionado em processos administrativos’; c) arts. 116, da Lei n. 6.404/1976, e 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.321/1987, ‘ao desatender os requisitos legais de qualificação do acionista controlador’; e d) art. 2º, da Lei n. 9.447/1992, ‘por aplicá-lo a período anterior à sua vigência”.

Às fls. 1.060/1.069, consta recurso extraordinário interposto pelas ora recorrentes.

Apresentadas contra-razões às fls. 1.073/1.080, nas quais sustenta o Bacen que:

“Da não admissão do recurso

(...)



Cumpra, inicialmente, chamar a atenção para o fato de que a liquidação da empresa HM Administradora de Consórcios já se encontra encerrada (desde 17.11.2004), tendo sido, bem antes disso (em 04.12.2002), enviado pelo Bacen à 1ª Vara de Falências e Concordatas de Curitiba o inquérito a que faz menção a Lei n. 6.024/1974, nos seus arts. 41 a 45.

Logo, uma vez já tendo sido remetidos os autos do inquérito à Justiça Comum, cessa a competência do Banco Central para promover o levantamento da indisponibilidade de bens, conforme firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, tendo cessado a atribuição do Bacen para decidir sobre a indisponibilidade de bens (que passou ao Juízo para o qual o inquérito foi remetido), a presente ação perdeu seu objeto, não havendo como se admitir o seu prosseguimento.

(...)

No caso sob exame, contudo, não pretendem as recorrentes outra coisa senão rediscutir o mérito da decisão de 1º grau (confirmada, em sede de apelação, pelo TRF da 4ª Região). Por trás das alegações de ocorrência de ‘vícios que contaminam o ato administrativo e o procedimento que o antecedeu’, ou, ainda, da alegação de que as recorrentes não eram, na realidade, controladoras indiretas da empresa de consórcios, há, inequivocadamente, uma demanda de reapreciação do exame feito pelas instâncias jurisdicionais inferiores a partir da prova dos autos. Não se está diante de controvérsia acerca do alcance interpretativo ou âmbito de aplicação de normas federais, mas, sim, de indubitado pleito de reexame de matéria fática.

(...)

Do não provimento do recurso

(...)

Como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça em situações análogas ao presente caso, a medida de indisponibilidade é efeito legítimo do ato administrativo do Bacen que decreta a liquidação extrajudicial, tendo por objetivo resguardar o interesse público, evitando que seja dilapidado o patrimônio de envolvidos em irregularidades e permitindo a apuração da responsabilidade dos ex-administradores da instituição financeira (que, nesses casos, cumpre lembrar, é objetiva, ou seja, abrange todos aqueles que tenham participado, direta ou indiretamente, da gestão em que se verificou o prejuízo):

(...)

Ademais, nas hipóteses em que, como no caso dos autos, o inquérito já foi remetido, nos termos do art. 45, da Lei n. 6.024/1974, à Justiça, a indisponibilidade dos bens deve persistir até a apuração final.

(...)

No que tange, especificamente, à aplicação do art. 2º, da Lei n. 9.447 ao caso dos autos, cumpre assinalar que este diploma entrou em vigor no ano de 1997, ao passo que a liquidação extrajudicial da HM Administradora de Consórcios somente veio a ser decretada em 2001, não havendo, assim, como se falar em aplicação retroativa.

De outro turno, conforme assentado pelos Juízos de 1º e 2º graus, não se infere, do teor do dispositivo em questão, a necessidade de que a indisponibilidade nele prevista necessite de aprovação pelo Conselho Monetário Nacional.

(...).”

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância ordinária, o que não sucedeu com o recurso extraordinário, não tendo sido interposto agravo de instrumento para viabilizar o processamento do mesmo.

O Bacen, por intermédio da petição de fls. 1.096/1.102, reiterou sua ilegitimidade passiva, bem como a perda do objeto da ação, acostando parecer da Procuradoria Geral da Coordenação Geral de Processos nos Tribunais Superiores, no qual se noticia que:

a) a liquidação extrajudicial da HM Administradora de Consórcios S/A restou encerrada em 17.11.2004, “tendo sido enviado pelo Bacen em 04.12.2002, à 1ª Vara de Falências e Concordatas de Curitiba o inquérito a que faz menção a Lei n. 6.024/1974, arts. 41 a 45”;

b) “a MMª. Juíza de Curitiba, nos autos da ação de responsabilidade de que trata a Lei n. 6.024/1974, promovida pelo Ministério Público, com base no inquérito remetido por esta autarquia, disponibilizou os bens dos sócios da HM Administradora de Consórcios S/A, inclusive daqueles que ajuizaram a ação anulatória contra o Banco Central, e, atendendo a pedido do *Parquet*, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por vislumbrar perda superveniente de interesse processual, decorrente do encerramento da liquidação extrajudicial, que se deu com base no art. 19, **a**, da Lei n. 6.024/1974”;

c) “o Banco Central não detém mais competência para levantar a indisponibilidade dos bens — objeto da presente ação —, que, no caso em



tela, já se encontra inclusive levantada. Tal fato acarreta a superveniente ilegitimidade passiva da autarquia, e, atraindo, como consequência, também a perda do objeto da presente demanda, (...)”; e

d) “o Presidente do Banco Central do Brasil, Sr. Henrique de Campos Meirelles, por meio do Ato-Prese n. 1.084, de 17 de novembro de 2004, ao declarar cessada a liquidação extrajudicial da HM Administradora de Consórcios S/A, com base no art. 19, **a**, da Lei n. 6.024/1974, motivou ato na ‘aprovação, por esta autarquia, de proposta apresentada pelos controladores da instituição’”.

O eminente Relator, Ministro José Delgado, não conheceu do recurso especial, por considerar que “o desate da questão litigiosa, tal como ora apresentada, conduz necessariamente ao exame do conteúdo probatório e dos instrumentos contratuais que regulam a pessoa jurídica em liquidação extrajudicial, desiderato que encontra óbice intransponível no teor estabelecido nos Verbetes ns. 5 e 7, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça”. Asseverou ainda que “a verificação dos fatos que instruem o inquérito empreendido pelo Banco Central, no exercício do mister que dispõe a Lei n. 6.024/1974, é conduta que não se mostra realizável no âmbito do recurso especial, porquanto pressupõe o reexame dos elementos probatórios ínsitos à origem e ao cerne da controvérsia”.

Em voto-vista, o eminente Ministro Francisco Falcão, inaugurando divergência, conheceu parcialmente do recurso especial, no que pertine à apontada ilegalidade do ato constritor ante o teor do art. 36, § 2º, da Lei n. 6.024/1974, dando-lhe provimento, para anular o ato que importou na indisponibilidade dos bens das recorrentes. Segundo o ilustre Ministro, “não tem o Banco Central competência para estender aos controladores indiretos ato de indisponibilidade de bem, sem que haja aprovação do Conselho Monetário Nacional”.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia em debate.

À fl. 1.110, o eminente Ministro-Relator acolheu sugestão de que fossem intimados os recorrentes acerca da manutenção de seu interesse recursal, tendo em vista a disponibilização dos bens, bem como o encerramento da liquidação extrajudicial dantes decretada, noticiados às fls. 1.096/1.102 pelo Banco Central.

Os recorrentes, à fl. 1.114, anuíram com a perda de objeto alegada pelo Bacen, pleiteando a inversão dos ônus de sucumbência ou a anulação da condenação dos recorrentes na aludida verba.

Deveras, restou incontroverso que o inquérito administrativo pertinente, levado a efeito pelo Banco Central, foi enviado, em 04.12.2002, ao juízo de

falências e concordatas, que, nos autos da ação de responsabilidade promovida pelo Ministério Público, disponibilizou os bens dos sócios, inclusive daqueles que ajuizaram a aludida ação anulatória, e, atendendo a pedido do *Parquet*, extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por vislumbrar perda superveniente de interesse processual, decorrente do encerramento da liquidação extrajudicial, em 17.11.2004, que se deu com base no art. 19, **a**, da Lei n. 6.024/1974, *verbis*:

“Art. 19. A liquidação extrajudicial cessará: a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgadas a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa”.

Desta sorte, o encerramento da liquidação extrajudicial com o conseqüente desbloqueio dos bens dos sócios conduz à extinção da ação anulatória ajuizada pelos mesmos, por falta de interesse processual superveniente, tendo em vista o esvaziamento da pretensão dirigida à desconstituição do ato administrativo cujos efeitos cessaram.

Assim, ausente a utilidade da ação ordinária, requisito que, juntamente com a necessidade da tutela, compõe o interesse de agir, impõe-se a extinção do processo sem análise do mérito.

Os ônus sucumbenciais incumbem aos sócios, autores da ação ordinária, uma vez que a liquidação extrajudicial encerrou-se em virtude de proposta de iniciativa dos mesmos.

Com essas considerações, acompanho o eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial, por fundamento diverso, porquanto prejudicado o apelo extremo, ante o reconhecimento da perda do objeto da ação.

RECURSO ESPECIAL N. 766.796-RJ (2005/0116839-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Deborah da Silva Simonetti Abreu e outros

Recorrido: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial — Senai
Departamento Nacional

Advogados: Maria de Lourdes Franco de Alencar Sampaio e outros



EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial Senai. Serviço Social Autônomo. Entidade sem fins lucrativos. Contribuição social ao Incra. Funrural. Isenção. Lei n. 2.613/1955.

1. Os “Serviços Sociais Autônomos”, gênero do qual é espécie o Senai, são entidades de educação e assistência social, sem fins lucrativos, não integrantes da Administração direta ou indireta, e que, assim, não podem ser equiparados à entidades empresariais para fins fiscais.

2. A Lei n. 2.613/1955, que autorizou a União a criar a entidade autárquica denominada Serviço Social Rural — S. S. R., em seu art. 12, concedeu à mesma isenção fiscal, ao assim dispor: “Art. 12. Os serviços e bens do S. S. R. gozam de ampla isenção fiscal como se fossem da própria União”.

3. Por força do inserto no art. 13 do mencionado diploma legal, o benefício isentivo fiscal, de que trata seu art. 12, foi estendido, expressamente, ao Senai, bem como aos demais serviços sociais autônomos da indústria e comércio (Sesi, Sesc e Senac), porquanto restou consignado no mesmo, *in verbis*:

“Art. 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (Sesi), ao Serviço Social do Comércio (Sesc), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac).”

4. É cediço na Corte que “o Sesi, por não ser empresa, mas entidade de educação e assistência social sem fim lucrativo, e por ser beneficiário da isenção prevista na Lei n. 2.613/1955, não está obrigado ao recolhimento da contribuição para o Funrural e o Incra”, exegese esta que, por óbvio, há de ser estendida ao Senai. (Precedentes: REsp n. 220.625-SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 20.06.2005; REsp n. 363.175-PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ 21.06.2004; REsp n. 361.472-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 26.05.2003; AgRg no Ag n. 355.012-PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.08.2002; e AgRg no Ag n. 342.735-PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 11.06.2001)

5. Recurso especial desprovido.

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 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, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Assistiu ao julgamento a Dr^a. Christina Aires Corrêa Lima pela parte recorrida: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial Senai Departamento Nacional.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **c** da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Federal da 2^a Região, sob o fundamento de o mesmo estar assentado em entendimento jurisprudencial dissonante do esposado em aresto desta Corte Superior, no qual restou consignado que “a empresa urbana também está obrigada a contribuir para o Funrural.”

Cuida-se originariamente de ação ordinária ajuizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial — Senai, em desfavor do ora recorrente, objetivando a anulação de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD que, segundo sustentou, lhe havia incluído, equivocadamente, entre os contribuintes obrigatórios das contribuições sociais ao Incra e ao Funrural. Em sua exordial, alegou o Senai, em apertada síntese, ser entidade de direito privado, criada pelo Decreto-Lei n. 4.048/1942, dotada de ampla isenção fiscal que lhe fora concedida pela Lei n. 2.613/1955, razão pela qual descabida seria a pretensão do INSS de exigir-lhe as referidas contribuições.

O juízo federal de 1^o grau julgou procedente o pedido formulado pela entidade autora, para declarar a nulidade da NFLD n. 47.459/1980, condenando o INSS ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Inconformado, o INSS manejou recurso de apelação, alegando serem as aludidas Contribuições Sociais para o Incra e para a previdência rural (Funrural) devidas pelo Senai, visto que ao mesmo não poderia ser concedida a isenção



prevista na Lei n. 2.613/1955, como se o mesmo fosse a União Federal, uma que esta participa diretamente do custeio do Funrural e do Incra, através de dotações orçamentárias.

Considerando estar o apelo interposto em confronto com a jurisprudência dominante do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que teria se firmado no sentido de que “descabe a equiparação do Senai a empresa, não estando, portanto, compelido a recolher as contribuições previdenciárias relativas ao Funrural e ao Incra”, o ilustre Desembargador Relator do feito naquela Corte, monocraticamente, negou-lhe seguimento, nos termos do art. 557 do CPC.

Em seguida, a Segunda Turma do TRF da 2ª Região, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao agravo regimental interposto pelo INSS em face da r. decisão monocrática proferida, em aresto que restou assim ementado:

“Agravo inominado. Senai está contemplado pela isenção da contribuição social do Incra e do Funrural, seja pela Lei n. 2.613 de 1955, seja pelo fato de ser a mesma uma entidade genuinamente de assistência social.

1. Trata-se de Agravo Inominado interposto pelo INSS (Réu) contra Decisão desta Relatoria que considerou ilegítima a cobrança das contribuições sociais para o Funrural e para o Incra, por não ser o Senai empresa, estabelecimento comercial.

2. O Senai, irmão gêmeo do Sesi, configura-se em uma entidade genuína de Assistência Social, não lhe sendo lícito exigir o pagamento das contribuições sociais para o Funrural e para o Incra.

3. Do enunciado da Lei n. 2.613, de 1955, resulta, em decorrência da equiparação do Senai — irmão gêmeo do Sesi — a União Federal, que onde houver exclusão desta, haverá semelhante privilégio para aquele, desobrigando-o, no caso concreto, de contribuir para o Incra. Quanto à contribuição para o Funrural, não sendo o Senai uma empresa ou entidade dedicada à atividade rural, não é lícita sua exigência.

4. Agravo Inominado improvido.”

Ainda irresignado, o INSS interpôs o recurso especial que ora se apresenta, objetivando o reexame e a reforma do acórdão recorrido, sob o fundamento de que o mesmo encontra-se assentado em entendimento jurisprudencial dissonante do esposado por aresto deste Superior Tribunal de Justiça, tomado como paradigma, no qual restou consignado que “a empresa urbana também está obrigada a contribuir para o Funrural.”

O Senai, ora recorrido, apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, pugnando, preliminarmente, pela inadmissão deste em face do não atendimento do estabelecido no art. 255, § 2º do RISTJ, por entender ausente na espécie a necessária similitude fática entre os arestos confrontados. No mérito, aduziu estar a jurisprudência deste Sodalício em perfeita consonância com o entendimento exarado pelo v. acórdão impugnado, colacionando, para tanto, precedentes desta Corte, nos quais, ao se julgar casos análogos ao que se afigura, porém relativos ao Sesi, restou consignado, por exemplo, que “os serviços sociais autônomos são considerados entidades de assistência social, destinadas a propiciar bem-estar ao grupo de pessoas vinculadas às empresas patrocinadoras” e, que a isenção aos mesmos conferida “abrange tanto os impostos quanto as contribuições recolhidas para terceiros”, concluindo, ao final, que “acertado o v. acórdão recorrido, dessarte, ao afastar a exigência das contribuições ao Pro-rural, ao Inkra e ao Salário-Educação.” (REsp n. 361.472-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 26.05.2003)

Na origem, o especial interposto recebeu crivo positivo de admissibilidade, chegando assim a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Configurada a existência do dissídio pretoriano alegado e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, revela-se merecedor de conhecimento o presente recurso especial.

No mérito, todavia, tenho que não merecem acolhida as pretensões do recorrente, devendo permanecer íntegro o v. acórdão ora hostilizado.

Cinge-se a presente controvérsia a determinar se o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial — Senai, ora recorrido, é sujeito passivo das contribuições sociais para o Inkra e para o Funrural.

Como de sabença, os “Serviços Sociais Autônomos”, gênero do qual é espécie o Senai, são entidades de educação e assistência social, sem fins lucrativos, não integrantes da Administração direta ou indireta, e que, assim, não podem ser equiparados a entidades empresariais para fins fiscais. Acerca da natureza jurídica destas entidades, denominadas pela doutrina como paraestatais, preciosa é a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles:

“Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou



ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para-fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (Senai, Senac, Sesc, Sesi), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras.

Essas instituições, embora oficializadas pelo Estado, não integram a administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições para-fiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.” (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 24^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 336/337)

É certo que os serviços sociais autônomos, em princípio, não gozam de privilégios administrativos, processuais ou mesmo fiscais, à exceção daqueles que a lei especial expressamente lhes concedam. Ocorre, porém, que o Senai, ora recorrido, em face do disposto nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/1955 é beneficiário de “privilégio” natureza fiscal determinante para a solução da questão que encerra a presente demanda.

A Lei n. 2.613/1955, que autorizou a União a criar a entidade autárquica denominada Serviço Social Rural — SSR, em seu art. 12, concedeu à mesma isenção fiscal, ao assim dispor:

“Art. 12. Os serviços e bens do SSR gozam de ampla isenção fiscal como se fossem da própria União.”

Por força do inserto no art. 13 do mencionado diploma legal, o benefício isentivo fiscal, de que trata seu art. 12, foi estendido, expressamente, ao Senai, bem como aos demais serviços sociais autônomos da indústria e comércio (Sesi, Sesc e Senac), porquanto restou consignado no mesmo, *in verbis*:

“Art. 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (Sesi), ao Serviço Social do Comércio (Sesc), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac).”

Assim, não prospera a pretensão do INSS em ver reconhecido o Senai como sujeito passivo das contribuições sociais ao Inbra e ao Funrural, por não ser empresa, mas entidade de educação e assistência social sem fim lucrativo, e por ser beneficiário da isenção prevista na Lei n. 2.613/1955.

Entendimento este, inclusive, já sedimentado nesta Corte Superior no que se refere ao Sesi, consoante se colhe dos precedentes de ambas as Turmas julgadoras integrantes da Primeira Seção deste Sodalício, e que, por óbvio, há de ser estendido ao Senai. À guisa de exemplo, faz-se oportuno colacionar os seguintes arestos:

“Embargos à execução fiscal. Recurso especial. Serviço Social da Indústria — Sesi. Entidade sem fins lucrativos. Contribuição ao Inbra e Funrural e Salário-Educação. Inadmissibilidade.

1. O Sesi, como entidade de educação e assistência sem fins lucrativos, não responde pelo recolhimento de contribuições ao Inbra, Funrural e Salário-Educação. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 220.625-SC, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 20.06.2005)

“Tributário. Contribuição para o Funrural e o Inbra. Sesi.

1. O Sesi, por não ser empresa, mas entidade de educação e assistência social sem fim lucrativo, e por ser beneficiário da isenção prevista na Lei n. 2.613/1955, não está obrigado ao recolhimento da contribuição para o Funrural e o Inbra.

3. Recurso especial improvido.” (REsp n. 363.175-PR, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 21.06.2004)

“Recurso especial do INSS. Alíneas **a** e **c**. Embargos à execução fiscal. Serviço social autônomo. Contribuição para o Pro-rural, Salário-Educação e Inbra. Isenção. Decreto-Lei n. 9.403/1946, art. 5º e Lei n. 2.613/1955, art. 13. Exigência da contribuição para o Seguro Acidente do Trabalho (SAT) determinada pelo acórdão recorrido. Ausência de recurso do Sesi. Divergência jurisprudencial não configurada.

A Lei n. 2.613/1955, na mesma linha do disposto no art. 5º do Decreto-Lei n. 9.403/1946, conferiu ampla isenção fiscal ao Serviço Social da Indústria (Sesi) como se fosse a própria União.

Os serviços sociais autônomos são considerados entidades de assistência social, destinadas a propiciar bem-estar ao grupo de pessoas vinculadas às empresas patrocinadoras.



A isenção abrange tanto os impostos quanto as contribuições recolhidas para terceiros. Acertado o v. acórdão recorrido, dessarte, ao afastar a exigência das contribuições ao Pro-rural, ao Incra e ao Salário-Educação.

No que se refere à contribuição para o Seguro Acidente do Trabalho, considerada devida pela Corte de origem, é defeso a este Sodalício apreciar a questão, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*. O Sesi, embora sucumbente, não se insurgiu quanto à sua cobrança, o que denota o seu conformismo com o pagamento do débito remanescente.

Precedentes: REsp n. 301.486-PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 17.09.2001; AgRg no Ag n. 355.012-PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.08.2002 e AgRg no Ag n. 342.735-PR, Relator Ministro José Delgado, DJ 11.06.2001). Incidência da Súmula n. 83-STJ.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 361.472-SC, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 26.05.2003)

“Agravo regimental. Contribuições para o Incra e Funrural. Sesi. Isenção. Precedentes.

As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, em julgamentos recentes e unânimes, têm entendido que o Sesi, por ser uma entidade sem fins lucrativos, não está obrigado ao recolhimento de contribuições para o Funrural e Incra.

O Relator negará seguimento a recurso que esteja em desacordo com a jurisprudência do STJ.

Precedentes.” (AgRg no Ag n. 355.012-PR, Primeira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 12.08.2002)

“Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento para fazer subir recurso especial. Contribuições para o Incra e Funrural. Sesi. Isenção. Precedentes.

1. Agravo Regimental contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo agravante.

2. Acórdão *a quo* que entendeu ser inadmissível o reconhecimento de contribuição ao Incra e ao Funrural pelo Sesi tanto porque não é empresa, mas entidade de educação e assistência social, sem fins lucrativos, como em razão de não estar vinculado ao meio rural.

3. Da exegese da Lei n. 2.613 de 1955 decorre que sendo o Sesi equiparado à União Federal, está este isento do recolhimento da contribuição para o Incra.

4. Da constatação de que o Sesi não é uma empresa ou entidade dedicada à atividade rural e de iterativa manifestação jurisprudencial decorre a impossibilidade de exigir-se a contribuição para o Funrural. Precedentes.

5. Os julgados que aponta o agravante não se coadunam com a matéria discutida, por tratar de contribuição relativa ao Senai.

6. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 342.735-PR, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 11.06.2001)

Ex positis, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 793.201-SC (2005/0173627-6)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Santa Catarina

Advogados: Cynthia da Rosa Melim e outros

Recorridos: Farah Gomes e Silva Advogados Associados, Sociedade Simples S/C e outros

Advogados: Rycharde Farah e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Natureza jurídica da contribuição devida à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Reexame de questão decidida com base em fundamentos constitucionais (CF/1988, arts. 149 e 150, I). Impossibilidade. Competência recursal do STF (CF/1988, art. 102, III, **a**). Dissídio pretoriano. Ausência de similitude fático-jurídica. Inadmissibilidade. Resolução n. 8/2000 do Conselho Seccional de Santa Catarina (OAB-SC). Instituição/Cobrança de anuidade das sociedades civis de advogados. Obrigação não-prevista em lei. Inexigibilidade. Princípio da legalidade. Suposta ofensa aos arts. 535, II, do CPC, e 15, 46, e 58, IX, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Não-ocorrência. Registro e inscrição. Distinção legal e efeitos. Doutrina. Precedentes.

1. Não se conhece da suposta violação dos arts. 44, da Lei n. 8.906/1994, e 3ª do CTN, tampouco da divergência jurisprudencial



argüida nesse ponto, porque a natureza jurídica tributária da anuidade devida à OAB foi definida, essencialmente, com base em fundamentos constitucionais (CF/1988, arts. 149 e 150, I), cujo reexame insere-se na competência constitucionalmente outorgada ao STF. (CF/1988, art. 102, III, **a**)

2. A falta de similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados inviabiliza o conhecimento da divergência jurisprudencial, pois não atende aos requisitos legais. (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, art. 255)

3. Não viola o art. 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.

4. A questão controvertida consiste em saber se o Conselho Seccional da OAB-SC poderia, à luz da Lei n. 8.906/1994, editar resolução para instituir/majorar a cobrança de anuidade das sociedades civis de advogados.

5. O princípio da legalidade (CF/1988, art. 5º, II) consubstancia garantia imanente ao Estado Democrático de Direito, e assegura que somente a lei, editada pelos órgãos legislativos competentes de acordo com o processo legislativo constitucional, pode criar direitos e obrigações.

6. O registro das sociedades civis de advocacia não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários. A inscrição qualifica o advogado e o estagiário ao exercício da advocacia (Lei n. 8.906/1994, arts. 3º, 8º e 9º); o registro apenas confere personalidade jurídica às sociedades civis de advogados (Lei n. 8.906/1994, art. 15, § 1º), não lhes atribuindo legitimidade para, por si sós, desempenharem atividades privativas de advogados e estagiários regularmente inscritos. (Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, art. 42)

7. A Lei n. 8.906/1994 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). Essa conclusão decorre da interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Advocacia e da OAB, pois quando o legislador fez uso do substantivo inscrição ou do adjetivo inscrito(s), referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) advogado e/ou estagiário, e não à sociedade civil (pessoa jurídica).

8. O princípio da autonomia da personalidade jurídica não autoriza a extensão, às sociedades civis, de obrigação (pagamento de anuidade) que a lei impôs somente aos inscritos.

9. A competência privativa dos Conselhos Seccionais da OAB, seja para editar o regimento interno e suas resoluções, seja para fixar e receber contribuições obrigatórias, preços de serviços e multas (Lei n. 8.906/1994, art. 58, I e IX), não é ilimitada nem deve ser interpretada literalmente, porquanto esses órgãos estão subordinados à lei e não possuem poderes legislativos, ou seja, não podem criar normatividade que inove a ordem jurídica.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 3 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seccional de Santa Catarina (OAB-SC), com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região sintetizado na seguinte ementa (fl. 260):

“Tributário. Ordem dos Advogados do Brasil. Lei n. 8.906/1994. Anuidades. Natureza jurídica. Sociedades de advogados. Exigência indevida.

1. A natureza jurídica das anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais, incluída nestes a OAB, é de contribuição de interesse das categorias profissionais, hipótese do art. 149 da Constituição Federal, estabelecidas em lei.



2. Consoante o disposto na Lei n. 8.906/1994, a entidade somente pode cobrar a anuidade dos seus inscritos. Não incluem-se nesta categoria as sociedades de advogados, uma vez que a lei afirma tão-somente a necessidade do registro dos atos constitutivos dessas na Seccional, diferentemente dos advogados e estagiários, de quem expressamente é exigida a inscrição. Incabida a exigência imposta em Resolução que extrapole os limites legalmente impostos, sob afronta ao princípio da legalidade. Precedentes desta Corte.”

Os embargos declaratórios opostos foram acolhidos apenas para efeitos de prequestionamento (fl. 270):

“Embargos de declaração. Anuidades devidas à OAB. Natureza jurídica. Omissão inexistente. Prequestionamento.

1. Inexistente omissão ou obscuridade no acórdão, haja vista que a questão foi adequadamente enfrentada, embora a solução da controvérsia tenha merecido tratamento jurídico diverso daquele preconizado pelo embargante.

2. Incabível a reapreciação da lide em sede de embargos de declaração, sendo admitida a sua análise, com caráter infringente, tão-somente em situações excepcionais, o que não é o caso dos autos.

3. Tendo em vista o disposto nas Súmulas ns. 282 e 356-STF, para efeito de prequestionamento, embargos acolhidos em parte.”

A recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial (REsp n. 442.796-SE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 16.12.2002; REsp n. 497.871-SC, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 02.06.2003; REsp n. 25.521-PA, Segunda Turma, Relator Ministro Hélio Mosimann, DJ 29.11.1993), violação dos arts. 535, II, do Código de Processo Civil, 15, 44, 46 e 58, IX, da Lei n. 8.906/1994, e 3º do Código Tributário Nacional (CTN).

Sustenta, em resumo, que: a) o acórdão regional é nulo por negativa de prestação jurisdicional; b) a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) não constitui autarquia com personalidade jurídica de direito público, mas serviço público federal independente, de caráter *sui generis*, submetida a regime jurídico especial e próprio; c) a anuidade não se subsume a qualquer das espécies tributárias previstas no ordenamento jurídico; d) é legal a cobrança de anuidade das sociedades de advogados, conforme prevê a Resolução n. 8/2000, porque o termo inscritos, previsto no art. 46 da Lei n. 8.906/1994, não se refere apenas aos advogados e estagiários, mas alcança, também, as sociedades civis registradas nos Conselhos Seccionais da OAB.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, para que seja anulado ou reformado o acórdão recorrido, reconhecendo-se a legalidade da imposição, pela OAB-SC, de anuidade às sociedades de advogados. (Fl. 297)

Em sede de contra-razões (fls. 349/370), as recorridas defendem o não-conhecimento do recurso especial, em razão da incidência da Súmula n. 283-STF, da ausência do confronto analítico do dissídio e da natureza eminentemente constitucional da controvérsia. No mérito, pedem o seu desprovimento, defendendo a tese de que a anuidade cobrada, pela recorrente, das sociedades de advogados é ilegal e inconstitucional.

Admitido o recurso na origem (fl. 411), subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): As recorridas, sociedades civis de advogados, ajuizaram ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com pedido de repetição de indébito, sob rito ordinário, em face da OAB-SC, pleiteando, em síntese, o reconhecimento da ilegalidade/inconstitucionalidade da Resolução n. 8/2000 — que instituiu a obrigatoriedade do pagamento de anuidade por todas as sociedades civis registradas no Conselho Seccional da OAB-SC —, bem como a repetição dos valores pagos indevidamente.

A r. sentença (fls. 88/91), confirmando a antecipação de tutela, julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que as anuidades cobradas pelos conselhos de fiscalização profissional têm natureza tributária (contribuições sociais de interesse das categorias profissionais), de modo que somente podem ser instituídas/majoradas por lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade tributária. (CF/1988, arts. 149 e 150, I)

O TRF da 4^a Região, por sua vez, negou provimento ao recurso de apelação da OAB-SC, mantendo, destarte, a r. sentença com base nos seguintes fundamentos (fls. 256/258): I - a anuidade paga à OAB tem natureza tributária, sujeitando-se, portanto, ao regime jurídico-tributário constitucional; II - a Lei n. 8.906/1994 não prevê a cobrança de anuidade das sociedades civis de advogados, mas tão-somente dos inscritos (advogados e estagiários), razão pela qual a Resolução n. 8/2000 do Conselho Seccional da OAB-SC, ao instituir/majorar a cobrança das pessoas jurídicas, extrapolou os limites legais.

Significa dizer, portanto, que o aresto regional examinou a lide tanto do ponto de vista constitucional quanto do infraconstitucional, reconhecendo a inconstitucionalidade/ilegalidade da Resolução n. 8/2000 do Conselho Seccional da OAB-SC.



Nessa perspectiva, não se conhece da suposta violação dos arts. 44, da Lei n. 8.906/1994, e 3º do CTN, tampouco da divergência jurisprudencial argüida (REsp n. 497.871-SC, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 02.06.2003, fls. 306/311), porquanto a natureza jurídica tributária da anuidade devida à OAB foi definida, essencialmente, com base em fundamentos constitucionais (CF/1988, arts. 149 e 150, I). Portanto, considerando a estrita competência atribuída a esta Corte (CF/1988, art. 105, III), é inviável infirmar essa fundamentação de ordem constitucional em sede de recurso especial.

Endossando essa orientação, confirmam-se os seguinte julgados:

“Agravo regimental. Matéria de cunho constitucional examinada no Tribunal *a quo*. Impossibilidade de apreciação do apelo especial. Negativa de vigência ao art. 535 do CPC. Inocorrência.

1. Recurso Especial interposto contra acórdão que apreciou ação mandamental visando o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 22, IV da Lei n. 8.212/1991, com redação da Lei n. 9.876/1999 e liberação do recolhimento da contribuição de 15% sobre a nota fiscal ou fatura, referente a serviços prestados por cooperados por meio de cooperativas de trabalho.

2. Aresto a ser revisto na via especial que tem como fundamento de apoio à sua convicção a aplicabilidade do art. 195, I, **a**, da CF/1988. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada basilar-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminentemente constitucional.

3. O julgador não está obrigado a enfrentar todas as teses jurídicas deduzidas pelas partes, sendo suficiente que preste fundamentadamente a tutela jurisdicional. *In casu*, não obstante em sentido contrário ao pretendido pelo agravante, constata-se que a lide foi regularmente apreciada pela Corte de origem, o que afasta a alegada violação da norma inserta no art. 535 do CPC.

4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 690.890-RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.05.2005)

“Processual Civil. Tributário. PIS. Medida Provisória n. 1.212/1995. Lei n. 9.715/1998. Princípio da anterioridade. Falta de indicação dos dispositivos violados. Súmula n. 284-STF. Questão decidida sob o enfoque constitucional. Art. 102 da Constituição Federal.

1. Mostram-se insuficientes as razões do recurso especial, devendo ser aplicada a Súmula n. 284-STF quando o recorrente não indica os artigos de lei federal que entende violados.

2. Ademais, o aresto recorrido decidiu a questão sob o enfoque exclusivamente constitucional. É remansosa a jurisprudência desta Corte no tocante à inadequação do recurso especial quando o aresto atacado é baseado eminentemente em fundamentos de ordem constitucional, pois viola a competência atribuída pela Constituição Federal à Suprema Corte.

3. Recurso especial não conhecido.” (AgRg no REsp n. 669.578-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 04.04.2005)

O enquadramento tributário da anuidade, do ponto de vista constitucional, será objeto de reexame pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário de fls. 318/342, onde a OAB-SC argüiu a violação dos arts. 93, IX, 149 e 150, I, da Constituição Federal, porque a anuidade não teria natureza tributária (contribuição corporativa) e não se submeteria, por isso, ao princípio da legalidade estrita.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade (tempestividade, cabimento, interesse, legitimidade, preparo, prequestionamento, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer), impõe-se o conhecimento do recurso especial quanto à mencionada contrariedade aos arts. 535, II, do CPC, 15, 46 e 58, IX, da Lei n. 8.906/1994.

O óbice processual suscitado pelas recorridas para impedir o juízo positivo de admissibilidade (Súmula n. 283-STF — fls. 351/353) não convence, por duas razões: 1. a recorrente suscitou a legalidade da Resolução n. 8/2000 do Conselho Seccional da OAB-SC com suporte nos arts. 15, 46 e 58, IX, da Lei n. 8.906/1994, argumentando que o termo inscritos, previsto no Estatuto da Advocacia e da OAB, abrange as sociedades civis de advogados para fins de cobrança de anuidade; 2. o TRF da 4ª Região concluiu — por meio de interpretação sistemática — que os escritórios de advocacia, porque não-incluídos no conceito de inscritos, não estariam submetidos à obrigação. Destarte, a não-impugnação dos arts. 8º, 10 e 14, da Lei n. 8.906/1994, é irrelevante, porquanto esses dispositivos são insuficientes, por si sós, para manter o acórdão recorrido, o que afasta, de plano, a orientação consolidada na Súmula n. 283-STF.

A nulidade do aresto regional por negativa de prestação jurisdicional não procede, pois não resta configurada a ofensa ao art. 535, II, do CPC. De fato, o TRF da 4ª Região, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pelas partes, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida.

O reconhecimento da violação do art. 535, II, do CPC, nesta Corte, pressupõe, necessariamente, o concurso de três requisitos: 1. A concreta existência



de omissão no acórdão embargado; 2. O não-suprimento do vício pelo Tribunal, ainda que provocado; 3. Alegação, pelo recorrente especial, da contrariedade ao dispositivo. Logo, o mero julgamento contrário ao interesse da recorrente não caracteriza tal ofensa.

Além disso, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Nesse mesmo sentido: EDcl no REsp n. 786,974-PE, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 10.08.2006; REsp n. 602.615-RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 14.06.2004; REsp n. 602.998-RN, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 28.04.2004; REsp n. 498.393-SC, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 26.04.2004.

É inadmissível, nesse particular, o dissídio pretoriano em relação ao art. 535, II, do CPC (fls. 298/309), seja pela ausência de similitude fática e jurídica, seja porque o acórdão paradigma (REsp n. 442.796-SE, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 16.12.2002) sequer anulou a decisão impugnada por negativa de prestação jurisdicional.

Relativamente ao mérito, a questão controvertida consiste em saber se o Conselho Seccional da OAB-SC poderia, à luz da Lei n. 8.906/1994, editar resolução para instituir/majorar a cobrança de anuidade das sociedades civis de advogados.

Em outros termos, existe amparo legal para instituição/majoração e, por conseqüência, cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia por meio de resolução?

Sob a perspectiva da legalidade tributária, o problema, conforme ressaltado, deverá ser equacionado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta Corte, a controvérsia deve ser analisada sob o ângulo da legalidade.

A Resolução n. 8/2000 do Conselho Seccional da OAB-SC (fl. 114) estabelece:

“O Conselho Seccional da Ordem dos Advogados, Seção Santa Catarina, em Sessão Ordinária, realizada em 06.10.2000, de conformidade com o disposto no art. 46 da Lei n. 8.906/1994 de 04.07.1994,

Resolve:

1ª Fixar os preços de emolumentos e anuidades de Sociedades de Advogados de acordo com a seguinte tabela:

Inscrição de Sociedade de Advogados..... 6 URH's

Anuidade Sociedade de Advogados até 5 advogados.....10 URH's
Anuidade Sociedade de Advogados entre 6 e 10 advogados..10 URH's
Anuidade Sociedade de Advogados acima de 10 advogados..10 URH's
2º Ficam revogadas as disposições em contrário.

3º Publique-se e cumpra-se.”

A tese jurídica da recorrente não procede. A Resolução n. 8/2000 do Conselho Seccional da OAB-SC não tem amparo legal/constitucional.

A Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). O constitucionalista José Afonso da Silva aborda o princípio da legalidade:

“O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se realiza num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.

É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição (...). O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função das regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que *a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal (...).*” (Grifou-se)



De acordo com o autor, a lei, para realização plena do princípio da legalidade, deve ser a lei formal, isto é, o ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição Federal. Ao final, conclui:

“O art. 5º, II, ao estatuir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, dá margem à controvérsia quanto ao significado da expressão ‘em virtude de lei’, querendo alguns que basta a existência de uma lei autorizativa de atos com aquele conteúdo, enquanto outros entendem que o conteúdo do restritivo da ação há que decorrer diretamente da lei. Parece-nos, no entanto, que razão cabe a Massimo Severo Giannini, quando, examinando cláusula semelhante do direito italiano, esclarece que ‘não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos pode subsistir discricionariedade’. Isso quer dizer que os elementos essenciais da providência impositiva hão que constar da lei. *Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade.*” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 420/421, grifou-se)

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, reforça essa orientação: “O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei — analisada sob tal perspectiva — constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador.” (ADIn n. 2.075/MC, Plenário, DJ 27.06.2003)

Partindo-se dessa premissa, os Conselhos Seccionais não têm permissivo legal para instituição/cobrança, por meio de resolução, de anuidade das sociedades civis de advogados. O Estatuto da Advocacia e da OAB, no capítulo de que trata dessas sociedades, dispõe:

“Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.”

§ 1º *A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.*

§ 2º *Aplica-se à sociedade de advogados o Código de Ética e Disciplina, no que couber.*

§ 3º *As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.*

§ 4º *Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.*

§ 5º *O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados à inscrição suplementar.*

§ 6º *Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.*

Art. 16. *Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.*

§ 1º *A razão social deve ter, obrigatoriamente, o nome de, pelo menos, um advogado responsável pela sociedade, podendo permanecer o de sócio falecido, desde que prevista tal possibilidade no ato constitutivo.*

§ 2º *O licenciamento do sócio para exercer atividade incompatível com a advocacia em caráter temporário deve ser averbado no registro da sociedade, não alterando sua constituição.*

§ 3º *É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.” (Grifou-se)*

Como se observa, os advogados podem constituir sociedade civil de prestação de serviços advocatícios, para colaboração profissional recíproca. É necessário, para tanto, a observância da Lei n. 8.906/1994 e do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Em regra, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no registro próprio, seja no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, em se tratando de sociedades simples (CC/2002, arts. 45 e



998), seja no Registro Público de Empresas Mercantis, em se tratando de sociedades empresárias (CC/2002, arts. 45, 967 e 982).

A sociedade de advogados, particularmente, submete-se à disciplina da lei especial: adquire personalidade jurídica com o registro do seu ato constitutivo — devidamente aprovado — no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede, proibindo-se, inclusive, o registro nos cartórios próprios das sociedades simples e empresárias. A criação de filial exige, além da averbação no registro de origem, o arquivamento do ato de constituição no Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados à inscrição suplementar.

É digna de referência, no ponto, a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

“O ato constitutivo se perfaz mediante contrato social, que deve conter os seguintes requisitos: denominação, finalidade, sede, duração, administração, representação (*rectius* apresentação) judicial e extrajudicial, responsabilidade solidária e subsidiária dos sócios, extinção, qualificação dos fundadores e da diretoria provisória.

Publicado o ato constitutivo, será levado a registro, para que adquira personalidade jurídica. O órgão competente é o Conselho Seccional da OAB e nenhum outro. É prerrogativa insuperável da OAB, derogatória do direito comum e da competência da Junta Comercial ou do Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Estes órgãos não podem proceder ao registro das sociedades de advogados, sendo nulo o que se efetivar (...).

A existência da sociedade de advogados depende da aprovação de seu ato constitutivo e do registro, ambos pelo Conselho Seccional. O registro se realiza em livro próprio da OAB, recebendo numeração sucessiva. Qualquer alteração do ato constitutivo deverá ser averbada no respectivo registro, após aprovação pelo Conselho Seccional.” (Comentários ao Estatuto da Advocacia, 2ª ed., Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 93/94, grifou-se)

O registro do ato constitutivo produz, portanto, efeito legal específico (confere personalidade jurídica à sociedade civil de advogados), e não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários, figura jurídica que, para fins da Lei n. 8.906/1994 e do Regulamento Geral, possui fundamento e finalidade diversos.

De acordo com Orlando de Assis Corrêa, a “inscrição é a forma legal pela qual o bacharel em Direito, ou o estagiário em Direito (cursos de ciência jurídicas ou equivalente), ou ainda o advogado ou o bacharel formado em faculdade estrangeira pode ligar-se à OAB, para ter o direito de exercer os atos privativos de

advocacia.” (*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil — OAB*, Coordenador Orlando de Assis Corrêa, Co-autores Apio Cláudio de Lima Antunes, Jayme Paz da Silva e Marco Túlio de Rose, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, p. 62)

Assim, a inscrição qualifica o advogado e o estagiário ao exercício da advocacia. O registro apenas confere personalidade jurídica às sociedades civis de advocacia. A inscrição do contrato social devidamente aprovado, na qualidade de ato preliminar do registro propriamente dito, distingue-se, por evidência, da inscrição do advogado/estagiário, pois somente esse constitui pressuposto da capacidade postulatória.

O registro não atribui legitimidade à sociedade civil para, por si só, realizar atos privativos de advogado. Aliás, Paulo Luiz Netto Lôbo, ao tratar das características desse tipo societário, esclarece que a “sociedade de advogados desenvolve atividades-meio e não atividades-fim da advocacia” (*ob. cit.*, p. 92). Por isso, o art. 42 do Regulamento Geral dispôs: “Podem ser praticados pela sociedade de advogados, com uso da razão social, os atos indispensáveis às suas finalidades, que não sejam privativos de advogado.” Logo, se registro e inscrição fossem sinônimos — como quer a recorrente —, não haveria razões lógico-jurídicas para essa vedação.

Com efeito, o exercício da advocacia, quer pelo advogado, quer pelo estagiário, pressupõe a inscrição na OAB. Para a inscrição como advogado “é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; VII - prestar compromisso perante o conselho” (art. 8º). A inscrição como estagiário, nos termos do art. 9º, depende de admissão em estágio profissional de advocacia, bem como do atendimento aos requisitos mencionados nos incisos I, III, V, VI e VII do art. 8º.

O advogado deverá fazer sua inscrição principal no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional (a sede principal da atividade de advocacia). Além disso, promoverá a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão e, na hipótese de mudança efetiva de domicílio profissional para outra unidade federativa, deverá requerer a transferência de sua inscrição para o Conselho Seccional correspondente (art. 10, §§ 1º, 2º e 3º). Já a inscrição do estagiário será feita no Conselho Seccional em cujo território se localize seu curso jurídico (art. 9º, § 2º).



Verifica-se, nesse contexto normativo, que a *Lei n. 8.906/1994* não autoriza a cobrança de anuidade das sociedades civis de advogados, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários), conforme prevê, expressamente, o art. 46: “Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas” (grifou-se). O art. 14, parágrafo único, diferencia, inclusive, “o número de inscrição dos advogados” do “número de registro da sociedade de advogados”.

A interpretação sistemática e teleológica da *Lei n. 8.906/1994* reforça essa conclusão. Quando o legislador fez uso do substantivo *inscrição* ou do adjetivo *inscrito(s)*, referiu-se, sempre, ao(s) sujeito(s) advogado e/ou estagiário, e não à sociedade (pessoa jurídica). A propósito, citam-se os arts. 3º, 8º, 9º, 10, 11, 14, 22, 34, I e XXVI, 45, § 4º, 47, 49, parágrafo único, 54, X, 56, 58, VII e VIII, 61, parágrafo único, d, 62, *caput* e §§ 2º e 3º, 63, 66, I, 70, §§ 2º e 3º, e 77.

Por força do princípio da autonomia da personalidade jurídica, o conjunto de direitos/deveres da pessoa jurídica não se confunde com as prerrogativas/obrigações particulares dos sócios advogados. Destarte, é vedada qualquer interpretação no objetivo de estender à sociedade obrigação (pagamento de anuidade) que a lei impôs apenas aos advogados e estagiários regularmente inscritos nos quadros da OAB.

A competência privativa dos Conselhos Seccionais, seja para “editar o regimento interno e suas resoluções”, seja para “fixar, alterar e receber contribuições obrigatórias, preços de serviços e multas” (*Lei n. 8.906/1994*, art. 58, I e IX), não é absoluta nem pode ser interpretada literalmente.

Não se trata de competência ilimitada nem discricionária, porquanto esses órgãos devem obedecer à lei e ao regulamento (art. 57) e não detêm poderes legislativos, ou seja, não podem criar normatividade que inove a ordem jurídica.

O conteúdo limitado das resoluções editadas pelos Conselhos Seccionais é ressaltado pela doutrina. Marco Túlio de Rose, nesse aspecto, esclarece: “Toda a estruturação administrativa do Conselho Seccional é assunto de seu regimento interno. Toda matéria que não se contenha no Regimento Interno, bem como aqueles assuntos nos quais existe a competência concorrente ou subsidiária do Conselho Seccional, com o Conselho Federal e a Subseção, expressa-se formalmente através de atos administrativos que a lei já determina sejam denominadas resoluções.” (*Op. cit.*, p. 190)

Paulo Luiz Netto Lôbo completa: “Cabe ao Conselho Seccional editar seu regimento interno e resoluções gerais e específicas, segundo o modelo dos Provimentos. O regimento interno não precisa mais ser submetido ao Conselho

Federal, porque este dispõe de instrumentos inibitórios e invalidantes, se ultrapassar a competência do Conselho ou violar o Estatuto e a legislação regulamentar, inclusive cassação e intervenção. Quanto maior o grau de autonomia, maior o da auto-responsabilidade.” Finalmente, arremata o professor: “Por tais razões *não há liberdade total de conteúdo, porque são observados os limites de sua competência e as diretrizes legais.*” (*Op. cit.*, p. 212, grifou-se)

Além de tudo, a resolução — espécie do gênero ato administrativo normativo — constitui ato expedido pelas altas autoridades do Poder Executivo, pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos ou pelos colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. É sempre ato inferior ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicitá-los. (Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 182)

Desse modo, a autonomia administrativo-financeira e a inexistência de vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública não significam dotar a OAB de poderes legiferantes. Sua independência, adverte Paulo Luiz Netto Lôbo, encontra limites na subordinação à lei. (*Ob. cit.*, p. 176)

Considerando-se, pois, a inexistência de previsão legal para a instituição/cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, é manifestamente ilegal a Resolução n. 8/2000, do Conselho Seccional da OAB-SC, que criou, com exclusividade, obrigação não-prevista em lei.

Se a OAB tem por finalidade “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (Lei n. 8.906/1994, art. 44, I), o acolhimento da pretensão recursal da recorrente implicaria, além de flagrante ilegalidade, completa subversão de suas finalidades político-institucionais.

Por fim, a divergência suscitada (fls. 312/315) em relação ao REsp n. 25.521-PA (Segunda Turma, Relator Ministro Hélio Mosimann, DJ 29.11.1993) não reúne condições de admissibilidade, por inexistência de similitude fática e jurídica.

Realmente, o julgado paradigma não reconheceu a legitimidade da instituição/cobrança de anuidade por meio de resolução. Ao contrário, apenas decidiu — e com acerto — que a vigência de lei genérica sobre anuidades devidas aos órgãos fiscalizadores do exercício profissional não se sobrepõe ao Estatuto da OAB. A falta de semelhança fático-jurídica entre os julgados confrontados inviabiliza o conhecimento da divergência jurisprudencial, porquanto não atende



aos requisitos legais (CPC, art. 541, parágrafo único; RISTJ, art. 255). Nesse sentido: REsp n. 195.044-GO, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 18.04.2005; REsp n. 667.238-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 28.02.2005.

Por essas razões, o recurso especial deve ser parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 797.130-SC (2005/0188877-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Condor S/A

Advogados: João Joaquim Martinelli e outros

Recorrida: Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial — CBEE

Advogados: Eduardo Augusto de Oliveira Ramires e outros

Recorrida: Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel

Procuradores: Márcio Pina Marques e outros

Recorrida: Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc

Advogados: Jorge Antonio da Silva e outros

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Energia elétrica. Encargo de capacidade emergencial. Alegação de violação a dispositivos constitucionais. Questão central julgada pelo Tribunal de origem sob fundamento constitucional. Impossibilidade de apreciação por esta corte. Legitimidade passiva *ad causam* da Aneel. Resolução n. 249/2002.

I - Não compete a esta Corte a apreciação de violação a dispositivos constitucionais, sendo que tal matéria tem o seu exame reservado ao Pretório Excelso, sob pena de usurpação da competência do STF.

II - Em sede de recurso especial, não é viável a apreciação da questão central da demanda, que diz respeito à legitimidade da cobrança dos consumidores de energia elétrica do chamado Encargo de Capacidade Emergencial, criado pela Medida Provisória n. 14/2001, convertida na Lei n. 10.438/2002, haja vista que o Tribunal *a quo*, no julgamento da

lide, baseou-se em fundamento eminentemente constitucional, tendo ficado assentado naquele julgado que a cobrança do mencionado adicional tarifário é constitucional, estando o debate da matéria jungido à excelsa Corte, *ex vi* do disposto no art. 102 da Constituição Federal.

III - Com base nos termos da Resolução n. 249/2002 da Aneel, impõe-se concluir que a mencionada agência reguladora é a responsável pelo ato de caráter impositivo que sufragou a cobrança do Encargo de Capacidade Emergencial, cujo valor é por ela definido, sendo também o ente a quem os responsáveis pela arrecadação do adicional tarifário devem prestar contas. Assim, afigura-se legítima a sua inclusão no pólo passivo do *madamus* em testilha, não podendo subsistir o capítulo do acórdão recorrido em sentido contrário.

IV - Recurso especial conhecido parcialmente, para, nesta parte, dar-lhe provimento, reconhecendo a legitimidade passiva da Aneel para o feito.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por Condor S/A, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado, *in verbis*:

“Encargos emergenciais criados pelo art. 1º e 2º da Lei n. 10.438/2002. Natureza jurídica tarifária. Preço público. Constitucionalidade. Ilegitimidade passiva da Aneel.



1. A Aneel é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, devendo ser extinto o processo sem julgamento do mérito em relação a ela, com fulcro no art. 267, § 3º, c.c. o inciso VI do CPC.

2. A Corte Especial deste Tribunal, em julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n. 2002.72.05.002803-3, da Relatoria do Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteadado, por maioria de votos, reconheceu a constitucionalidade do Encargo de Capacidade Emergencial e demais encargos tarifários instituídos pelo art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei n. 10.438/2002.

3. Apelação improvida. Agravos retidos prejudicados.” (Fls. 790)

Sustenta a recorrente que o acórdão vergastado infringiu o art. 1º da Lei n. 1.533/1951 e o art. 3º do CPC, alegando que a Aneel tem legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, porquanto, na condição de reguladora do setor elétrico, responde pela coercibilidade do ato coator.

Alega, ainda, que o julgado recorrido afrontou os arts. 21, XII, **b**, 146, 150 e 154 da Constituição Federal, os arts. 16, 97 e 104 do CTN e os arts. 4º, I e II, 6º e 22 do CDC, aduzindo, em síntese, que é ilegal e inconstitucional a cobrança dos consumidores de energia elétrica do chamado Encargo de Capacidade Emergencial, haja vista que tal tal encargo tarifário se trata de verdadeiro tributo, instituído em desrespeito aos princípios constitucionais e legais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Inicialmente, não conheço do recurso em tela no que se refere à alegada afronta aos arts. 21, XII, **b**, 146, 150 e 154 da Constituição Federal, haja vista que não compete a esta Corte a apreciação de violação a dispositivos constitucionais, sendo que tal matéria tem o seu exame reservado ao Pretório excelso, sob pena de usurpação da competência do STF.

Ademais, também não é viável a apreciação, em sede de recurso especial, da questão central da demanda, que diz respeito à legitimidade da cobrança dos consumidores de energia elétrica do chamado Encargo de Capacidade Emergencial, criado pela Medida Provisória n. 14/2001, convertida na Lei n. 10.438/2002.

Ocorre que o Tribunal *a quo*, no julgamento da lide, baseou-se em fundamento eminentemente constitucional, tendo ficado assentado naquele julgado que é constitucional o Encargo de Capacidade Emergencial, bem como os demais encargos previstos na Lei n. 10.438/2002, afastando a apreciação da questão por este Tribunal, sendo que a competência para a apreciação da matéria está

jungida à Excelsa Corte, *ex vi* do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

Destarte, resta a este Sodalício o exame da questão suscitada pela recorrente acerca da legitimidade passiva da Aneel para figurar no pólo passivo da presente demanda.

O feito em tela trata de mandado de segurança impetrado pela empresa recorrente buscando afastar a cobrança do Encargo de Capacidade Emergencial, adicional tarifário do setor elétrico, criado pela Medida Provisória n. 14/2001, convertida na Lei n. 10.438/2002.

O Tribunal de origem entendeu que a Aneel não tem legitimidade passiva *ad causam*, extinguindo o processo sem julgamento do mérito em relação a ela. Segundo aquela Corte, não há necessidade de que a mencionada agência reguladora figure neste *mandamus*, porquanto sua função precípua é de apenas regulamentar a prestação de serviços públicos de energia elétrica.

Daí a irresignação da recorrente, que nas razões de seu apelo nobre aduz ser a Aneel parte legítima para o processo, responsável pela coercibilidade do ato coator.

Assim dispõe o art. 1º da Lei n. 10.438/2002, que criou o Encargo de Capacidade Emergencial, *verbis*:

“Art. 1º Os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh) e à contratação de capacidade de geração ou potência (kW) pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial — CBEE serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Nacional Interligado, proporcionalmente ao consumo individual verificado, mediante adicional tarifário específico, segundo regulamentação a ser estabelecida pela Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel.”

Regulamentado a matéria, a Aneel editou a Resolução n. 71/2002, posteriormente substituída pela Resolução n. 249/2002, sendo que essa última em seu art. 3º, *caput* e 1º, está assim delineada, *litteris*:

“Art. 3º O rateio de que trata o art. 2º será feito mediante encargo tarifário definido e processado na forma deste artigo e denominado ‘encargo de capacidade emergencial’.

§ 1º O encargo tarifário previsto no *caput* será estabelecido pela Aneel, em R\$/kWh, com base no custo associado à contratação de capacidade de geração ou potência previsto pela CBEE para o ano e no consumo realizado



de energia elétrica, no ano anterior, pelo consumidor final atendido pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, excetuada a classe residencial classificada como de baixa renda.”

A citada Resolução assim ainda dispõe acerca dos entes envolvidos na arrecadação do Encargo de Capacidade Emergencial, *verbis*:

“Art. 3º (...)

(...)

§ 6º Para permitir a revisão trimestral do encargo tarifário, ficam estabelecidas as seguintes condições:

I - a CBEE deverá informar mensalmente à Aneel o custo incorrido na contratação de capacidade de geração ou potência e o valor arrecadado do consumidor a título de “encargo de capacidade emergencial”;

(...)

Art. 6º Os encargos tarifários de que tratam os arts. 3º e 5º vigorarão até 30 de junho de 2006, data estabelecida na Medida Provisória n. 2.209, de 29 de agosto de 2001, para o encerramento das atividades da CBEE.

Parágrafo único. No cálculo dos encargos tarifários de que tratam os arts. 3º e 5º, serão deduzidos dos custos incorridos pela CBEE os resultados financeiros obtidos pela empresa, conforme disposto no § 3º do art. 1º da Lei n. 10.438, de 26 de abril de 2002.

Art. 7º A apuração do valor a ser repassado à CBEE, por concessionária de serviço público de distribuição, deverá ser procedida conforme o disposto nos Anexos I, II e III desta Resolução, cujos campos são de preenchimento obrigatório.”

Como se depreende das transcrições acima, o Encargo de Capacidade Emergencial é estabelecido pela Aneel, arrecadado pelas concessionárias que executam o serviço de energia elétrica, e repassado à CBEE, que presta conta à primeira dos valores angariados.

De acordo com o § 1º do art. 3º da Resolução n. 249/2002, é a Aneel quem define inclusive o valor do encargo tarifário a ser cobrado, sendo que a CBEE e as concessionárias do serviço público são responsáveis por arrecadação, repasse e prestação de conta acerca desses valores.

Dessa maneira, impõe-se concluir que a Aneel é a responsável pelo ato de caráter impositivo que sufragou a cobrança do Encargo de Capacidade Emergencial, não restando aos outros entes envolvidos no recolhimento do encargo a faculdade de cobrá-lo ou não.

Assim, afigura-se legítima a sua inclusão no pólo passivo do *madamus* em testilha, não podendo subsistir o capítulo do acórdão recorrido em sentido contrário.

Ante o exposto, conheço parcialmente do presente recurso especial, e, nesta parte, dou-lhe provimento, para reconhecer a legitimidade passiva da Aneel para o feito.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 797.170-MT (2005/0188019-2)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Estado de Mato Grosso

Procuradores: Carlos Emilio Bianchi Neto e outros

Recorrida: Guizardi Junior Construtora e Incorporadora Ltda

Advogada: Sandrerli Ferreira Nery

EMENTA

Administrativo. Recurso especial em mandado de segurança. Licitação. Alegada violação dos arts. 28, III, e 41 da Lei n. 8.666/1993. Não-ocorrência. Habilitação jurídica comprovada. Atendimento da finalidade legal. Doutrina. Precedentes. Desprovimento.

1. A Lei n. 8.666/1993 exige, para a demonstração da habilitação jurídica de sociedade empresária, a apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado (art. 28, III).

2. A recorrida apresentou o contrato social original e certidão simplificada expedida pela Junta Comercial, devidamente autenticada, contendo todos os elementos necessários à análise de sua idoneidade jurídica (nome empresarial, data do arquivamento do ato constitutivo e do início das atividades, objeto social detalhado, capital social integralizado e administradores).

3. Inexiste violação da lei ou do instrumento convocatório, porquanto a recorrida demonstrou sua capacidade jurídica e atendeu, satisfatoriamente, à finalidade da regra positivada no art. 28, III, da Lei n. 8.666/1993.



4. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei n. 8.666/1993, art. 41). Contudo, rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa. (Lei n. 8.666/1993, art. 3º)

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, 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), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 07.11.2006

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial em mandado de segurança interposto pelo Estado de Mato Grosso, com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado sintetizado na seguinte ementa (fl. 664):

“Reexame necessário de sentença. Mandado de segurança. Licitação. Habilitação em concorrência. Qualificação jurídica. Apresentação do contrato social originário acompanhado de certidão simplificada. Exigência satisfeita. Sentença ratificada.

Uma vez comprovada a qualificação jurídica, consistente na apresentação do Contrato Social originário acompanhado da Certidão Simplificada emitida pela Junta Comercial, há de se proceder à habilitação da licitante.”

O recorrente aponta violação dos arts. 28, III, e 41 da Lei n. 8.666/1993, alegando, em resumo, que: a) o participante da licitação deverá, para fins de

habilitação jurídica, comprovar sua condição de pessoa física ou jurídica capaz; no caso, tratando-se de sociedade comercial, é obrigatória a apresentação do contrato social em vigor; b) o formalismo constitui princípio inerente ao procedimento licitatório, para assegurar a igualdade e a competitividade entre os interessados, tanto no julgamento das propostas quanto na fase de habilitação; c) a Administração Pública não pode descumprir as normas e condições do edital, porquanto estritamente vinculada ao instrumento convocatório; d) a certidão simplificada fornecida pela Junta Comercial não constitui documento hábil à demonstração da idoneidade jurídica do licitante.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, para que seja reformado o aresto local e denegada a segurança concedida. (Fl. 692)

Em sede de contra-razões (fls. 674/693), a recorrida defende, preliminarmente, o não-conhecimento do recurso especial, por ausência de regularidade formal e falta de prequestionamento. No mérito, pede o seu desprovimento.

Admitido o recurso na origem (fls. 702/704), subiram os autos.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 710/713, opina:

“Licitação. Habilitação jurídica. Empresa que apresentou contrato social original e certidão expedida pela Junta Comercial. Informações detalhadas. Suficiência da documentação para fins de habilitação ao certame. Art. 28, III, da Lei n. 8.666/1993. Parecer pelo improvimento do recurso.”

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Satisfeitos os pressupostos de recorribilidade (cabimento, tempestividade, legitimidade de partes, interesse, regularidade formal, prequestionamento, preparo, inexistência de fato extintivo ou modificativo do direito de recorrer), prossegue-se no exame da controvérsia.

A recorrida, Guizardi Junior Construtora e Incorporadora Ltda, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão de Licitação da Secretaria de Transporte do Estado de Mato Grosso, pleiteando, em síntese, a concessão de ordem judicial para determinar à autoridade coatora sua habilitação na Concorrência Pública n. 1/2003, que tem por objeto a execução de obras de pavimentação, conservação e manutenção de rodovias estaduais pavimentadas e não-pavimentadas.

A r. sentença julgou procedente o pedido (fls. 630/633). O Tribunal de Justiça, por sua vez, negou provimento ao reexame necessário, com base nas seguintes considerações (fls. 666/667):



“Para qualificação jurídica, a Lei n. 8.666/1993 estabelece as condições conforme o caso e, em se tratando de sociedades comerciais, necessária a demonstração do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado (inciso III).

O item 11.1.c do edital reproduziu tal norma (fl. 45). Para tanto, denota-se que *a impetrante apresentou o Instrumento Particular de Contrato Social por Quotas de Responsabilidade Limitada e Certidão Simplificada emitida pela Junta Comercial, regularmente rubricados.*

Entretanto, a Comissão da Licitação inabilitou a licitante asseverando que ‘a apresentação de certidão simplificada emitida pela Junta Comercial não é documento hábil para comprovar a habilitação jurídica da licitante (...).

Embora algumas alterações tenham se operado no contrato social, a certidão emitida pela Junta Comercial reproduz os dados necessários para o fim a que se destina, devendo descartar o excessivo rigor.” (Grifou-se)

Por isso, o recorrente alega, conforme ressaltado, ofensa aos arts. 28, III, e 41 da Lei n. 8.666/1993, que dispõem:

“Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

(...)

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

(...)

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Razão não lhe assiste.

A recorrida, para fins de habilitação jurídica, apresentou o contrato social original e certidão expedida pela Junta Comercial do Estado de Mato Grosso (fl. 23), devidamente autenticada, contendo todos os elementos necessários à análise de sua idoneidade jurídica (nome empresarial, data do arquivamento do ato constitutivo e do início das atividades, objeto social detalhado, capital social integralizado e administradores).

Com efeito, não há falar em violação de lei ou do edital de convocação, porquanto a recorrida atendeu, satisfatoriamente, à finalidade da regra positivada no art. 28, III, da Lei n. 8.666/1993, que não pode ser interpretada literalmen-

te. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LICC, art. 5º).

O representante do Ministério Público Federal ressaltou, com propriedade, ser “injustificado o afastamento de licitante que apresentou documentação satisfatória na habilitação, cabendo notar que se trata de licitação na modalidade concorrência, do tipo menor preço, na qual o elevado número de concorrentes facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa para a Administração (art. 3º, da Lei n. 8.666/1993).” (Fl. 712)

Sob outro ponto de vista, é indiscutível que a Administração Pública deve observar os princípios constitucionais reitores do processo licitatório, bem como as normas legais e o instrumento convocatório. Contudo, “o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.” (Ms n. 5.418-DF, Primeira Seção, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 1º.06.1998)

Na fase de habilitação, adverte o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se estende à vista das considerações enunciadas no acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: ‘Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconseqüentes com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.’” (*Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 557)

Reforçando esse entendimento, confira-se o seguinte julgado:

“Administrativo. Licitação. Habilitação. Mandado de segurança. Edital.

1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.

2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal.



3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do ‘ato constitutivo e suas alterações, devidamente registradas ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão (...)’, é excessiva e sem fundamento legal a inabilitação de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso.

4. Segurança concedida.” (RMs n. 5.606-DE, Primeira Seção, Relator Ministro José Delgado, DJ 10.08.1998)

Por essas razões, o recurso especial deve ser desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 797.179-MT (2005/0188017-9)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Estado de Mato Grosso

Procuradores: Mônica Pagliuso Siqueira e outros

Recorrida: Guizardi Junior Construtora e Incorporadora Ltda

Advogados: Carlos Magno dos Reis Moreira e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso especial em mandado de segurança. Licitação. Alegada violação do art. 41 da Lei n. 8.666/1993. Não-ocorrência. Sessão pública de recebimento dos envelopes. Atraso não-verificado. Doutrina. Precedente. Desprovemento.

1. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. (Lei n. 8.666/1993, art. 41)

2. A recorrida não violou o edital, tampouco a regra constante do art. 41 da Lei n. 8.666/1993, porquanto compareceu à sessão pública de recebimento de envelopes às 8h 31min, ou seja, dentro do prazo de tolerância (cinco minutos) concedido pela própria comissão licitante. Com efeito, não houve atraso que justificasse o não-recebimento da documentação e da proposta.

3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa. (Lei n. 8.666/1993, art. 3º)

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 19 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 07.11.2006

RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial em mandado de segurança interposto pelo Estado de Mato Grosso, com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado sintetizado na seguinte ementa (fl. 664):

“Reexame necessário de sentença. Mandado de segurança. Licitação. Entrega dos envelopes de documentação. Atraso de um minuto. Não-recebimento. Excesso de formalismo. Ordem concedida. Sentença ratificada.

A negativa de recebimento de documentação da impetrante no procedimento licitatório, porquanto atrasada um minuto do horário estipulado, demonstra exacerbado apego às formas, prejudicial ao interesse público.”

O recorrente aponta violação do art. 41 da Lei n. 8.666/1993, alegando, em resumo, que: a) a Administração Pública não pode descumprir as normas e condições do edital, porquanto estritamente vinculada ao instrumento convocatório; b) o formalismo constitui princípio inerente ao procedimento licitatório, para assegurar a igualdade, a impessoalidade e a competitividade entre os interessados,



tanto no julgamento das propostas quanto na fase de habilitação; c) a recorrida não compareceu à sessão pública para entrega dos envelopes (documentação e proposta) no horário predeterminado no edital, de modo que deve ser excluída do certame.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, para que seja reformado o aresto local e denegada a segurança concedida. (Fl. 118)

Em sede de contra-razões (fls. 144/160), a recorrida defende, preliminarmente, o não-conhecimento do recurso especial, por ausência de regularidade formal e falta de prequestionamento. No mérito, pede o seu desprovimento.

Admitido o recurso na origem (fls. 172/174), subiram os autos.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 180/182, opina:

“Licitação. Sessão pública. Entrega de Envelopes. Atraso inexistente. Ausência de sistema de protocolo com relógio, capaz de atestar com exatidão o momento de entrega das propostas. Limite de tolerância de 5 (cinco) minutos estipulado pela Comissão de Licitação atendido pelo recorrido. Princípio da razoabilidade. Parecer pelo improvimento do recurso.”

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Denise Arruda (Relatora): Satisfeitos os pressupostos de recorribilidade (cabimento, tempestividade, legitimidade de partes, interesse, regularidade formal, prequestionamento, preparo, inexistência de fato extintivo ou modificativo do direito de recorrer), prossegue-se no exame da controvérsia.

A recorrida, Guizardi Junior Construtora e Incorporadora Ltda, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão de Licitação da Secretaria de Transporte do Estado de Mato Grosso, pleiteando, em síntese, a concessão de ordem judicial para determinar à autoridade coatora que receba os envelopes (documentos e proposta) relativos à Concorrência Pública n. 1/2003 — que tem por objeto a execução de obras de pavimentação, conservação e manutenção de rodovias estaduais pavimentadas e não-pavimentadas — e prossiga no exame de sua habilitação.

A r. sentença julgou procedente o pedido (fls. 59/62). O Tribunal de Justiça, por sua vez, negou provimento ao reexame necessário, com base nas seguintes considerações (fls. 91/92):

“O MM. Juiz singular julgou procedente o pedido constante da inicial, determinando que a autoridade coatora recepcione os envelopes de

documentação da impetrante e prossiga ao exame da fase de habilitação do procedimento licitatório. (Fls. 53/59)

O Edital n. 1/2003 assim dispõe:

‘A Secretaria de Estado de Transportes — SEET, através do Grupo Executivo de Licitação (GEL), torna público para conhecimento dos interessados que fará realizar às 8:30 do dia 11 do mês de junho de 2003, na sede da SEET, Edifício Engenheiro Edgar Prado Arze, localizado no Centro Político Administrativo CPA, nesta cidade de Cuiabá-MT, a licitação na modalidade de Concorrência para execução de obras, nos termos e condições fixados neste Edital e seus anexos.’ (Sic fl. 15)

Vê-se, do contido no edital, que a licitação na modalidade de Concorrência para execução de obras estava designada a realizar-se às 08h30min, de 11 de junho de 2003, contanto, porém, da Ata da Sessão de Recebimento de Envelopes, que ‘Na abertura da sessão, com (5) minutos de tolerância, foi fechada a porta de entrada do Auditório e posteriormente aberta para acesso ao público.’ (Sic fl. 53)

Por força do Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório, não pode a Administração descumprir as normas e condições do edital de licitação, nem o particular pode deixar de atender as exigências nele estabelecidas.

Entretanto, o excesso de formalismo impede a amplitude do processo licitatório, prejudicial a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Embora a sessão tenha iniciado computando-se o tempo de tolerância, não justifica a Comissão de Licitação impedir a impetrante de apresentar sua proposta por estar 1 (um) minuto atrasada.

Tal fato demonstra exacerbado apego às formas, prejudicial ao próprio interesse público, porquanto deixa a Administração de procurar oferta mais satisfatória ao atingir o caráter competitivo do certame.” (Grifou-se)

Por isso, o recorrente alega, conforme ressaltado, ofensa ao art. 41 da Lei n. 8.666/1993, que dispõe: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Razão não lhe assiste.

A recorrida não violou o edital, tampouco a regra constante do art. 41 da Lei n. 8.666/1993, porquanto compareceu à sessão de recebimento de envelopes



às 8h 31min, ou seja, dentro do prazo de tolerância (cinco minutos) concedido pela própria comissão licitante. Com efeito, não houve atraso que justificasse o não-recebimento da documentação e da proposta.

Nesse contexto, o representante do Ministério Público Federal ressaltou, com propriedade, que “não há falar em tardança na entrega do envelope, porquanto conforme declaração rubricada por duas testemunhas e por servidor da própria Secretaria de Estado de Transportes o representante da recorrida já se encontrava no recinto do auditório da SEET, junto à porta de acesso à sala de licitação, às 08:31h, portanto, dentro do horário estipulado pela Comissão de Licitação.” (Fl. 712)

Portanto, quem descumpriu a lei e ofendeu os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa foi a própria Comissão de Licitação da SEET, o que acabou restringindo o caráter competitivo da licitação.

Sob outro ponto de vista, é indiscutível que a Administração Pública deve observar os princípios constitucionais reitores do processo licitatório, bem como as normas legais e o instrumento convocatório. Contudo, “o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes.” (Ms n. 5.418-DF, Primeira Seção, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 1º.06.1998)

Na fase de habilitação, adverte o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se estende à vista das considerações enunciadas no acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: ‘Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconscientes com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.’” (*Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 557)

Por essas razões, o recurso especial deve ser desprovido.

É o voto.