

Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE
INSTRUMENTO N. 280.797 – SP**

(Registro n. 99.01197775)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Agravante: Edevaldo Alves da Silva
Advogados: Dirceu Ferreira da Cruz e outros
Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA: Processo Civil – Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a agravo de instrumento por ausência de certidão de intimação do acórdão recorrido – Súmula n. 223 desta Corte Superior – Juntada tardia – Impossibilidade – Agravo regimental não provido.

– Consoante o comando insculpido na Súmula n. 223 do STJ, a certidão de intimação do acórdão recorrido é peça obrigatória para instruir o agravo, sendo que sua ausência obsta o seguimento do recurso.

– A fiscalização para formação do instrumento há de ser feita no Tribunal a quo, pois a sua deficiência não pode ser sanada na instância especial, consoante iterativa jurisprudência.

– Agravo regimental não provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 22 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 2.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de agravo regimental interposto por Edevaldo Alves da Silva, insurgindo-se contra decisão proferida em agravo de instrumento tirado contra r. despacho que não admitiu a subida de recurso especial ajuizado pelo ora agravante em conjunto com Paulo Salim Maluf.

A decisão impugnada está vazada nos seguintes termos:

“Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu o processamento de recurso especial.

Não enseja exame de fundo a irresignação, posto que não consta nos autos a certidão de publicação do acórdão recorrido.

Dessa forma, resta prejudicado o conhecimento da pretensão recursal, pois esbarra em pacífica jurisprudência desta Corte, cristalizada na Súmula n. 223, **verbis**:

‘A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo.’

Pelo que precede, com esteio nos arts. 557 do Código de Processo Civil, e 34, XVIII, do RISTJ, nego seguimento ao recurso.

P. e I.” (fl. 110).

Aduz, em síntese, que o agravo de instrumento está devidamente instruído, visto que consta dos autos a certidão tida como faltante (fls. 128/129).

Em seguida, o ora agravante reconhece a ausência da certidão de intimação do v. acórdão recorrido, juntando cópia da sua intimação, nesta oportunidade. Afirma, por conseguinte, que a mencionada peça somente permitiria aferir a tempestividade do recurso especial, matéria já superada por ocasião da decisão proferida pela egrégia 4ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Pesem os argumentos expendidos, não assiste razão ao Agravante.

É de elementar inferência que não foi juntada ao instrumento a certidão de publicação do v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que redundou na interposição do recurso especial.

Diante disso, incorreu o ora agravante no enunciado da Súmula n. 223 que considera obrigatória a suso mencionada peça.

Sabem-no todos, ocioso lembrar, que a fiscalização para formação do instrumento há de ser feita no Tribunal **a quo**, pois a sua deficiência não pode ser sanada na instância especial. Essa assertiva decorre da premissa de que “compete à parte-recorrente a correta formação do agravo, sendo impossível a complementação tardia das peças necessárias à aferição da tempestividade recursal, por preclusa a fase instrutória, que se processa na instância de origem e não perante o STJ” (Agr. Reg. no Agr. Instr. n. 189.245-PB, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, **in** DJ de 3.4.2000).

Nessa linha de raciocínio, é torrencial a jurisprudência deste Sodalício, podendo ser extraídas as seguintes ementas:

“Processo Civil. Agravo regimental. Falta de peça obrigatória. Súmula n. 223-STJ. Alegação de culpa do serventuário da Justiça.

1. A certidão de intimação da decisão recorrida deve ser apresentada juntamente aos demais documentos obrigatórios no ato da interposição do recurso.

2. Quando da formação do instrumento, deve a parte fiscalizar o proceder da Secretaria e, à vista da falta de alguma das peças, protestar pela juntada e não aguardar cerca de três meses para fazê-lo.

3. Impossibilidade de sanar-se a irregularidade e, em consequência, de afastar-se a aplicação da Súmula n. 223-STJ.

4. Agravo regimental improvido.” (Agr. Reg. no Agr. Instr. n. 265.518-RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, **in** DJ de 27.3.2000).

“Processo Civil. Agravo no agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória. Certidão de intimação do acórdão recorrido. Necessidade. Reiterado entendimento jurisprudencial.

I – É entendimento uníssono nas Cortes Superiores ser indispensável para instrução do agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial a juntada de certidão de intimação do acórdão recorrido.

II – A remissão ao documento faltante na relação das peças que compõem o agravo de instrumento não supre a exigência de sua juntada aos autos, eis que incumbe à parte-recorrente fiscalizar o traslado das peças tidas por essenciais à instrução do agravo de instrumento. A inobservância desta obrigatoriedade leva ao não-conhecimento da pretensão recursal, não sendo possível converter-se o julgamento em diligência para sanar-se a omissão. Precedentes.

III – Agravo a que se nega provimento.” (cf. AgRg no Ag n. 221.802-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi).

Pelo que precede, nego provimento ao agravo regimental, mantendo, por conseguinte, a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 319.580 – RS

(Registro n. 2000.0068948-3)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Márcia Pinheiro Amantea e outros
Agravados: Agrotec Ltda e outros
Advogado: Maurício Dal Agnol

EMENTA: Agravo regimental – Contribuição previdenciária – Administradores, autônomos e avulsos – Taxa Selic – Matéria inédita – Não-apreciação – Aplicação da Lei n. 9.250/1995 somente sobre recolhimentos efetuados após sua vigência – Não-procedência – Cumulação da Selic com outro índice de atualização monetária – Falta de interesse.

Impossível apreciação de agravo regimental sobre questão não cogitada no recurso especial, tratando-se, portanto, de matéria inédita, argüida somente nas razões do agravo.

A incidência da Selic ocorre nos casos em que a compensação se efetuar após 1º de janeiro de 1996, independentemente do pagamento indevido ter acontecido antes dessa data.

A taxa Selic não é acumulável com qualquer outro índice de atualização monetária, como se infere dos precedentes invocados no despacho agravado, faltando ao INSS interesse em recorrer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

Brasília-DF, 17 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 11.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de agravo regimental, interposto com fundamento nos arts. 258 e 259 do RISTJ, desafiando decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

A irrisignação está adstrita à taxa Selic. Alega o Recorrente, primeiro, que a referida taxa não incide na espécie, mormente por se tratar de compensação de tributos, enfatizando que o tema não se encontra pacificado no âmbito desta Corte.

Sustenta, ainda, que os créditos a serem compensados, relativos a períodos anteriores à vigência da Lei n. 9.250/1995, devem ser atualizados com a utilização da Ufir.

Assevera, por fim, que, se reconhecida a incidência da taxa Selic, nenhum outro fator de correção pode ser considerado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Mantenho a decisão agravada.

Quanto ao tópico inicial, não-incidência da taxa Selic nos casos de compensação, observo que se trata de tese não debatida no recurso especial, sendo argüida somente nas razões do agravo, tratando-se, portanto, de matéria inédita, mostrando-se impossível a sua apreciação, uma vez que o agravo interno não se presta para suprir deficiência do apelo especial.

Neste sentido:

A – “Processo Civil. Agravo regimental. Negativa de seguimento ao recurso especial (art. 557 do CPC). Contribuição previdenciária. Administradores, autônomos e avulsos. Pretensão de pronunciamento sobre questão não cogitada no especial. Descabimento.

1. Improperável o agravo regimental articulado sob a pretensão de pronunciamento acerca de questão não cogitada no recurso especial, envolvendo aplicação da taxa Selic.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 244.395-PR, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJU de 12.6.2000).

B – “Processual Civil. Audiência de conciliação. Falta. Irrelevância. Caso concreto. Honorários advocatícios. Execução de sentença. Direito autônomo do advogado. Art. 23 da Lei n. 8.906/1994. Agravo interno. Razões novas. Impossibilidade de exame. Recurso desprovido.

I – ‘Já proferida a sentença, pondo término ao litígio, a falta da audiência de conciliação não é causa de anulação do processo’, notadamente quando as circunstâncias da causa demonstram que a audiência de conciliação seria inócua.

II – A alegação de que seria inaplicável o art. 23 da Lei n. 8.906/1994 não foi objeto de questionamento, pelo que não merece análise em sede de agravo interno, por se tratar de matéria nova. Ademais, certo é que o acórdão impugnado baseou sua decisão na Lei n. 8.906/1994, assentando, inclusive, que o próprio banco postulou por essa

aplicação.” (AgRg no REsp n. 203.832-RS, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 8.5.2000).

Concernente ao outro ponto, segundo o qual a taxa Selic somente deveria ser considerada quando os recolhimentos indevidos tivessem ocorrido após a vigência da Lei n. 9.250/1995, não tem razão o Agravante.

Na verdade, a incidência da taxa ocorre nos casos em que a compensação se efetuar após 1^a de janeiro de 1996, independentemente do pagamento indevido ter acontecido antes dessa data.

Assim, não importa que o mês a que se refere o recolhimento seja anterior à edição da citada lei, sendo imperativo, sim, que a compensação ocorra após sua vigência. Como foi explicitado, nas compensações efetuadas antes de 1996, aplicam-se os índices descritos na decisão agravada, ou seja, o IPC, de março de 1990 a janeiro de 1991; o INPC, de fevereiro a dezembro de 1991, e a Ufir, de janeiro de 1992 até dezembro de 1995.

Desta forma, por imposição legal, a taxa Selic incide nas compensações efetuadas a partir de 1^a de janeiro de 1996.

Sobre o tema, veja-se:

“Agravamento regimental. Compensação tributária. Juros. Taxa Selic. Termo inicial. Recurso contrário à jurisprudência dominante. Artigo 557 do CPC. Aplicação.

É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, na compensação tributária, a taxa Selic incide a partir de 1^a de janeiro de 1996, data da entrada em vigor da Lei n. 9.250/1995.

O Relator, com espeque no artigo 557 do CPC, pode negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

Agravamento improvido.” (AgRg no REsp n. 248.699-RS, Relator o Ministro Garcia Vieira, DJU de 19.6.2000).

Finalmente, observo que a taxa Selic, a partir de 1^a de janeiro de 1996, será a única a ser aplicada, não se admitindo a adoção de qualquer outro índice de atualização monetária, como se infere dos precedentes invocados no despacho agravado, não tendo o INSS, no ponto, interesse em recorrer.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 28.859 – RJ

(Registro n. 92.0027619-9)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Advogados: Elaine Tisser e outros
Recorrido: Themag Engenharia Ltda
Advogados: Clayton Salles Renno e outros

EMENTA: Tributário – Serviços de engenharia consultiva – ISS – Isenção – Art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968.

É de se manter julgamento que, antes da vigência da Constituição de 1988, com base na redação, à época, do art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968, reconhecia em favor de empresa de engenharia, direito de isenção de ISS, por serviços de engenharia consultiva prestados à empresa concessionária de serviço público.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Castro Filho, Relator.

Publicado no DJ de 23.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Themag Engenharia Ltda ajuizou ação declaratória de nulidade de lançamento fiscal em face do Município do Rio de Janeiro, visando a obter isenção do ISS, em função do serviço de

consultoria que teria prestado a Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás.

O juiz de 1ª grau, julgando procedente o pedido, determinou o cancelamento do lançamento tributário efetuado pela parte-ré. Fê-lo com base no art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968, ainda na sua antiga redação.

No Tribunal de Alçada local, negou-se provimento à apelação do Município do Rio de Janeiro em acórdão assim ementado:

“Apelação. Duplo grau de jurisdição. Declaratória.

Imposto sobre Serviços. Inexistência de relação jurídico-tributária. Isenção do ISS das atividades de projetos e consultoria técnica de serviços de engenharia. Inteligência do art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968.

Ação procedente.

Sentença confirmada.

Apelo voluntário improvido.”

Inconformado, o Réu interpôs recurso especial. Alegou terem sido violados os artigos 11 do Decreto-Lei n. 406/1968 e 111 do Código Tributário Nacional.

Argumentou que “para merecer o benefício isencional, os serviços de engenharia consultiva devem estar sempre vinculados à execução de obras de construção” e que, no caso em tela, não haveria execução de obras de construção civil ou hidráulica, sendo impossível isentar os serviços de engenharia consultiva prestados pela Recorrida.

Asseverou que a lei concessiva de isenção deveria ser interpretada restritivamente, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional.

O recurso especial teve seu seguimento negado no Tribunal **a quo**, contudo, o eminente Ministro Hélio Mosimann deu provimento ao agravo de instrumento, determinando a subida dos autos principais para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

Discute-se, no presente processo, acerca da possibilidade de a empresa

ora recorrida, dedicada exclusivamente à prestação de serviços de engenharia consultiva e que não executa obras hidráulicas ou de construção, usufruir dos benefícios do artigo 11 do Decreto-Lei n. 406/1968, que estabelece isenção do Imposto sobre Serviços – ISS.

Num primeiro momento, poder-se-ia questionar se teria a Constituição de 1988 recepcionado esse artigo 11 do Decreto-Lei n. 406/1968, principalmente à luz do § 1º do art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

A discussão, entretanto, ainda que possível ser travada aqui, é despendida, considerando que o direito da Recorrida se constituía muito antes da edição da atual Constituição, tanto que a ação foi proposta em 1º de agosto de 1985. À época, a redação do mencionado artigo 11, que tinha um parágrafo hoje inexistente, era diferente.

Em conseqüência, obrou corretamente o Juiz Sidney Hartung Buarque, quando, em maio de 1986, julgando procedente o pedido da ora recorrida, reconheceu a inexistência da “relação jurídico-tributária a que se refere a peça vestibular, cancelando-se, outrossim, o lançamento tributário efetuado pela parte-ré”.

Ao teor do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, para manter, por estes e por seus próprios fundamentos, a decisão atacada.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 31.877 – RJ

(Registro n. 93.0002662-3)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Advogados: Miguel Grimaldi Cabral de Andrade e outros
Recorrida: Companhia União de Transportes e Abastecimento de Água
Advogados: João Emílio C. da Silva de Mendonça e outros

EMENTA: Recurso extraordinário originariamente interposto

com arguição de relevância – Desdobramento em especial e extraordinário, em cumprimento de determinação do STF – Observância às disposições da Lei n. 8.038/1990, já vigente.

É de serem observadas as disposições da Lei n. 8.038/1990, no que se refere aos requisitos à interposição do recurso especial, se na data do cumprimento de determinação do Supremo Tribunal Federal para desdobramento do recurso extraordinário, originariamente interposto em recursos extraordinário e especial, o referido diploma legal já havia sido introduzido no sistema recursal pátrio.

Incidência da Súmula n. 284-STF.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Castro Filho, Relator.

Publicado no DJ de 23.4.2001.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial decorrente do desdobramento de recurso extraordinário, com arguição de relevância, interposto pelo Município do Rio de Janeiro, contra acórdão que, nos autos de embargos à execução, que lhe foi movida pela Companhia União de Transportes e Abastecimento de Água, reformou em parte a sentença, determinando que a isenção de ISS e a retificação do cadastro da Exequente projetassem seus efeitos para o futuro, enquanto presentes as condições que as ensejaram.

Por ocasião do cumprimento da determinação do egrégio Supremo

Tribunal Federal (fl. 135), afirmou o Recorrente que se reservaria o direito de produzir, oportunamente, as razões recursais, nos termos do art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil – então vigente –, uma vez que o recurso originário havia sido interposto antes da publicação da Lei n. 8.038/1990.

É o relatório.

VOTO

Não obstante regerem-se os recursos pela lei vigente à época de sua interposição, na hipótese em tela, cabia ao Recorrente observar as exigências introduzidas pela Lei n. 8.038/1990, quanto à necessidade de exposição das “razões do pedido de reforma da decisão recorrida”, mais precisamente, o disposto em seu art. 26, inciso III, relevando considerar que, ao contrário do que se argumenta, no dia 12.9.1990, data em que o Município cumpriu a determinação da Suprema Corte de desdobrar o recurso extraordinário em extraordinário e especial, o referido diploma legal já havia sido introduzido no sistema recursal pátrio, posto constar expressamente de seu art. 43, *litteris*: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”, o que se cumpriu no DOU de 29.5.1990.

Assim, por inobservadas tais disposições, o que faz atrair, ainda, a incidência da Súmula n. 284-STF, não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 55.651 – RS

(Registro n. 94.0031545-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Marília F. de Marsillac e outros
Recorrida: Companhia Della Giustina Indústrias Gerais, Comércio e Agricultura
Advogados: Ari José Dal Mas e outro

EMENTA: Processo Civil e Tributário – Execução fiscal – Prescrição: interrupção – Art. 174 do CTN e art. 8º da Lei n. 6.830/1980.

1. O art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980 não tem prevalência sobre o art. 174, § 2º, do CTN.
2. Somente a citação do devedor interrompe a prescrição (art. 174, § 2º, do CTN) – Precedentes da Corte.
3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 4 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 2.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Maciel: O Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TJRS.

Companhia Della Giustina Indústrias Gerais, Comércio e Agricultura propôs ação incidental de embargos do devedor à execução fiscal movida pelo ora recorrente.

O juiz de 1º grau julgou improcedentes os embargos.

Inconformada, a ora recorrida interpôs apelação.

Posteriormente, a Primeira Câmara Cível do TJRS, à unanimidade de votos, deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado:

“Embargos à execução fiscal. Prescrição.

A prescrição tributária é tema de direito material, como se intui do art. 156, V, do CTN, e, por isso, deve ser regulamentada por lei complementar (art. 18, § 1º, da CF de 1969, e art. 146, III, b, da CF

de 1988), não tendo eficácia as normas a respeito constantes da Lei n. 6.830/1980, que é lei ordinária.

Prescrição decretada.

Apelação provida.” (fl. 41).

A Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul foi intimada pessoalmente do acórdão em 15.2.1991 (fl. 45, verso), uma sexta-feira.

No dia 18.3.1991 (fl. 46), o ora recorrente requereu, por meio da petição de fls. 46/48, a suspensão do processo (art. 265, V, do CPC), o apensamento aos autos da execução fiscal e a devolução do prazo recursal.

Em 19.3.1991, o Estado do Rio Grande do Sul recorreu de especial pela alínea a do permissivo constitucional. Preliminarmente, alega descumprimento do art. 736 do CPC, com a conseqüente violação aos arts. 125, III; 244, 245, 246, 247, 248 e 249, § 2º, todos do CPC. No mérito, aduz que o acórdão proferido pelo TJRS contrariou o § 2º do art. 8º da Lei n. 6.830/1980 e o § 2º do art. 2º da LICC. Requer seja dado provimento ao recurso especial.

O ora recorrente também interpôs recurso extraordinário.

A Empresa-recorrida apresentou contra-razões.

O 1º Vice-Presidente do TJRS indeferiu o pedido de fls. 46/48.

O Ministério Público local opinou pela admissão de ambos os recursos.

Os recursos excepcionais foram inadmitidos na origem, dando ensejo à interposição de agravos de instrumento para o STJ e o STF.

O agravo dirigido a esta Corte foi provido pelo eminente Ministro Américo Luz.

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko V. de Castilho, opinou pelo provimento do recurso especial em parecer assim ementado:

“Recurso especial. Embargos à execução. Não-apensamento aos autos de execução que viciou o julgamento da apelação. Contrariedade ao artigo 736 do CPC. Dispensa de prequestionamento. Parecer pelo provimento do recurso para anulação do julgamento” (fl. 183).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Maciel (Relator): Sr. Presidente, o recurso especial não merece prosperar.

No tocante à preliminar de descumprimento do art. 736 do CPC, com a conseqüente violação aos arts. 125, III; 244, 245, 246, 247, 248 e 249, § 2º, todos do CPC, destaco que as questões federais insertas nos dispositivos retro não foram prequestionadas, dando ensejo à invocação do Enunciado n. 282 da Súmula do STF. O Verbete n. 356 também é aplicável à espécie, visto que o recorrente especial nem sequer interpôs embargos de declaração contra o acórdão proferido em grau de apelação.

Lembro, por oportuno, que esta Turma já assentou que “o requisito de admissibilidade do prequestionamento deve ser cumprido, mesmo quando a alegada contrariedade à lei federal surge no julgamento proferido pelo Tribunal **a quo**. Se o Tribunal não tiver apreciado e solucionado, no acórdão prolatado, a questão federal que a parte pretende suscitar no recurso especial, é necessária a interposição de embargos de declaração, a fim de que o ponto seja examinado e decidido, com a conseqüente satisfação do requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ: REsps n. 53.407-RS, 7.541-SP e 8.454-SP.” (REsp n. 69.096-SP, Segunda Turma do STJ, unânime, Relator Ministro Adhemar Maciel, publicado no DJ de 14.10.1996). No mesmo sentido: REsp n. 6.720-PR, Segunda Turma, unânime, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgado em 10.10.1996.

No mesmo sentido decidiu a Quarta Turma do STJ, quando do julgamento do REsp n. 99.796-SP, cujo acórdão, da relatoria do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, restou assim ementado:

“Processo Civil. Questão nova surgida no julgamento da apelação. Omissão da decisão recorrida. Embargos declaratórios indispensáveis. Ausência de prequestionamento.

Se a questão federal surgir no julgamento da apelação, sem que sobre ela tenha o Tribunal local se manifestado, como percebido na espécie, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 99.796-SP, Quarta Turma do STJ, por maioria – vencido o Ministro Barros Monteiro –, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 23.9.1996).

Portanto, tendo em vista que a jurisprudência do STJ (REsp n. 7.541-SP, Segunda Turma, Relator Ministro José de Jesus; REsp n. 36.996-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel; e REsp n. 2.239-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Cesar Rocha) exige o prequestionamento das questões federais – mesmo que sejam novas – suscitadas para esta Corte, rejeito a preliminar de descumprimento do art. 736 do CPC, por não cumprido o requisito do prequestionamento.

No mérito, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

O acórdão proferido pelo TJRS, da relatoria do eminente Desembargador Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, está assim fundamentado:

“Na área do Direito Privado, prescrição é matéria de Direito Processual, visto que impede o exercício do direito de ação, encobrando a eficácia do direito material, embora este se mantenha existente como se extrai do art. 970 do Código Civil: ‘Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita...’. Contudo, é de se examinar, na área do Direito Tributário, a natureza jurídica da prescrição.

Diz o art. 156, V, do Código Tributário Nacional, que o crédito tributário é extinto pela ‘prescrição e a decadência’. Como, sem a menor dúvida possível, a prescrição tributária não tem só o efeito de obstaculizar o direito de ação mas, substancialmente, de extinguir o direito de crédito, é causa extintiva do direito material correspondente à relação jurídico-tributária entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação fiscal.

Desta forma, *a matéria de prescrição em Direito Tributário é assunto de direito material, incluindo-se na expressão normas gerais do art. 18, § 1º, da Constituição de 1969, a exigir lei complementar para sua regulamentação, integrados nesta os casos de suspensões e de interrupções. Inclusive, no mesmo sentido e de forma explícita é o que diz o art. 146, III, b, da Constituição de 1988.*

Assim, as hipóteses de prescrição, sua suspensão ou interrupção, que constem da Lei n. 6.830/1980, que é uma lei ordinária, não têm eficácia de revogar disposições expressas do CTN, que é lei complementar. Em outras palavras relativamente à prescrição, a exclusividade de incidência é das regras constantes do CTN.

Nenhuma controvérsia há nos autos de que a constituição definitiva do crédito se deu em 22.10.1979. Até 22.10.1984, não fora o

executado citado. Inobstante não tenha acompanhado os embargos opostos os autos da execução fiscal, há o reconhecimento pelo *Estado* de que, em 2.7.1986, ainda não se efetivara a citação (fl. 7).

Negada a força interruptiva do despacho que ordenou a citação, há evidência de que a prescrição ocorrerá.

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação para julgar procedentes os embargos opostos” (fls. 43/44).

Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência da Primeira Seção e das Turmas de Direito Público do STJ, conforme se apreende das ementas dos seguintes precedentes:

“Processual Civil. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Despacho citatório. Ausência de citação. Efeitos. Lei n. 6.830/1980, art. 8^a, IV. CPC, art. 219, § 4^a. CTN, art. 174, parágrafo único. Interpretação sistemática.

Em sede de execução fiscal, a mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8^a, § 2^a, da Lei n. 6.830/1980, em combinação com o art. 219, § 4^a, do Código de Processo Civil e com o art. 174 e seu parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Embargos rejeitados.” (REsp n. 36.855-SP, Primeira Seção do STJ, por maioria – vencidos os Ministros Milton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo – Relator para o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 19.6.1995).

“Executivo fiscal. Prescrição intercorrente. **Omissis.**

Em sendo o Código Tributário Nacional lei complementar e tendo prevalência sobre a legislação ordinária (Lei n. 6.830/1980, art. 8^a, § 2^a) a prescrição para a cobrança do crédito tributário só se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor (art. 174, parágrafo único, do CTN).

Recurso não conhecido. Decisão por maioria de votos.” (REsp n. 62.638-PR, Primeira Turma do STJ, por maioria – vencido o Ministro Garcia Vieira – Relator Ministro Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 4.9.1995).

“– Em sede de execução fiscal, a simples prolação do despacho que ordena a citação do executado não interrompe, por si só, a prescrição.” (REsp n. 35.540-SP, Segunda Turma do STJ, unânime, Relator Ministro Peçanha Martins, publicado no DJ de 11.3.1996).

“Direito Tributário. Crédito alcançado pela prescrição quinquenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho ordinário da citação. Art. 8^a, § 2^a, da Lei n. 6.830/1980.

A norma acima mencionada há de ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4^a, do CPC, seja no sentido de que ‘não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição. Entendimento contrário tornaria supérflua a citação editalícia prevista no inciso IV do referido art. 8^a, sabidamente destinada às hipóteses de devedor com paradeiro ignorado e sem bens conhecidos, suscetíveis de arresto.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 4.033-RS, Segunda Turma do STJ, por maioria – vencido o Ministro Cernicchiaro –, Relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no DJ de 5.11.1990).

“Execução fiscal. Crédito alcançado pela prescrição quinquenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho que ordenou a citação. Artigo 8^a, § 2^a, da Lei n. 6.830/1980.

A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4^a, do CPC, ou seja, no sentido de que ‘não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição’.

Recurso desprovido.” (REsp n. 2.321-RS, Segunda Turma do STJ, unânime, Relator Ministro José de Jesus Filho, publicado no DJ de 28.10.1991).

“– Em sede de execução fiscal, a mera prolação do despacho ordenatório da citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8^a, § 2^a, da Lei n. 6.830/1980 em combinação com o art. 219, § 4^a, do Código de Processo Civil.” (REsp n. 30.054-SP, Primeira Turma do STJ, unânime, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 27.9.1993).

Como se vê, já está pacificado nesta Corte que o despacho proferido por juiz em processo de execução fiscal, ordenando a citação do executado, não interrompe **per si** a prescrição. Na verdade, a prescrição só se interrompe pela citação pessoal feita ao executado. Em suma, o § 2º do art. 8º da Lei n. 6.830/1980 cede à regra inserta no inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN.

Lembro, ainda, que o art. 146, III, **b**, da CF/1988 estabelece que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência tributárias. Como o CTN tem **status** de lei complementar, ao contrário da Lei n. 6.830/1980, que é mera lei ordinária, a regra que estabelece que a prescrição da ação para cobrança do crédito tributário se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) prevalece em face da que estabelece que o despacho que ordenar a citação do executado interrompe a prescrição (art. 8º, § 2º, da Lei de Execução Fiscal).

A respeito do tema, o Ministério Público Federal concluiu acertadamente “que a citação deve ser realizada de acordo com o artigo 219 do CPC, porque o CTN, lei complementar, declara, em seu artigo 174, parágrafo único, I, que a prescrição se interrompe pela citação e não pelo despacho que a ordena” (fls. 184/185).

Com essas considerações, rejeito a preliminar de anulação do processo e, no mérito, não conheço do recurso especial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos dos embargos do devedor opostos pela Cia. Della Giustina – Indústrias Gerais, Comércio e Agricultura contra o Estado do Rio Grande do Sul, a egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento à apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

“Embargos à execução fiscal. Prescrição. A prescrição tributária é tema de direito material, como se intui do art. 156, V, do CTN, e, por isso, deve ser regulamentada por lei complementar (art. 18, § 1º, da CF de 1969, e art. 146, III, **b**, da CF de 1988), não tendo eficácia as normas a respeito constantes da Lei n. 6.830/1980, que é lei ordinária. Prescrição decretada. Apelação provida” (fl. 41).

Já decorrido o prazo dos embargos de declaração, o Estado do Rio Grande do Sul peticionou nos autos nestes termos:

“1. Em 15 de fevereiro transato, o Estado tomou conhecimento do acórdão prolatado pela Primeira Câmara Cível desse egrégio Colegiado, onde foi decretada a prescrição porque não houvera oportuna citação da devedora, nos autos da execução fiscal.

2. Entretanto, ao ser efetuado um detido exame dos fatos para atendimento ao disposto pelo inciso I, art. 26 da Lei n. 8.038/1990, com vistas à interposição dos recursos cabíveis, verificou-se a falta de dados precisos, eis que os autos da Execução Fiscal n. 7.814-129 permanecem no Juízo de origem de São Luiz Gonzaga, apensados a outra execução movida pelo Requerente contra a mesma empresa (Proc. n. 58.822-222).

De observar que o representante do Ministério Público (fl. 36) e o próprio Relator do acórdão (fl. 44) registraram a falta do mencionado processo.

3. Solicitada a devida pesquisa, obteve-se a inesperada constatação de que houvera citação tempestiva e válida em 13.7.1984 e, até mesmo, oportuna nomeação de bens à penhora, feitas pela Executada, em 23.7.1984, e renovada em 5.12.1984, conforme se vê pelas cópias anexas.

4. Tais fatos, no entanto, foram negados e contrariados no recurso contra a sentença que condenara a Embargante como litigante de má-fé ...” (fl. 47/48).

Por isso, o Estado do Rio Grande do Sul requereu:

“– suspensão do processo, de conformidade com o art. 265, V, CPC;

– ouvido o Sr. Relator do acórdão, seja o processo baixado à origem para apensação dos autos da ação principal de execução fiscal, de conformidade com o art. 736, CPC, e vez que o recurso de apelação fora recebido em duplo efeito;

– após a apensação dos autos da ação principal de execução fiscal, imprescindíveis à interposição dos recursos cabíveis, seja-lhe integralmente restituído o prazo, na forma prescrita pelo art. 507, CPC.”

O pedido foi indeferido (fl. 151), mas paralelamente o Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial e recurso extraordinário (fls. 60/75 e 102/116) – ambos não admitidos (fls. 157/161).

Os autos retornaram à origem, onde foram apensados aos da execução fiscal, estes e aqueles a final vindo ao conhecimento desta egrégia Turma por força do agravo de instrumento, provido pelo eminente Ministro Américo Luz (fl. 179).

II

O recurso especial ataca o julgado porque teria contrariado o artigo 736 do Código de Processo Civil, bem assim o artigo 8^o, § 2^o, da Lei n. 6.830, de 1980 e o artigo 2^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil.

O artigo 736 do Código de Processo Civil e o artigo 2^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil não foram prequestionados.

Já o artigo 8^o, § 2^o, da Lei n. 6.830, de 1980 – prequestionado – teve sua vigência negada pelo acórdão recorrido, **in verbis**:

“Diz o art. 156, V, do Código Tributário Nacional, que o crédito tributário é extinto pela ‘prescrição e a decadência’. Como, sem a menor dúvida possível, a prescrição não tem só o efeito de obstaculizar o direito de ação mas, substancialmente, de extinguir o direito de crédito, é causa extintiva do direito material correspondente à relação jurídico-tributária entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação fiscal.

Desta forma, a matéria de prescrição em Direito Tributário é assunto de direito material, incluindo-se na expressão *normas gerais* do art. 18, § 1^o, da Constituição de 1969, a exigir lei complementar para sua regulamentação, integrados nesta os casos de suspensões e de interrupções. Inclusive, no mesmo sentido e de forma explícita, é o que diz o art. 146, III, **b**, da Constituição de 1988.

Assim, as hipóteses de prescrição, sua suspensão ou interrupção, que constem da Lei n. 6.830/1980, que é uma lei ordinária, não têm eficácia de revogar disposições expressas do CTN, que é lei complementar. Em outras palavras, relativamente à prescrição, a exclusividade de incidência é uma das regras constantes do CTN” (fls. 43/44).

Diversamente do que aí está dito, a prescrição só passou a ser matéria própria das normas gerais de Direito Tributário a partir da Constituição de 1988 (art. 146, III, **b**).

À época da Lei n. 6.830, de 1980, a prescrição era suscetível de regulação por lei ordinária e isso sempre foi reiteradamente proclamado pelo Tribunal Federal de Recursos, de modo que o indigitado artigo 8º, § 2º, instituiu, sim, regra válida a propósito da interrupção da prescrição.

Aqui, a ordem de citação se deu em 9 de abril de 1984 (fl. 22, autos da execução em apenso). A citação se consumou por carta em 13 de julho de 1984 (fl. 27-verso autos da execução fiscal em apenso). A intimação da penhora foi feita pessoalmente em 4 de dezembro de 1987 (fl. 94-verso, autos da execução fiscal em apenso).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para restabelecer a autoridade da sentença de 1º grau.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: Lembro-me do problema aqui focalizado. Agora, se a Turma decidiu no sentido do voto do Relator, e a Seção já respaldou, como o afirma o Ministro Ari Pargendler, acompanho a posição por ele tomada.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Face à divergência manifestada pelo Ministro Ari Pargendler, pedi vista dos autos para apreciar melhor o tema da interrupção da prescrição, contida na invocação de violação aos arts. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830, de 1980, e 2º, § 2º, da LICC.

Afirma o voto do Relator que o art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, não pode prevalecer diante da regra do art. 174, inciso I, do CTN, lei definida como de natureza complementar à Constituição pelo colendo STF.

Em tese, o raciocínio do eminente Ministro-Relator estaria correto. Ocorre, contudo, que se estaria promovendo discussão em torno de matéria relativa à hierarquia das normas legais, tema reservado à competência do STF, se em sede de recurso especial, como vem decidindo a egrégia Turma (Precedentes: REsps n. 42.282-CE; 92.988-PE; 80.935-MG, 79.657-BA e EREsp. 90.266-CE).

Assim pensando, e verificando que foi também requerido o recurso extraordinário, não conheço do recurso também neste ponto, já que não há divergência quanto à falta de prequestionamento dos ditos violados arts. 736 do CPC, e 2º, § 2º, da LICC.

Não conheço do recurso, pelas razões aqui expendidas.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: I. O presente feito foi incluído em pauta, sendo Relator o Ministro Adhemar Maciel, que assim relatou o feito:

“O Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial contra acórdão proferido pelo TJRS.

Companhia Della Giustina Indústrias Gerais, Comércio e Agricultura propôs ação incidental de embargos do devedor à execução fiscal movida pelo ora recorrente.

O juiz de 1ª grau julgou improcedentes os embargos.

Inconformada, a ora recorrida interpôs apelação.

Posteriormente, a Primeira Câmara Cível do TJRS, à unanimidade de votos, deu provimento à apelação, em acórdão assim ementado:

‘Embargos à execução fiscal. Prescrição.

A prescrição tributária é tema de direito material, como se intui do art. 156, V, do CTN, e, por isso, deve ser regulamentada por lei complementar (art. 18, § 1º, da CF de 1969, e art. 146, III, b, da CF de 1988), não tendo eficácia as normas a respeito constantes da Lei n. 6.830/1980, que é lei ordinária.

Prescrição decretada.

Apelação provida.’ (fl. 41).

A Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul foi intimada pessoalmente do acórdão em 15.2.1991 (fl. 45, verso), uma sexta-feira.

No dia 18.3.1991 (fl. 46), o ora recorrente requereu, por meio da petição de fls. 46/48, a suspensão do processo (art. 265, V, do CPC), o apensamento aos autos da execução fiscal e a devolução do prazo recursal.

Em 19.3.1994, o Estado do Rio Grande do Sul recorreu de especial pela alínea a do permissivo constitucional. Preliminarmente, alega descumprimento do art. 736 do CPC, com a conseqüente violação aos arts. 125, III; 244, 245, 246, 247, 248 e 249, § 2º, todos do CPC. No mérito, aduz que o acórdão proferido pelo TJRS contrariou o § 2º do art. 8º da Lei n. 6.830/1980 e o § 2º do art. 2º da LICC. Requer seja dado provimento ao recurso especial.

O ora recorrente também interpôs recurso extraordinário.

A Empresa-recorrida apresentou contra-razões.

O 1ª Vice-Presidente do TJRS indeferiu o pedido de fls. 46/48.

O Ministério Público local opinou pela admissão de ambos os recursos.

Os recursos excepcionais foram inadmitidos na origem, dando ensejo à interposição de agravos de instrumento para o STJ e o STF.

O agravo dirigido a esta Corte foi provido pelo eminente Ministro Américo Luz.

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko V. de Castilho, opinou pelo provimento do recurso especial em parecer assim ementado:

‘Recurso especial. Embargos à execução. Não-apensamento aos autos de execução que violou o julgamento da apelação. Contrariedade ao artigo 736 do CPC. Dispensa de prequestionamento. Parecer pelo provimento do recurso para anulação do julgamento’ (fl. 183).

É o relatório. (fls. 191/192).”

2. Submetido à votação, apresentou o feito o seguinte resultado: o Relator, em longo e judicioso voto, não conheceu do especial, no que foi acompanhado pelo Ministro Peçanha Martins.

O Ministro Ari Pargendler, diferentemente, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, sendo seguido pelo Ministro Hélio Mosimann.

Com o empate da votação (fl. 205), foi suspenso o julgamento e, em razão da nova composição da Turma, fez-se pertinente a reinclusão na pauta para novo julgamento (art. 52, IV, letra a, do RISTJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Entendo que, não tendo sido prequestionados os artigos 125, III; 244, 245, 246, 247, 248 e 249, § 2º, do CPC, não se pode, em sede de especial, examinar a questão do descumprimento ao art. 736 do CPC, dispositivo que tem a redação seguinte:

“O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.”

De referência ao § 2º do art. 8º da Lei n. 6.830/1980 e § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, dito contrariados pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, temos como pertinente de conhecimento o especial, neste aspecto.

O julgado aqui impugnado tem o seguinte resumo, em ementa:

“Embargos à execução fiscal. Prescrição.

A prescrição tributária é tema de direito material, como se intui do art. 156, V, do CTN, e, por isso, deve ser regulamentada por lei complementar (art. 18, § 1º, da CF de 1969, e art. 146, III, b, da CF de 1988), não tendo eficácia as normas a respeito constantes da Lei n. 6.830/1980, que é lei ordinária.

Prescrição decretada.

Apelação provida.” (fl. 41).

A tese vitoriosa no Tribunal de apelação foi a de que na área do Direito Privado a prescrição é matéria de Direito Processual, mas em Direito Tributário a prescrição tem alcance bem maior porque, além de obstaculizar o direito de ação, extingue o direito de crédito, que é direito material.

Assim, em Direito Tributário, prescrição é direito material e só pode ser disciplinada em lei complementar por exigência constitucional (art. 146, III, b, da CF/1988).

Em conseqüência da construção, entendeu o Tribunal que a prescrição prevista na Lei n. 6.830/1980, não tinha eficácia alguma, por tratar-se de lei ordinária.

Ainda, em conseqüência, não aceitaram que o despacho que ordenou a citação tivesse o condão de interromper a prescrição.

Esta tese, aceita pelo Ministro-Relator, Adhemar Maciel, e pelo Ministro Peçanha Martins, leva ao não-conhecimento do recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, que teve contra si a decretação da prescrição.

Com a devida vênia, o meu entendimento não se afina com a posição dos Ministros Hélio Mosimann e Ari Pargendler que assim proclamou em seu voto:

“Diversamente do que aí está dito, a prescrição só passou a ser matéria própria das normas gerais de Direito Tributário a partir da Constituição de 1988 (art. 146, III, **b**).

À época da Lei n. 6.830, de 1980, a prescrição era suscetível da regulação por lei ordinária e isso sempre foi reiteradamente proclamado pelo Tribunal Federal de Recursos, de modo que o indigitado artigo 8º, § 2º, instituiu, sim, regra válida a propósito da interrupção da prescrição.” (fl. 201).

Sigo, no particular, a corrente majoritária desta Corte, como tenho proclamado em diversos arestos. Senão, vejamos:

“Tributário. Prescrição: interrupção.

1. Em matéria tributária, a prescrição segue o art. 174 do CTN, dispositivo em sintonia com o disposto no art. 219 do CPC.

2. O CTN, Lei n. 5.172, de 25.10.1966, é considerado, para todos os efeitos legais, como sendo lei complementar.

3. A prescrição é interrompida pela citação e não pelo despacho que a ordena, pois em testilha o art. 174 do CTN e o art. 8º, § 2º, da LEF, prevalece o primeiro, por questão da hierarquia das leis.

4. Recurso especial conhecido e improvido.” (REsp n. 123.392-SP, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime).

No mesmo sentido são os julgados seguintes:

“Execução fiscal. Prescrição. Interrupção. Citação. Empresa. Sócio.

Em execução fiscal, o despacho que ordenar a citação não interrompe a prescrição. Somente a citação tem esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º da Lei n. 6.830/1980.

A interrupção da prescrição com referência à empresa-devedora interrompe também a prescrição com relação a seus sócios.

Recurso improvido.” (REsp n. 229.027-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 7.2.2000, p. 133).

“Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Embargos do devedor. Prescrição. Interrupção. Citação pessoal do devedor.

1. O art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do Código Tributário Nacional.

2. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Há de, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, de se estabilizar o conflito pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

3. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, o qual tem natureza de lei complementar e, por isso, se sobrepõe à Lei de Execuções Fiscais (6.830/1980), que é lei ordinária.

4. Recurso especial provido.” (REsp n. 218.286-SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 29.11.1999, p. 131).

“Tributário. Prescrição: art. 174 do CTN, § 2º, art. 9º da LEF e § 1º, art. 219 do CPC.

1. Prevalência da razão contida no CTN, por interposição constitucional (art. 146, III, **b**), que proclama ser da lei complementar a atribuição de regradar os institutos da prescrição e da decadência.

2. Somente a citação do devedor interrompe a prescrição – art. 174, § 2º, do CTN.

3. A posição não afasta a prescrição, na hipótese em que há paralisação do feito após ajuizamento: prescrição intercorrente.

4. Recurso improvido.” (AgRg no Ag n. 157.520-SP, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, DJ de 11.10.1999, p. 61).

Na hipótese dos autos, a citação foi ordenada em 9.4.1984 (fl. 22 dos autos em apenso), mas só se efetivou em 13.7.1984, quando foi assinado o AR pelo destinatário (fl. 27v.).

Conseqüentemente, interrompeu-se a prescrição a partir daí, 13.7.1984, estando irremediavelmente prescrita a execução fiscal.

Com estas considerações, não conheço do recurso interposto pela letra **a** do permissivo, mantendo integralmente o acórdão impugnado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 146.478 – PR

(Registro n. 97.0061272-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Companhia Paranaense de Energia – Copel
Advogados: Ira Neves Jardim e outros
Recorridos: Waldomiro Pizzato e cônjuge
Advogados: Nelson Luiz Velloso Filho e outro

EMENTA: Recurso especial – Desapropriação indireta – Serviço de passagem de cabos de transmissão de energia elétrica – Prescrição – Artigo 400, incisos I e II, do Código de Processo Civil – Prova testemunhal – Prova pericial – Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Embora a recorrente insista em afirmar cuidar-se a hipótese vertente de *valoração* da prova e não de *reexame* de prova, que é vedado em recurso especial (Súmula n. 7-STJ), a leitura acurada dos autos leva a conclusão diversa.

Para aferir se, **in casu**, a prescrição restou demonstrada pela prova pericial, necessário se faz o exame do laudo e dos documentos que a ele serviram de base.

O Direito Processual contemporâneo não adota o sistema da prova legal, que hierarquizava os meios de prova, mas sim o sistema da persuasão racional.

No caso dos autos é admissível a prova testemunhal, nos termos do artigo 400, **caput**, do CPC, pois não há exigência legal de exclusividade da prova pericial para a fixação da data da ocupação do imóvel.

Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam

fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 10 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Waldomiro Pizzato e sua esposa Maria Izabel Capelline Pizzato ajuizaram ação ordinária de desapropriação indireta, pela instituição de servidão de passagem contra a Companhia Paranaense de Energia Elétrica – Copel, em razão da ocupação pela Ré de área de propriedade dos autores, para a implantação de linha de transmissão de energia elétrica.

Encerrada a instrução processual, o MM. Juiz de 1ª grau, após afastar a prejudicial de prescrição argüida, julgou procedente a ação e condenou a Companhia Paranaense de Energia Elétrica – Copel ao pagamento de indenização pela desapropriação indireta. Fixou o termo inicial da correção monetária como a data do laudo pericial, os juros compensatórios a partir da juntada do mandado de citação e os juros moratórios, de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença (fls. 196/200). Após a oposição de embargos declaratórios, esclareceu o magistrado que os juros compensatórios foram fixados em 12% (doze por cento) ao ano (fl. 225).

Inconformada com esse resultado, interpôs a ora recorrente apelação, a qual houve por bem o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negar provimento, proferindo v. acórdão assim ementado:

“Apelação cível. Ordinária de indenização por desapropriação indireta. Prescrição. Inocorrência. Percentual de desvalorização. Juros compensatórios. Sentença mantida. Não ocorrida a alegada prescrição vintenária, correta a r. sentença de mérito que adotou o percentual de desvalorização de 66,67%, sugerido pelo sr. perito judicial, com isenção de ânimo. Quanto aos juros compensatórios, aplicam-se as Súmulas n. 56 do STJ e 618 do STF, nada havendo a reparar na r. sentença.” (fl. 271).

A ora recorrente opôs embargos declaratórios, mas desistiu “em razão de que o recurso especial a ser intentado não versará sobre o fundamento do artigo 401 do CPC mencionado nos embargos declaratórios, ficando sem objeto os referidos embargos” (fl. 287).

Irresignada, interpôs a Companhia Paranaense de Energia – Copel o presente recurso especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, por ofensa ao artigo 400, incisos I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que “é vedado produzir prova testemunhal sobre fatos já provados por documentos ou sobre os quais seja necessário exame pericial”. Requer, ao final, “seja proferida decisão em que haja exata valoração da prova documental e pericial, declarando, via de consequência, ocorrida a prescrição vintenária, impeditiva do pleito de indenização”.

Após as contra-razões (fls. 303/310), sobreveio r. parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não-conhecimento do recurso (fls. 329/331).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela Companhia Paranaense de Energia – Copel, com fulcro no artigo 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, por ofensa ao artigo 400, incisos I e II, do Código de Processo Civil, sob a alegação de que “é vedado produzir prova testemunhal sobre fatos já provados por documentos ou sobre os quais seja necessário exame pericial”. Requer, ao final, “seja proferida decisão em que haja exata valoração da prova documental e pericial, declarando, via de consequência, ocorrida a prescrição vintenária, impeditiva do pleito de indenização”.

Primeiramente, cumpre considerar que, embora a Recorrente insista em afirmar cuidar-se a hipótese vertente de *valoração* da prova e não de *reexame* de prova, que é vedado em recurso especial (Súmula n. 7, STJ), a leitura acurada dos autos leva a conclusão diversa.

É certo que, não obstante tradicionalmente se distinga *questão de fato* da questão de saber se *o que aconteceu* (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. (**Karl Larenz**, Metodologia da Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 2^a ed., p.p. 295/296).

Contudo, ensina **José Afonso da Silva** que “os erros do juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato. (...) Significa dizer que o juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato)”. (*in* Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro – RT, p. 131).

Pretende a Companhia Paranaense de Energia – Copel, em suma, que seja dada maior importância à prova pericial do que à prova testemunhal, porque seria “vedado produzir prova testemunhal sobre fatos já provados por documentos ou sobre os quais seja necessário exame pericial”. Ora, para aferir se, *in casu*, a prescrição restou demonstrada pela prova pericial, necessário se faz o exame do laudo e dos documentos que a ele serviram de base.

Tal análise já foi levada a efeito pelo Tribunal de origem, que concluiu:

“Com efeito, o apelante não provou o decurso do prazo prescricional de vinte anos com inércia da parte apelada. Os documentos de fls. 102/110 não se prestam para a fixação da data de ocupação. Não especificam sobre qual terreno se deu a montagem das torres e nada dizem sobre a passagem dos cabos, que consuma a ocupação. Ainda, a área em questão foi declarada de utilidade pública através do decreto federal datado de dezembro de 1981, conforme doc. de fl. 92. Apesar de importar a ocupação de fato, é dado que pende a favor do apelado. Em sentido contrário, o laudo pericial informou que a ocupação ocorrera há dezoito anos, baseado em informação de vizinhos. A testemunha José Ferro afirmou à fl. 160 que a instalação da servidão se deu em 1974, pois foi justamente nesta data que se deu a partilha do terreno de propriedade da família Ferro, o mesmo foi afirmado pela testemunha Ademir Vendramin no verso de fl. 160)” (fls. 273/274).

Dessarte, o exame das provas carreadas aos autos foi realizado pelo Tribunal competente. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, cabe apenas receber “a situação fática da causa tal como a retrata a decisão recorrida” (RSTJ 78/247). Permita-se transcrever o seguinte aresto:

“Recurso especial. Impossibilidade de considerar elementos de fato diversos daqueles em que se assentou o acórdão recorrido. Destina-se o recurso a velar pela exata aplicação do direito aos fatos que

as instâncias ordinárias soberanamente examinaram” (AgRg no Ag n. 3.712-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 9.10.1990).

Vale ressaltar, ainda, **ad argumentandum tantum**, que o Direito Processual contemporâneo não adota o sistema da prova legal, que hierarquizava os meios de prova, mas sim o sistema da persuasão racional, no qual, de acordo com os ensinamentos de **Ovídio A. Baptista da Silva**, “o juiz deve julgar – como o sistema da prova legal – **secundum allegata e probata**, porém, sem as peias que poderiam ser-lhe impostas pela exigência de tarifamento legal da prova, permitindo-se que o julgador, embora preso à prova constante dos autos, possa apreciá-la livremente segundo seu íntimo convencimento” (in Curso de Processo Civil, vol. 1, RT, 4ª edição, p. 351).

Por outro lado, “quando o direito material exige o documento público, sem limitação à exigência, as provas escrita particular e testemunhal são inadmissíveis. Após a admissão é que se aprecia a eficácia probatória” (**Pontes de Miranda**, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, Forense, 1974, p. 392).

No caso dos autos, todavia, é admissível a prova testemunhal, nos termos do artigo 400, **caput**, do CPC, pois não há exigência legal de exclusividade da prova pericial para a fixação da data da ocupação do imóvel, bem como por não ter sido tal fato provado, estreme de dúvidas, pelos documentos apresentados.

Assim, ainda que afastada a incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior, não há falar em violação ao artigo 400, incisos I e II, do CPC, uma vez que a apreciação das provas pelo Tribunal **a quo** se deu em estrita observância ao sistema processual adotado pelo Direito brasileiro.

Diante do exposto, não conheço do recurso especial interposto.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 150.167 – RJ

(Registro n. 97.0069963-3)

Relator originário: Ministro Adhemar Maciel

Relator p/ acórdão: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Advogados: Eduardo Braga Tavares Paes e outros
Recorrida: Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Taborda
Advogados: Terence Zveiter e outros
Sustentação oral: Francisco José Sampaio (pelo recorrente) e Terence Zveiter (pela recorrida)

EMENTA: Ação de indenização – Bem imóvel – Dano causado por terceiros – Responsabilidade subjetiva do Município – Nexó de causalidade – Inexistência – Preliminares rejeitadas – Divergência jurisprudencial não demonstrada – Violação de lei federal configurada.

1. Afastadas as arguições de conexão de ações; de julgamento **ultra petita** e de violação aos arts. 460 e 267, IV, do CPC.

2. No mérito, a questão não se caracteriza como de responsabilidade objetiva mas, sim, subjetiva do ente público, inexistindo nexó causal entre a alegada omissão culposa do Município e o dano sofrido pela autora por ato de terceiros.

3. Não há falar também no princípio da “falta de serviço”, acatado pelo acórdão recorrido, e em omissão do exercício do poder de polícia pela Municipalidade.

4. Recurso especial conhecido pelo fundamento da letra a e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Hélio Mosimann. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Aldir Passarinho Junior. Ausentes, nesta assentada, os Srs. Ministros-Relator e Ari Pargendler.

Brasília-DF, 17 de junho de 1999 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Presidente.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 18.12.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Adhemar Maciel: O Município do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial com base nas alíneas **a** e **c** do autorizativo constitucional. O acórdão vergastado é do TJRJ:

2. Os fatos, em resumo, são os seguintes:

Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Tabora ajuizou ação ordinária de perdas e danos contra o Município do Rio de Janeiro.

Na petição inicial, a então autora disse que escolheu a Barra da Tijuca para fixar sua residência, pois se tratava de recanto tranqüilo e aprazível. Assim, adquiriu um lote na rua Sérgio de Carvalho, ao lado de propriedades de “cidadãos componentes da chamada classe média alta brasileira”. Pagou preço alto. Edificou uma “bela e ampla residência”. Ocorre, porém, que, por descaso do Município do Rio de Janeiro, começaram a pontilhar baracões em terrenos alheios, praças públicas e em parte da Floresta da Tijuca. Formou-se, então, uma favela.

Tão logo surgiu a primeira construção irregular, a então autora levou o fato ao conhecimento dos órgãos públicos competentes. Procurou a Prefeitura em 18.11.1985, e formalizou a denúncia, a qual foi encaminhada ao diretor da Serla, à Dra. Tereza Formenti, Diretora do 6^a DED, e à Dra. Maria da Glória, Diretora do 23^a DE. Em decorrência de sua iniciativa, o Sr. Antônio de Brito Araújo, responsável pela obra ilegal, foi intimado em 2.12.1985 para demolir sua construção. A intimação foi simplesmente ignorada. A coisa não ficou por aí. Através do Edital n. 12/1985, de 12.12.1985, do diretor-superintendente da Serla, o Sr. Antônio de Brito Araújo foi intimado de que a obra que ele vinha executando estava interdita por tempo indeterminado. Mais tarde, em 17.3.1986, o mesmo diretor-superintendente da Serla oficiou à Cehab-RJ instando fosse arranjada casa para acomodar o Sr. Antônio e sua família. O pedido foi indeferido. Em 9.6.1986, chefes do DM opinaram pela remoção das pessoas e posterior destruição das edificações clandestinas. Nada se fez até o momento. A então autora não esmoreceu: procurou o Secretário Municipal do Desenvolvimento Social. Chegou-se à conclusão que não cabia a intervenção da mencionada Secretaria, uma vez que se tratava de “matéria de direito de vizinhança”. O secretário, então, sugeriu à Autora, ora recorrida especial, que fizesse um “tratamento paisagístico no seu terreno para preservação de sua privacidade”.

Após digressão sobre o poder de polícia, a então autora transcreveu o art. 159 do CC, sublinhando:

“Devido à omissão e negligência da Municipalidade, que propiciou a formação de uma favela ao redor da residência da Suplicante, sofreu esta última com a desvalorização do seu imóvel cerca de 50%, conforme prova a avaliação feita pela Consultan – Consultoria, Administração e Vendas de Imóveis, datada de 5.2.1987, cuja cópia encontra-se em anexo (Doc. XVIII).”

3. Em sua contestação (fls. 37/38), o Município do Rio de Janeiro frisou que jamais abdicara de seu poder/dever de polícia. Como reconheceu o Juiz da 5ª Vara da Fazenda, na ação cominatória proposta pela Autora (fls. 39/44), não se tinha como assinar à autoridade administrativa prazo para a propositura de ações judiciais para que os barracos fossem demolidos. “Além de que a propositura de ações demolitórias não faria cessar, por si só, o desconforto da Autora, nem evitaria, por si só, a consumação do alegado prejuízo”.

Por último, o contestante falou que a então autora deveria ser julgada carecedora da ação. Ademais, não se poderia afirmar, desde então, que ela venderia seu imóvel com valor inferior a imóvel semelhante, em local semelhante, mas sem a vizinhança de habitações pobres.

4. No saneador (fls. 70/71), o juiz afastou a carência da ação. Deferiu prova pericial, nomeando o perito. O Município agravou retidamente.

5. A sentença de mérito (indenizatória) se acha às fls. 109/121. O pedido da Autora foi julgado procedente, sendo a indenização fixada em NCz\$ 434.650,00, valor de 29.7.1989, correspondente a 269.550,88 BTN's, que deverão ser atualizados por ocasião do efetivo pagamento. Verba de patrocínio, em 15% sobre a indenização.

6. Contrariado com o resultado, o então réu (Município), ora recorrente especial, apelou (fls. 125/146). Inicialmente, começou por pedir fosse apreciado o agravo retido antes do julgamento da apelação. Como a questão de mérito girava em torno de “direito de vizinhança”, o Município, ora apelante, era passivamente ilegitimado para a ação.

A Autora deveria, isso sim, ter aforado ação contra os vizinhos, e não contra o Município do Rio de Janeiro. Após transcrever doutrina, falou que o processo era nulo, pois não houve citação dos proprietários dos terrenos

onde se deram as construções irregulares. Também o Estado do Rio de Janeiro teria que ser citado como litisconsorte. “No que pertine ao Estado do Rio de Janeiro, é inequívoco o seu dever de agir, através dos órgãos referidos às fls. 20 e 23 a 29 – a Superintendência Estadual de Rios e Lagoas – Serla, e Companhia Estadual de Habitação do Rio de Janeiro – Cehab-RJ, o primeiro deles titular do poder de polícia, a teor da legislação estadual a seguir transcrita, bem como através da Cedae – Companhia Estadual de Água e Esgoto” (a legislação estadual foi citada).

No tocante ao mérito, o Apelante invocou doutrina para dizer que, em se tratando de “atos predatórios de terceiros ou de fenômenos da natureza”, prevalece o princípio geral da culpa civil. A seguir, lembrou que o então apelante não teria como obrigar os ocupantes de terrenos a desmancharem suas construções. Não fica a cargo do Município a dicção da política econômica nacional, responsável pelo aviltamento dos salários, a não-geração de novos empregos, os fluxos migratórios dos Estados mais pobres. Hoje, não se tem como evitar a proliferação das favelas. Na realidade, viver em favela não é opção, mas contingência. A seguir, falou até na política do *Lebensraum* do Terceiro Reich... Ademais, não se tinha como criar distinções de classe (CF, art. 19, III).

Mais para a frente, o Apelante frisou:

“O pedido indenizatório deduzido, bem assim a sentença condenatória de que ora se apela, tiveram fulcro no caráter dito irregular das construções vizinhas à Apelada, posto que *não licenciadas* (dado este não comprovado), irregularidade que suscitaria, por si só, o exercício do poder de polícia pertinente, não efetivado.”

Ademais, havia entre os imóveis alguns construídos em terrenos particulares. Em decorrência, somente ao particular é que cabia providenciar a demolição da construção. Essa a lição de **Hely Meirelles**. O Município teve que responder por nada mais nada menos que 8 ações possessórias por construção indevida em praças e vias públicas no mencionado loteamento. “Ora, se o Apelante não logrou o desfazimento de construções irregulares em logradouros públicos, negando-lhe o Judiciário tal *poder*, o que dirá em *área da competência da Serla – órgão estadual – e terrenos particulares*”.

Em seguida, o Recorrente disse que o laudo pericial não havia separado o que era estadual do que era municipal.

7. As contra-razões se acham às fls. 184/208.

8. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro principiou por dizer que decorrido o prazo de um ano da suspensão do processo não houve, ainda, julgamento. O agravo retido não merece ser conhecido. Não atende ao disposto no art. 523, I e II, do CPC. A sentença recorrida deve ser mantida.

9. O Tribunal de Justiça, tendo como relator o eminente Desembargador Éllis Figueira, negou provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial:

“Legitimação **ad causam** reconhecida em julgado paralelo circunscrito às mesmas partes e objeto litigioso, no que afasta de pertinência adormecido agravo retido na morada dos autos.

Litisconsórcio passivo visando a arrastar o Estado do Rio de Janeiro num litígio a envolver, tão-somente, o abuso de edificações clandestinas sobre áreas públicas e privadas, cuja fiscalização, policiamento e ação contentiva se credita ao Poder Público Municipal. Pretensão afastada.

Preclusão. Não se encampa pedido de nova perícia para aferição de valores, se a parte se omitiu na realizada no curso da instrução, dela deixando de participar, não indicando assistente técnico e nem quesitando. Sobre os laudos ofertados ainda disse, inobstante a isso convocada. A fase processual dissipada conduz à preclusão, não mais se restabelece, vez que a marcha processual é dinâmica e progressiva, vai adiante, sem recuos.

Responsabilidade civil pelo flanco da teoria do risco administrativo. Omissão de agir, ao que lhe cumpria promover, na escora de seu poder de polícia edilícia, deixando a Municipalidade o recrudescimento de uma favela, barracos por toda parte, em região nobre unifamiliar; objeto de planificação urbanística, nisso desvalorizando as propriedades privadas, regularmente edificadas em moradas.

Conduta omissa que se avulta por admitir edificações afrontosas até dentro de áreas públicas.

‘No Direito brasileiro’ – assinala o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, integrante do mais Alto Pretório da República, em exposição meritória – ‘convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou,

quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente' (Rev. Ciência Jurídica, Vol. 42/12-13, nov. 1991).

Recursos compulsório e voluntário improvidos" (fls. 360/361).

10. O Apelante embargou de declaração (fls. 368/370). Disse que havia levantado a conexão entre o presente feito e a ação cominatória, o que foi rejeitado. Dessarte, o Tribunal deveria manifestar-se sobre a conexão, e, em especial, sobre os arts. 103 e 105 do CPC. Na realidade, a Apelada também havia concorrido para a favelização dos terrenos, pois nunca se utilizou dos remédios processuais à sua disposição. O Tribunal, ademais, deveria manifestar-se sobre o art. 1.060 do CC. O julgamento – frisou – se fez **ultra petita**.

11. Os embargos declaratórios foram rejeitados. A ementa se encontra às fls. 373/374.

12. O recurso especial está à fl. 377. O aresto atacado violou os arts. 267, VI; 103, 105 e 460, todos do CPC. Também violados restaram os arts. 15, 159 e 1.060 do CC e o art. 5º da LICC.

Depois de uma exposição do **petitum** e dos fatos processuais, o recorrente especial, vale dizer, o Município do Rio de Janeiro, disse que a Autora vinha, até então com sucesso, sustentando a tese incongruente: "indenização por ter que suportar e conviver com os pobres, seus hábitos que lhe causam horror, suas construções que lhe ofendem o gosto". "Trata-se, sem dúvida, de uma tese nova, que, se conseguir vingar, encontrará muitos interessados na irregularidade edilícia alheia". O acórdão ora atacado afastou tanto a ilegitimidade ativa quanto a passiva. No mérito, saiu pela teoria da *faute du service*, uma vez que o Município havia, em seu entender, deixado de tomar providência efetiva, permitindo que proliferasse uma favela à luz do dia.

A seguir, o Recorrente passou a analisar cada um dos artigos tidos por ele como maculados pela decisão do TJRJ:

"Art. 267, VI, do CPC – a violação de normas de direito difuso não dá ensejo à indenização. Indenização, só no caso de violação de direito de vizinhança. Nesse último caso, o Município jamais poderia figurar no pólo passivo da presente ação indenizatória. 'É evidente, portanto, que a Recorrida direcionou mal a sua pretensão, o que gera a carência acionária por ilegitimidade **ad causam**'. Logo, arranhado saiu o CPC em seu art. 267, VI.

Arts. 103 e 105 do CPC – a Autora, ora recorrida especial, ajuizou duas ações. A primeira delas é prejudicial. E a Autora sucumbiu. O Município, como se falou, levantou a questão da conexão, que foi afastada pelo acórdão recorrido. Ora, os feitos já estão no mesmo grau – 2ª – de jurisdição, o que permite a junta dos processos. Há possibilidade de contradição entre as decisões finais. ‘Não seria crível que a Autora pudesse obter ganho de causa em ambos os feitos. Se obtiver indenização integral, nada mais poderá reclamar. Se o Poder Público cumprir o preceito cominatório, nada mais haverá a indenizar’. Essa questão ficou bem ressaltada e explorada nos embargos declaratórios. O acórdão entendeu, erroneamente, que de conexão não se tratava. Trata-se de verdadeira incongruência, pois, antes, como se pode ver à fl. 249, já fora reconhecida a conexão entre as ações.

Art. 460 do CPC – o aresto atacado condenou o réu (Município) em quantia maior do que a vindicada na ação. A Autora pediu 50% de indenização, o TJRJ deu mais.

Arts. 15 e 159 do CC – o pedido se faz com fulcro no art. 159 do CC. Logo, não se tem de cogitar de responsabilidade objetiva. A Autora não provou qualquer responsabilidade do Réu na favelização do ambiente. Não há prova de nexo de causalidade, o principal elemento caracterizador da responsabilidade. Só o terceiro é que poderia ser responsabilizado. Qual a medida a ser tomada pelo Município? Poderia, ele, fechar os olhos à situação daqueles que vivem dentro das construções vizinhas à da Autora, fazendo com que, dos toscos barracos, passassem eles a ocupar as calçadas, praças e outros logradouros públicos? Será que o interesse da coletividade na boa estética das suas construções, no embelezamento da cidade ou na harmoniosa distribuição das edificações não cede diante do direito à vida, à dignidade humana, à segurança e à saúde?”

Mais para a frente, o recorrente especial lembrou que a Autora nunca apontou dispositivo de lei que assinale prazo para que ele, o Município, demolisse obras de favelados ou ocupantes de construções irregulares. “Conseqüentemente, é errado afirmar que o Município, por que ainda não demoliu as tais edificações, está em mora em relação às suas atribuições legais.”

No tocante à aplicação da teoria francesa da *faute du service*, é bom deixar patente que não houve omissão por parte do Município. Medidas foram tomadas. Só que não produziram efeito, não por culpa do Município.

O resultado é que não foi aquele esperado pela Recorrida. A Recorrida, ademais, nunca demonstrou o efetivo dano. Ela, na verdade, diante da miséria das grandes cidades, não tem como exigir condições “bucólicas”, “nobres” de antigamente. Logo, não há dano jurídico a ser indenizado.

Art. 1.060 do CC dispõe “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Ora, caso aqueles que construíram irregularmente venham a ser removidos, e restabelecidas as praças etc., como ficará a Recorrida, se já tiver recebido indenização? Houve, dessarte, afronta ao art. 1.060 do CC.

Art. 5º da LICC – a decisão recorrida fez ouvidos moucos desse artigo, que recomenda que o juiz se atenha aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

No tocante à alínea c, transcreveu voto do Ministro Francisco Rezek no RE n. 103.299-RJ. Ora, o acórdão recorrido reconheceu ao vizinho o direito subjetivo decorrente de normas edilícias que impõem limites à faculdade de construir, abandonando a distinção de direito subjetivo e interesse legítimo. Contrariou jurisprudência do STF.

Depois rememorou que a tese sufragada pelo acórdão do TJRJ implicava sanção a “verdadeiro regime de segregação, incompatível com os princípios democráticos brasileiros, insculpidos na Carta Constitucional brasileira”.

13. Contra-razões ao especial, fls. 434/461.

14. Recurso extraordinário, fl. 464, o qual não foi admitido.

15. O presente recurso especial foi distribuído a V. Ex.ª, Sr. Presidente. Como eu já havia relatado o AgRg n. 65.452-RJ, V. Ex.ª determinou, à fl. 571, me fosse o recurso especial distribuído.

O agravo regimental foi interposto pelo Município do Rio de Janeiro, uma vez que em minha decisão monocrática eu entendera que o art. 1.060 do CC, o art. 5º da LICC e o art. 460 do CPC não tinham sido devidamente prequestionados. Apliquei, então, a Súmula n. 282-STF. No tocante aos arts. 103 e 105 do CPC, entendi que o Agravante não havia atacado a questão. No relativo ao art. 159 do CC, tive que a decisão envolvia matéria fática. Quanto ao art. 267, VI, do CPC, dei como não prequestionado. Pela alínea c, meu entendimento foi pela falta de similitude de teses. Por tais razões, neguei provimento ao regimental. Fui acompanhado pelo

eminente Ministro Mosimann, que, em voto-vencido, se bateu pela não-demonstração da divergência jurisprudencial. O que o Recorrente fez foi simplesmente copiar trechos, sem fazer o confronto analítico.

V. Ex.^a, em voto-vista, já tomou outro caminho. Entendeu que houve prequestionamento do art. 159 do CC. Teve por suficientemente confrontada a divergência jurisprudencial. O Ministro Pádua Ribeiro, sem maiores considerações, acompanhou V. Ex.^a por achar que a matéria merecia maior exame.

O acórdão, ementado por V. Ex.^a ficou assim cristalizado:

“Agravamento regimental. Ordem dos processos no Tribunal. Agravo provido para melhor exame do recurso especial.”

V. Ex.^a, Ministro Pargendler, pediu vista. Tomou outro rumo.

16. À fl. 579, a Recorrida pediu o adiamento do feito, então incluso em pauta (17.11.1997).

17. As partes apresentaram memoriais. O Recorrente, através dos ilustres Procuradores Drs. Luiz Antônio Barretto e Eduardo Braga Tavares Paes; a Recorrida, por meio do ilustre Advogado Dr. Terence Zveiter.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Maciel (Relator): Sr. Presidente, vamos procurar examinar tópico por tópico do recurso especial do Município do Rio de Janeiro.

Na ordem lógica, o primeiro exame deve girar em torno da conexão de causas. Como se disse no relatório, a ora recorrida, Sra. Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Taborda, antes de aforar a presente ação de indenização contra o Município do Rio de Janeiro, havia entrado com uma ação cominatória para obrigar o Município do Rio de Janeiro, em virtude de seu poder de polícia, a demolir barracões construídos ilegalmente no final da rua Sérgio Carvalho. Sucumbiu na 1ª instância (fls. 310/315), uma vez que o Juiz monocrático entendeu que a ação deveria ter sido ajuizada contra os edificadores das obras irregulares. O Município, então, foi tomado por passivamente ilegitimado **ad causam**. O TJRJ (fls. 316/322) reformou a sentença, entendendo que o Município, ao contrário do que concluía o Juiz,

era legitimado. Os autos foram para o Ministério Público Estadual. De acordo com o ofício de fl. 306, lá se acham desde 7.2.1992.

O TJRJ afastou a conexão. Levou em conta que os autos da cominatória se encontram em poder do Ministério Público, e o juiz terá, ainda, que se pronunciar quanto ao mérito.

Sr. Presidente, não resta a menor dúvida de que o caso seria mesmo de conexão, uma vez que, de acordo com o art. 103 do CPC, o objeto ou a causa de pedir é comum às duas ações. Ocorre, porém, que as ações amadureceram em tempo diferente, impossibilitando a reunião processual. Só possível reunir aquilo que se acha no mesmo nível, no mesmo patamar processual. O TJRJ, por seu turno, bem que tentou fazer a reunião, suspendendo o andamento da presente ação de indenização por um ano. Nada conseguiu, porém.

Por tais razões, afasto a violação aos arts. 103 e 105 do CPC.

Examinemos, a seguir, a alegada violação ao art. 460 do CPC.

O Recorrente assevera que o acórdão atacado foi **ultra petita**. A Autora pediu 50%, e foi-lhe dado mais. Logo, violado restou o art. 460 do CPC, que dispõe que é vedado ao juiz “condenar o réu em quantidade superior” à que foi pedida.

Sr. Presidente, vejamos o que foi pedido:

“Isto posto, vem a Suplicante requerer a V. Ex.^a:

a) ...**omissis**....

b) seja citado o Suplicante (**sic**) a pagar a quantia referente à indenização por perdas e danos, que será arbitrada por V. Ex.^a.

c) ...**omissis**....”.

Ora, pouco importa tenha a Autora, em sua petição inicial, falado que havia ocorrido uma desvalorização em torno de 50%, por causa da favelização. Se ela, Autora, tivesse pedido 50% a título de compensação, o Juiz, efetivamente, não poderia dar mais (90%). Estaria amarrado ao **petitum actoris**. Mas, como acabamos de ver, não foi isso que aconteceu. Os 50% mencionados na inicial foram mero reforço argumentativo. Não é, sob o ponto de vista técnico, um pedido.

O Recorrente diz, mais, que o pedido deve ser certo (CPC, art. 286),

e a Autora deixou à conta do juiz, requerendo fosse o Réu condenado “a pagar a quantia referente à indenização por perdas e danos, que será arbitrada por V. Ex.^ª”. Ora, essa questão não foi tratada pelo acórdão recorrido Logo, não tem como ser considerada, à míngua de prequestionamento.

Não vejo, em conseqüência, maus-tratos inflingidos ao art. 460 do CPC.

Continuemos.

O Recorrente falou que também o art. 267, VI, do CPC sofreu arranhão por parte do aresto, o qual deixou “de reconhecer a impertinência subjetiva passiva que se evidencia na presente ação”. Pondera que a lei assegura ao proprietário o direito de construir, pouco importando que tal direito sofra limitações pelo Poder Público, e fique condicionado ao não-molestamento de vizinhos. A violação das normas gerais que protegem a coletividade não faz nascer, **ipso facto**, o direito de reparação por quem tenha sofrido prejuízo. Diferente é a situação, se a molestação advém do próprio vizinho. É o que se dá no caso concreto. A Autora, no lugar de acionar seus vizinhos, obrigando-os a demolir as edificações ilegais, acabou por chamar a juízo o Município, que passivamente é ilegitimado para o feito. Daí a afronta ao art. 267, VI, do CPC.

O acórdão atacado, embora tenha falado em “litisconsórcio”, não decidiu quanto à ilegitimidade passiva do Município no tocante aos proprietários ou ocupantes de prédios vizinhos. Nos embargos de declaração (fls. 368/370), o ora recorrente especial não provocou a Oitava Câmara sobre um tema que já vinha desde a contestação.

Sr. Presidente, é importante observar que o Recorrente, embora tenha “rodeado”, acabou por não atacar a questão relativa ao litisconsorte necessário.

Por tais razões, não conheço também quanto à alegada violação ao art. 267, VI, do CPC.

Continuemos.

O Município assevera que o aresto arranhou os arts. 15, 159 e 1.060, todos do CC.

Toda a ação indenizatória – redargüiu o Recorrente – se baseia na culpa subjetiva do Poder Público municipal. Logo, não se pode invocar “omissão da Administração”, que está no campo da responsabilidade objetiva. Desse modo, a responsabilidade de ente público exige a coexistência de nex

causal, de dano e de omissão culposa. Não houve omissão do Município, que foi diligente, consoante se pode pinçar da documentação de fl. 23 (auto de intimação do ocupante irregular do terreno), fl. 24 (edital), fl. 25 (interdição de obra), fl. 26 (pedido de remoção do ocupante irregular) e fl. 28 (laudo de vistoria administrativa). “Assim, não houve omissão da Administração Municipal, não se podendo configurar, então, a sua responsabilidade. Se mais não fez, é porque não lhe competia, como de fato não lhe compete demolir, pura e simplesmente, edificações irregulares sem que tenha lugar digno e apropriado para o qual possam ir os seus ocupantes”. Não há, ademais, nexos causal e culpabilidade da Administração Municipal.

O que houve – prosseguiu o Recorrente – foi resultado de atuação ilegal de terceiro, sem nenhuma autorização ou conivência do Poder Público. Só o terceiro responde por dano por ele causado.

No tocante à teoria da *faute du service*, no qual se calcou o acórdão recorrido, o Recorrente frisou que o caso não é, como nos exemplos corriqueiros, de “serviço de transporte público”, de “iluminação pública” etc. É bem diferente. “Trata-se, aqui, do exercício de um poder político, eminentemente discricionário e que deve atender ao interesse público, não importando que não atenda ao interesse imediato de algum particular”.

Sr. Presidente, o eminente Relator **a quo** diz em seu voto:

“Quanto ao mérito, a sentença merece mantida por seus acertos e bons fundamentos. A ela, pouco se há de acrescentar,

‘Positivamente, a teoria da *faute du service*, ou culpa do serviço, omissiva ou comissiva, aqui tomado em sentido de abrangência, criação do Conselho de Estado da França no começo de nosso século (conf. **Aguiar Dias**, citando **Paul Duez**, Da Responsabilidade Civil, Forense, 4ª edição, 1960, tomo II/607), não é infensa a evolução do nosso Direito no campo da responsabilidade civil, não decorrente propriamente de ação culposa do agente público, mas do funcionamento defeituoso, precário ou omissivo do serviço, com o que faz irradiar danos a terceiros.’

Depois de transcrever **Hely Lopes Meirelles**, o eminente Relator prosseguiu:

‘Comprovada que ficou a ausência de qualquer providência efetiva da Administração Municipal, embora vezes bastas provocada, deixando que se proliferasse uma favela à luz do dia,

essa falta do dever de vigilância e de proteção à ordem edilícia, assume às inteiras a responsabilidade, por culpa presumida e lesiva à Autora.’

‘Como lecionam os nossos publicistas, o fundamento básico da responsabilidade do Poder Público deriva do princípio da igualdade dos cidadãos em face dos deveres tracejados pela própria ordem constitucional, nesse ponto recíprocos.’”

Por último, o eminente Desembargador transcreveu lição de **Carlos Mário da Silva Velloso**, segundo o qual há convivência pacífica entre a teoria do risco administrativo com a responsabilidade civil objetiva.

“Positivada a omissão do Município e o dano suportado pela Autora-apelada (causa e efeito), inafastável a responsabilidade civil aí gerada, impondo-se a reposição da indenidade ao particular.”

Sr. Presidente, ainda que de cambulhada, a matéria está prequestionada.

Antes de enfrentar a questão que se nos antepõe, gostaria, ainda que à *vol d’oiseau*, de tecer considerações sobre alguns tópicos que me parecem relevantes para o calçamento de nosso raciocínio.

Falou-se – e muito – em “poder de polícia”. A Recorrida, desde o início das duas demandas – ação cominatória e ação indenizatória –, está dizendo que a Administração do Município do Rio de Janeiro tinha o dever de utilizar-se de seu “poder de polícia” para coibir a favelização da área. Como não soube utilizar-se a tempo e a hora de seu “dever/poder de polícia”, acabou por acarretar danos a ela.

Sobre o termo “poder de polícia”, observo que o conceito de *pouvoir de police* do Direito francês, que influenciou muito de perto em nosso Direito Administrativo, é mais acanhado do que o *police power* do Direito americano. Na França, como ensina **Caio Tácito** (Direito Administrativo. S. Paulo: Saraiva, 1975, p. 137), no início se entendia que o “poder de polícia” estava ligado à proteção da boa ordem, da segurança e da salubridade públicas (*assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques*). Depois, com o correr do tempo, o campo de proteção foi dilargado. Quanto ao *police power* do Direito americano, nota **Caio Tácito** (p. 138):

“Profundamente diverso se apresenta o sentido do poder de polícia na doutrina e na jurisprudência americanas. Enquanto nos países

européus a sua caracterização se limita apenas àquelas formas de limitação de direitos individuais emanadas da Administração (e, portanto, sujeita ao princípio da anterioridade legal), nos Estados Unidos o *police power* se apresenta, sobretudo, em referência ao exercício da função legislativa. Daí o seu deslocamento, em grande parte, para a esfera do Direito Constitucional, onde tem sido intensa e variável à construção, especialmente na jurisprudência da Suprema Corte, das grandes linhas do instituto.”

Caio Tácito, já com as vistas voltadas para nosso Direito, conceitua o instituto:

“O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há Direito Público subjetivo absoluto no Estado moderno. Todos se submetem, com maior ou menor intensidade, à disciplina do interesse público, seja em sua formação ou em seu exercício. O poder de polícia é uma das faculdades discricionárias do Estado, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar sociais” (p. 141).

Ainda sobre “poder de polícia”, é bom lembrar com **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (Direito Administrativo, 7ª ed., S. Paulo: Atlas, p. 99) que, apoiada em lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, esclarece que o poder de polícia “é atividade negativa no sentido de que sempre impõe uma abstenção ao particular, uma obrigação de *não fazer*. Mesmo quando o poder de polícia impõe, *aparentemente* uma obrigação de fazer, como exibir planta para licenciamento de construção, fazer exame de habilitação para motorista, colocar equipamento contra incêndio nos prédios, o Poder Público *não* quer estes atos. Quer, sim, *evitar* que as atividades ou situações *pre-tendidas pelos particulares sejam* efetuadas de maneira *perigosa* ou *nociva*, o que ocorreria se realizadas fora destas condições. Por outras palavras, mesmo quando se exige prática de um ato pelo particular, o objetivo é sempre uma abstenção; evitar um dano oriundo do mau exercício do direito individual”.

A segunda observação a ser feita, Sr. Presidente, é que em casos como o presente, que envolve a responsabilidade do Poder Público, não

podemos nos olvidar que qualquer solução que se dê ao caso concreto, jamais poderemos raciocinar fora do contexto social em que vive o País, sobretudo na região atingida. O mesmo caso ocorrido numa cidade pequena, pode e deve merecer tratamento jurídico diverso em relação a uma cidade grande e prenhe de problemas sociais e urbanísticos como o Rio de Janeiro, São Paulo ou Salvador. Se existisse um direito universal – o grande sonho de **Leibniz** –, poderíamos adiantar, asseverando que o mesmo direito aplicado em Londres e Calcutá traria fatalmente soluções judiciais diferentes.

Uma última observação. É quanto à teoria da “falta do serviço”, base do acórdão recorrido, como vimos do relatório e de trecho de meu voto.

A “falta do serviço” pressupõe culpa anônima da Administração. Só se pode falar em *faute du service* quando a lei obriga e a Administração não cumpre o que está nas normas. Para maior clareza, peço licença para transcrever trecho do saudoso Professor **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello** (Princípios Gerais de Direito Administrativo. II vol. Rio: Forense, p.p. e seg.):

“Destarte, a responsabilidade deflui do descumprimento da lei, que deixou de ser obedecida na conformidade do seu comando. Em desviando-se a prestação do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando-o com atraso ou de modo deficiente, por falha na sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica, e, portanto, do Estado, que, então, deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço.

Mas, repita-se, responsabilidade com base em culpa. E culpa do próprio Estado, do serviço que lhe incumbe prestar, não individualizável em determinado agente público, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, porém, ao funcionamento ou não-funcionamento do serviço, por falha na sua organização. Cabe, neste caso, à vítima comprovar a não-prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo.”

.....
“O princípio dominante, todavia, da responsabilidade civil, tanto no Direito brasileiro, como no dos povos cultos em geral, só pode ser o subjetivo, da culpa. O objetivo, do risco, apenas se compreende

quando se manifesta juntamente com o proveito, porque só então existe fundamento jurídico para efetivação da dita responsabilidade, qual seja, o do locupletamento à custa alheia” (p. 485).

Feitas as duas observações, voltemos ao caso concreto.

O Recorrente me parece com razão. Em primeiro lugar, não foi o Município que criou a situação aflitiva por que atravessa o País. A cidade do Rio de Janeiro, como é público e notório, padece, certamente pelo seu gigantismo, mais agudamente dos problemas sociais e urbanísticos por que todas as outras grandes cidades brasileiras passam. O Município, como ficou assentado na própria petição inicial da Recorrida, procurou tomar todas as providências a seu alcance. Tentou até remover o primeiro ocupante irregular. Procurou órgãos estaduais, também interessados diretos na solução do problema. Diante do grave problema social, todavia, não teve forças para desfavelar a região. Assim, pergunto eu: como atribuir culpa ao Recorrente pela implantação, em terrenos alheios e em terreno seu, de construções clandestinas? Diante das circunstâncias reais, não vejo como atribuir-lhe a responsabilidade. Ele, Município, não concorreu para o nascimento da favela. Por outro lado, o seu poder de polícia, como acabamos de ver da doutrina transcrita, não tem natureza positiva. Só negativa. Desse modo, não cabia à Administração Municipal sair pelos bairros e recantos desmanchando, por conta própria, construções irregulares que estivessem prejudicando moradores legalmente instalados em lotes vizinhos.

Por tais razões, Sr. Presidente, não obstante o excelente trabalho desenvolvido pelos advogados da Recorrida, não posso deixar de conhecer e dar provimento ao recurso pela alínea **a**.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O presente recurso especial, interposto pelo Município do Rio de Janeiro, ataca acórdão da egrégia Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator o eminente Desembargador Éllis Figueira.

Lê-se no julgado:

“A Autora-apelada, por volta de maio de 1985, adquiriu o lote de

terreno localizado na r. Sérgio de Carvalho n. 201, no bairro unifamiliar de Itanhangá, cercanias do Bairro da Tijuca, Freguesia de Jacarepaguá, nesta Capital (fls. 9/100 e 300), ali edificando sua morada, com piscina e terreno circundado de arvoredos (fls. 12/13).

Sua tranqüilidade e privacidade passou a ser afetada pelo surgimento, dia-a-dia, sempre num crescendo, de afrontosas edificações de barracos ao redor, alguns, inclusive, avançando sobre terrenos do domínio público, apáticas as autoridades públicas municipais.

Padeceu autêntica **via crucis**, palmilhou a *via dolorosa* das repartições públicas, de porta em porta, órgão a órgão, clamando e peticionando para pôr cobro àquelas construções irregulares e danosas (fls. 19/31).

Nessas instâncias administrativas obteve o reconhecimento da sua razão pelo Administrador Regional da Barra da Tijuca, e a Superintendência Estadual de Rios e Lagos ('Serla') chegou a expedir intimação aos ocupantes dos barracos, marcando-se-lhes prazo para as demolições.

Tudo ficou no papel e a *favela*, dantes embrionária, cresceu e se consolidou.

Fato consumado.

Apelou, ainda, em vão para o Secretário Municipal de Desenvolvimento Social. Teve o consolo de um ofício-resposta, sem negar a existência daquelas invasões e construções irregulares, limitando-se a sugerir que a Autora promovesse 'tratamento paisagístico para o limite de seu terreno com a comunidade da Floresta da Barra, a fim de impedir a visão de sua piscina pelos vizinhos'.

Nesse tópico, confira-se, a propósito, o registro da douta Procuradoria Geral da Justiça (fl. 242).

Comprometida sua privacidade, desacreditada qualquer ação das autoridades executivas, ajuizou ação de preceito cominatório contra o Município do Rio de Janeiro.

Suportou o insucesso no 1^a grau de jurisdição, sendo julgada carecedora de ação (fls. 39/44), decisório equívoco revisionado por este Órgão Coletivo, o qual se houve por remover o obstáculo da carecência acionária, por ilegitimação ativa **ad causam**, determinando o retorno do feito à origem para prossecução e prestação jurisdicional definitiva, quanto ao mérito (fls. 214/221).

Aforou, de permeio, esta ação ordinária de indenização, ante fatos consumados, contra o mesmíssimo Município da Capital, pleiteando, tão-só, o ressarcimento dos seus prejuízos pela desvalorização do seu imóvel particular (fls. 2/7), exibindo uma impressionante seqüência fotográfica, em que espelha, num testemunho mudo, seu desespero e incômodos (fls. 11/18)” – fls. 361/363.

“Comprovada que ficou a ausência de qualquer providência efetiva da Administração Municipal, embora vezes basta provocada, deixando que se proliferasse uma favela à luz do dia, essa falta do dever de vigilância e de proteção à ordem edilícia, assume às inteiras a responsabilidade, por culpa presumida e lesiva à Autora.

Como lecionam os nossos publicistas, o fundamento básico da responsabilidade do Poder Público deriva do princípio da igualdade dos cidadãos em face dos deveres tracejados pela própria ordem constitucional, nesse ponto recíprocos.

‘No Direito brasileiro – proclama o Ministro Carlos Velloso (*opus cit.*, p. 25) – convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta de serviço, que não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente’.

É precisamente o caso.

Positivada a omissão do Município e o dano suportado pela Autora-apelada (causa e efeito), inafastável a responsabilidade civil aí gerada, impondo-se a reposição da indenidade ao particular” (fls. 365/366).

As razões do recurso especial sustentam que o acórdão recorrido:

a) violou o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, porque a Autora é carecedora de ação, **in verbis**:

“Parece claro que, no caso concreto, ou a edificação violou regra de Direito Privado – e, aí, o pólo passivo desta ação deveria ser preenchido pelos vizinhos da Autora – ou violou-se regra de Direito Público – e, então, nem mesmo a Autora poderia figurar no pólo ativo, pois que não tem legitimidade para postular reparação relativa a danos decorrentes de violação de normas protetoras de interesses gerais” (fl. 386).

O voto do eminente Relator deixou de enfrentar a questão, ao fundamento de que ela não foi prequestionada, **in verbis**:

“O Recorrente falou que também o art. 267, VI, do CPC sofreu arranhão por parte do aresto, o qual deixou ‘de reconhecer a impertinência subjetiva passiva que se evidencia na presente ação’. Pondera que a lei assegura ao proprietário o direito de construir, pouco importando que tal direito sofra limitações pelo Poder Público, e fique condicionado ao não-molestamento de vizinhos. A violação das normas gerais que protegem a coletividade não faz nascer **ipso facto** o direito de reparação por quem tenha sofrido prejuízo. Diferente é a situação, se a molestação advém do próprio vizinho. É o que se dá no caso concreto. A Autora, no lugar de acionar seus vizinhos, obrigando-os a demolir as edificações ilegais, acabou por chamar a juízo o Município, que passivamente é ilegitimado para o feito. Daí a afronta ao art. 267, VI, do CPC.

O acórdão atacado, embora tenha falado em ‘litisconsórcio’, não decidiu quanto à ilegitimidade passiva do Município no tocante aos proprietários ou ocupantes de prédios vizinhos. Nos embargos de declaração (fls. 368/370), o ora recorrente não provocou a Oitava Câmara sobre um tema que já vinha desde a contestação.”

Com a devida vênia, o tema foi prequestionado, tendo o Tribunal a **quo** se reportado ao que havia decidido na apelação interposta face à sentença que julgara Sylvia Rosalina Pinto de Sampaio Tabora carecedora da ação cominatória, a saber:

“O agravo retido, seco, sem qualquer fundamentação, porque reiterado no apelo, desafia conhecimento.

A contestação aflorou simplesmente a carência da ação (fl. 37). O saneador a rejeitou expressamente (fl. 70).

Este agravo acha-se diluído de objeto em razão da decisão desta Câmara, na Apelação n. 3.805/1989 (fls. 214/221), afastando a carecência, pelos fundamentos que subsistem imutáveis, inclusive repudiada a incursão do Município pelo caminho do recurso especial para o colendo Superior Tribunal de Justiça” (fl. 364).

Naquele julgamento, a questão foi posta nestes termos:

“Indaga-se, e tão-somente, do cabimento da provocação jurisdicional pelo particular proprietário lesionado em seu direito subjetivo.

A sentença de 1ª grau, inobstante tecendo severas críticas ao comportamento da Administração Pública, concluiu por fazer coro com o posicionamento jurídico da contestação ofertada (fls. 61/66).

Não se houve com feliz desate.

O comportamento administrativo, comissivo ou omissivo, é consubstancialmente fato jurídico causal, emergindo dele direito subjetivo do cidadão prejudicado no postular por provisão jurisdicional.

Não há direito sem proteção, nem compadece com a ordem jurídica a omissão da Administração Pública, por indiferentismo, clientelismo político, conivência ou acomodação com os abusos desenfreados às normas edilícias.

A disciplina da construção não se destina apenas aos que legitimamente constroem, mas, e também, aos intrusos que se tornam parceiros indiretos do Poder Público” (fl. 318).

Com razão, nada sendo preciso aduzir, além da transcrição do restante do julgado:

“Lição sapiente dá-nos o talento de **Barbosa Moreira**, capitaneando aresto seguro editado pela egrégia Quinta Câmara Cível do nosso Colégio Judiciário, ao qual se toma como padrão e por empréstimo para a solução deste recurso:

.....

O reconhecimento da existência de direitos subjetivos em benefício dos particulares suscetíveis de sofrer prejuízo com a infração de normas de Direito Público – ordenadas embora, primariamente, à salvaguarda de interesses da coletividade como tal, e não dos interesses próprios dessas pessoas – está longe de representar novidade na doutrina brasileira e na jurisprudência dos nossos tribunais. Particularizando o discurso para o caso das chamadas normas edilícias, consulte-se, na literatura, a lição de **Hely Lopes Meirelles**, Direito de Construir, 3ª edição, S. Paulo, 1979, p.p. 79 e seguintes, onde se começa por dizer, em termos categóricos, que ‘as limitações administrativas ao uso

da propriedade, e especialmente as urbanísticas, conquanto sejam imposições de ordem pública, podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, interessados na sua fiel observância por parte de todos os proprietários sujeitos às regras dos arts. 572, 578 e 588, § 2º, do Código Civil, nas quais vê 'autêntica delegação da lei civil às disposições administrativas para que passem a atuar em lugar da legislação privada, preenchendo o claro da norma civil, embora, conservando o caráter de imposições de Direito Público' (**op. cit.**, p. 80, grifado no original), e abona-se com ensinamentos de **Filadelfo Azevedo, Virgílio Testa, Ferrini e Pulvirenti, Dabin** e de **Martino**, entre outros, para concluir, com muito acerto, que as 'limitações urbanísticas, conquanto expressas em disposições de ordem pública, geram direitos subjetivos para os proprietários que delas se beneficiam **uti singuli**, e que, por isso mesmo, podem compelir judicialmente os vizinhos a observá-las nas suas construções' (ob. cit., p. 83). Também, **Pontes de Miranda**, a respeito do art. 578 do Código Civil, onde se alude a 'posturas e regulamentos de higiene', explicava que ele 'faz conteúdo da lei de Direito Privado o que, a respeito da matéria, se estabeleça no Direito Público', e acrescenta: 'Em consequência disso, nascem aos vizinhos pretensões de Direito Privado' (Tratado de Direito Privado, t. XIII, Rio, 1955, p. 401).

Não se suponha, entretanto, que o fenômeno se restringe, com exclusividade, às hipóteses previstas **expressis verbis** em determinados dispositivos do Código Civil. O melhor entendimento é o que enxerga nesses textos simples 'pontos de afloramento' de um princípio geral subjacente; por isso, não se devem tomar em sentido restrito as referências a 'construções' e outras semelhantes, como se excluíssem, a contrário, a emergência de direitos subjetivos relacionados, como na espécie dos autos, com a destinação e o uso de prédios vizinhos, sujeitos à regulamentação administrativa. Óbvio, por outro lado, que os efeitos permanecem invariáveis, quer o comportamento ofensivo à norma edilícia parta de proprietário, quer emane de outro possuidor, **v.g.**, locatário.

Nem se incida no equívoco de, concedendo, embora que o particular prejudicado seja titular de direito subjetivo em face do vizinho infrator, porém, de que o seja igualmente em face da Administração Pública, jungida, como todos, ao estrito cumprimento das normas edilícias. Se o ato administrativo, **contra legem**, autoriza

construção ou uso fora dos limites permitidos, ou com postergação dos requisitos exigíveis, já se configura lesão ao interesse do particular protegido (conquanto indiretamente) pela norma, e ele fica em condições de reagir. O direito de não ser molestado ilegalmente, neste contexto, resolve-se numa dualidade de pretensões, contra o vizinho que constrói com infração da norma ou usa mal o prédio, e contra a Administração que abre ensejo, autorizando-a, à prática irregular' (F. Cível n. 24.449/1992, pub. Rev. Direito MPRJ, vol. 16, p.p. 118/128).

Aqui, a situação é paragonável, com uma agravante: as edificações sequer foram autorizadas expressamente, mas admitidas pela omissão, deixando-se de exercitar o poder de polícia que é, não apenas uma faculdade mas, também, um dever" (fls. 319/322).

b) contrariou os artigos 103 e 105 do Código de Processo Civil, porque esta ação é conexa à ação cominatória acima referida, e, estando ambos os feitos submetidos ao mesmo grau de jurisdição, deveriam ter sido julgados conjuntamente:

"... há evidente possibilidade de decisões contraditórias, já que a procedência de qualquer dos pedidos implica na perda do objeto do outro.

Não seria crível que a Autora pudesse obter ganho de causa em ambos os feitos. Se obtiver indenização integral, nada mais poderá reclamar. Se o Poder Público cumprir o preceito cominatório, nada mais haverá a indenizar" (fl. 387).

O tópico está prejudicado porque a ação cominatória foi, a final, extinta – conforme admitido na sessão de julgamento pelo eminente Procurador do Município do Rio de Janeiro, Dr. José Francisco Sampaio.

c) Violou o artigo 460 do Código de Processo Civil, porque as instâncias ordinárias deferiram à Autora mais do que ela pediu:

"... a Autora, ao ajuizar a presente ação, definiu, na inicial, o prejuízo que entendeu ter sofrido com a dita omissão do Poder Público. Disse à fl. 6:

'Devido a omissão e negligência da Municipalidade, que propiciou a formação de uma 'favela' ao redor da residência da Suplicante, sofreu esta última com a desvalorização de seu imóvel

cerca de 50%, conforme comprova a avaliação feita pela Consultan – Consultoria, Administração e Vendas de Imóveis, datada de 5.2.1987, cuja cópia encontra-se em anexo.’

Ao formular o seu pedido, a Autora refere-se à ‘indenização por perdas e danos, que será arbitrada por V. Ex.^a’.

Como o pedido precisa ser certo (CPC, art. 286), salvo nas hipóteses excepcionadas por lei (art. 286, incisos I a III) dentro das quais não se pode enquadrar a hipótese dos autos, é intuitivo que, ou se admite que a inicial foi inepta, ou se considera o valor do pedido aquele que, naquela peça, foi fixado como correspondente aos seus prejuízos” (fl. 391).

O eminente Relator rejeitou a preliminar, do seguinte modo:

“O Recorrente assevera que o acórdão atacado foi **ultra petita**. A Autora pediu 50%, e foi-lhe dado mais. Logo, violado restou o art. 460 do CPC, que dispõe que é vedado ao juiz ‘condenar o réu em quantidade superior’ a pedida.

Sr. Presidente, vejamos o que foi pedido:

‘Isto posto, vem a Suplicante requerer a V. Ex.^a:

a) ... **omissis** ...

b) seja citado o Suplicante (**sic**) a pagar a quantia referente à indenização por perdas e danos, que será arbitrada por V. Ex.^a.

Ora, pouco importa tenha a Autora, em sua petição inicial, falado que havia ocorrido uma desvalorização, devido à favelização, em torno de 50%. Se ela, Autora, tivesse pedido 50% a título de compensação, o juiz, efetivamente, não poderia dar mais (90%). Estaria amarrado ao **petitum actoris**. Mas, como acabamos de ver, não foi isso que aconteceu. Os 50% mencionados na inicial foram mero reforço argumentativo. Não é, sob o ponto de vista técnico, um pedido’.”

Nada mais é preciso dizer, para acompanhar essa conclusão.

d) contrariou os artigos 15 e 159 do Código Civil, porque o Município do Rio de Janeiro não foi omisso:

“... não se trata, aqui, de responsabilidade objetiva da Administração, porquanto a causa da indenização reside em uma alegada conduta omissiva e não de um ato de agente público.

Assim, é preciso, para a responsabilização do ente público, que se verifiquem, **in casu**, os três elementos referidos nos dispositivos legais violados, absolutamente essenciais ao surgimento da obrigação de indenizar: o ato ou omissão culposos, o nexo causal e o dano jurídico.

Com o exame atento dos autos, vê-se que a alegada omissão da Municipalidade inexistiu” (fl. 392).

Na instância do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça examina as teses jurídicas controvertidas à vista dos fatos tal como dimensionados no Tribunal **a quo**.

Na espécie, o acórdão recorrido afirmou que o Município foi omissos, e essa premissa – que se infere do trecho a seguir transcrito – não pode ser afastada, sob pena de se incorrer no reexame da prova, vedada nesta altura do processo (STJ – Súmula n. 7):

“Comprovada que ficou a ausência de qualquer providência efetiva da Administração Municipal, embora vezes basta provocada, deixando que se proliferasse uma favela à luz do dia, essa falta do dever de vigilância e de proteção à ordem edilícia, assume às inteiras a responsabilidade, por culpa presumida e lesiva à Autora” (fl. 365).

Os efeitos a serem extraídos desse fato estão intimamente vinculados à noção de qual deva ser a atuação do Município nesse âmbito, porque a respectiva responsabilidade depende de saber se ele estava legalmente obrigado a impedir o dano.

Veja-se, no particular, a lição de **Celso Bandeira de Mello**:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardio ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível.

Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estado de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Como indícios dessas possibilidades há que se levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da sociedade (e não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omisso, insuficiente ou inadequado. Este último nível de

expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão.”

“Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos” (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 10ª edição, 1998, p.p. 624/625).

As obrigações do Município, quanto à polícia das construções, foram assim descritas por **Hely Lopes Meirelles**:

“A polícia das construções se efetiva pelo controle técnico funcional da edificação particular, tendo em vista as exigências de segurança, higiene e funcionalidade da obra segundo sua destinação e o ordenamento urbanístico da cidade, expresso nas normas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano.”

“O fundamento legal da polícia das construções está no art. 572 do CC, que, ao dispor sobre o direito de construir, condicionou-o ao respeito do direito dos vizinhos e à observância dos regulamentos administrativos. Tais regulamentos, sendo de natureza local, competem ao Município e se expressam no Código de Obras e nas normas urbanísticas de uso e ocupação do solo urbano, que estabelecem o zoneamento da cidade; aquele fixando as condições técnicas e funcionais da edificação e estas indicando as construções e os usos próprios, tolerados ou vedados em cada zona. A edificação particular, principalmente a residência, unifamiliar ou coletiva, é o componente primordial da cidade que maior influência exerce na existência do indivíduo e na vida da comunidade. *Com tais interferências, não poderia a construção ficar isenta de controle do Poder Público, pelos males que adviriam do exercício incondicionado do direito de construir no aglomerado urbano. Daí por que toda construção urbana, e em especial a edificação, sujeita-se ao policiamento administrativo da entidade estatal competente para a sua regulamentação e controle, que é, por natureza, o Município.*”

A fiscalização das construções, principalmente das obras em execução, é o meio mais eficiente de o Município exercer o policiamento administrativo das edificações. Verificando irregularidade nas construções em andamento, a Prefeitura, por seus órgãos e agentes competentes, deverá notificar o responsável para a sua correção em prazo viável, e se, desatendida, poderá embargar a obra, mediante a lavratura do respectivo auto de embargo, fazendo paralisar os trabalhos, inclusive com requisição de força policial para o cumprimento da determinação municipal. Tratando-se de construções concluídas, e até mesmo habitadas ou com qualquer outro uso, a fiscalização notificará os ocupantes da irregularidade a ser corrigida e, se necessário, interdirá a sua utilização, mediante o competente auto de interdição, promovendo a desocupação compulsória se houver insegurança manifesta, com risco de vida ou saúde para seus moradores ou trabalhadores. Todo o procedimento da fiscalização e das medidas adotadas deverá constar de processo administrativo regular, na forma estabelecida no Código de Obras e normas complementares da edificação.

O embargo da obra, pela Prefeitura, deve ser precedido de notificação da fiscalização para a devida correção das irregularidades verificadas, e, se não forem corrigidas nas condições e prazos estabelecidos, *justifica-se a interdição dos trabalhos por meio direto do próprio Município, e até o emprego da força policial requisitada, se houve resistência do embargado.*

A *construção clandestina*, por não ter alvará de licença ou de autorização, pode ser embargada e demolida, porque, em tal caso, o particular está incidindo em manifesto *ilícito administrativo*, já comprovado pela falta de licenciamento do projeto, ou por sua inteira ausência.”

“Ao finalizar este tópico, convém lembrar que as sanções aplicáveis em razão do poder de polícia das construções são todas aquelas que estiverem previstas em lei ou regulamento municipal, e o serão diretamente pela Prefeitura, independentemente de decisão do Poder Judiciário, em razão do atributo da *auto-executoriedade das sanções administrativas* relativamente às atividades sujeitas ao controle imediato da Administração, como é, no caso, a edificação urbana. A ação de nunciação de obra nova, concedida especificamente ao Município, pelo inc. III do art. 934 do CPC, é apenas uma faculdade e não uma imposição impeditiva da auto-executoriedade do ato de polícia administrativa, respondendo a Administração pelos abusos que cometer” (in

Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, São Paulo, 10ª edição, 1998, p.p. 363/367, os destaques não são do texto original).

Fora de toda dúvida, no caso, essas obrigações deixaram de ser cumpridas. Dir-se-á, como sustentado nas razões do recurso especial, que no Município do Rio de Janeiro, isso deve ser relevado, **in verbis**:

“O artigo 5ª da Lei de Introdução ao Código Civil determina que ‘na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

Ao aplicar a regra legal ao caso concreto em exame, o egrégio Tribunal **a quo** deixou de atender a este princípio geral de direito, ferindo a lei, **data venia**.

Vive-se, já há muitos anos, no Brasil, uma profunda crise econômica, que afeta principalmente os mais pobres, causando séria recessão e miséria.

Uma das conseqüências dessa crise é, logicamente, a redução no nível das edificações, com a proliferação de casebres, barracas, etc., trazendo a lume uma triste realidade das famílias que têm a rua, as pontes e os viadutos como residência e abrigo.

A cidade do Rio de Janeiro não é exceção a essa regra e, apesar das tentativas do Poder Público no sentido de resolver ainda que uma pequena parte do problema, os resultados sempre se mostram desencorajadores, já que o universo da pobreza se alarga de maneira incontrolável.

O magistrado não pode, ao examinar os conflitos de interesses entre as partes deste processo, pretender ignorar o gigantismo do problema social e urbano que envolve o litígio, a situação de miséria absoluta que se alastra no País.

A tese da Autora se baseia no seu pretense direito a não ter que conviver com a miséria, já que, segundo ela mesma, ‘pagou um preço bastante elevado’ para residir em ‘local nobre e tranqüilo, de boa vizinhança, cujas residências ao derredor eram propriedades de cidadãos componentes da chamada classe média alta brasileira’.

A r. decisão recorrida, **data venia** dos seus eminentes prolatores, ao acolher a monstruosa tese da Autora representou um retrocesso

social, dando guarida a uma perigosa semente de discriminação, distanciando-se da regra de interpretação do artigo 5^a da LICC, enxergando o problema da Autora sob um enfoque divorciado da realidade brasileira, ignorando o bem comum cujas exigências a lei quer proteger e afastando-se do fim social que a lei traz em si” (fls. 401/402).

A tese, ela sim, é inusitada, porque implica a renúncia do Município do Rio de Janeiro a organizar o espaço urbano da cidade – **contra legem** (que dispõe o contrário) – com a agravante de que:

1^a – afronta a garantia constitucional de que todos são iguais perante a lei; ou, acaso, os pobres, ou, os que, em alguns casos, não sendo tão pobres, mas muito *espertos*, têm o direito de construir clandestinamente?

2^a – imputa ao vizinho, com *exclusividade*, o ônus de suportar os prejuízos decorrentes do descumprimento das posturas municipais, entre outros, o de sofrer o impacto do *esgoto* e do *lixo* originários da favela, que à época da perícia já contava com 480 (quatrocentos e oitenta) famílias, conforme se lê no laudo pericial:

“O esgoto se encontra canalizado até certo ponto das ruas mais íngremes, semiconstruído, sendo o esgoto dos barracos da rua Projetada E, *aos fundos da residência do Autor, a céu aberto ou despejados no rio à frente da residência em questão.*

O sistema de coleta de lixo se resume no depósito tipo caçamba da Comlurb, a 6,00m do n. 201 da rua Sérgio de Carvalho, utilizado pelos moradores da favela, *que fazem o despejo nos terrenos confrontantes com o imóvel n. 201*” (fl. 93).

Por tudo isso, o proprietário que requer e obtém *licença para edificar* tem o direito de exigir que o vizinho se sujeite às mesmas posturas municipais que lhe foram impostas, e de obter do Município uma reação efetiva contra o ilícito, demolindo as obras clandestinas *incontinenti*, com suporte na auto-executoriedade do poder de polícia; fora daí, não há justificativa para o próprio ordenamento jurídico, cujo valor ético está na certeza de que a lei vale para todos.

Provada a omissão do Município, ele responde pelos prejuízos dela decorrentes, porque deixou de cumprir obrigação legal em hipótese que era indeclinável. O prédio prejudicado foi construído em época na qual seria inimaginável que espaço tão nobre, inclusive em termos ambientais, fosse invadido por favela. O embrião dessa favela, levantado em área pública,

“sobre o talude do rio Itanhangá” (fl. 24), foi imediatamente denunciado aos órgãos técnicos do Município do Rio de Janeiro, que não obstante isso se limitaram a recomendar que a proprietária fizesse “um tratamento paisagístico para o limite de seu terreno com a comunidade da Floresta da Barra, a fim de impedir a visão de sua piscina pelos vizinhos” (fl. 30).

e) contrariou o artigo 1.060 do Código Civil:

“O referido dispositivo de lei federal” – está dito nas razões do recurso especial – ‘dispõe que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato’.

A r. decisão recorrida condenou o Município a ressarcir a Autora de um dano (meramente patrimonial, conforme antes explicitado) que ela, efetivamente, ainda não teve que suportar.

Veja-se que, se a favela for removida, se for urbanizada ou se os regulamentos administrativos forem alterados, passando a permitir aquele tipo de edificação naquela área, estará completamente sanado o problema da Autora, e se ela já tiver executado a r. decisão recorrida, estará recebendo indenização por um dano que, ao final, acabou não tendo que suportar, o que será um verdadeiro locupletamento em prejuízo do Erário” (fl. 399).

O modo hipotético desses argumentos – “se a favela for removida, se for urbanizada ou se os regulamentos administrativos forem alterados” – revela desde logo que articulam questões acadêmicas, alheias ao contexto dos autos.

A realidade é a de que nem a favela foi removida, nem se pensa em fazê-lo; pelo contrário, a inevitabilidade de sua expansão foi ressaltada nas próprias razões do recurso especial, **in verbis**:

“Uma das conseqüências dessa crise é, logicamente, a redução no nível das edificações, com a proliferação de casebres, barracas, etc., trazendo a lume uma triste realidade das famílias que têm a rua, as pontes e os viadutos como residência e abrigo.

A cidade do Rio de Janeiro não é exceção a essa regra e, apesar das tentativas do Poder Público no sentido de resolver ainda que uma pequena parte do problema, os resultados sempre se mostram desencorajadores, já que o universo da pobreza se alarga de maneira incontrolável” (fl. 401).

Se tudo mudar no País, há evidentemente *possibilidade* de que a favela

seja removida, mas é remota a *probabilidade* de que isso ocorra em vida da Autora.

Já a alteração dos regulamentos administrativos não altera o direito da Autora. É incogitável que uma lei do Município do Rio de Janeiro possa eximi-lo de suas responsabilidades, apuradas à base da legislação anterior.

f) divergência jurisprudencial:

A questão de saber se o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 103.299-RJ, Relator o eminente Ministro Francisco Rezek decidiu diferentemente só tem, nesta altura, interesse para o efeito do conhecimento, ou não, do recurso pela letra c. Salvo melhor juízo, o dissenso realmente existe, quanto ao direito de ação, não quanto ao seu mérito, porque os fatos lá não tinham a gravidade que assumiram aqui. “O que se discute nestes autos” – está dito no voto-condutor daquele julgado – “é a questão de saber se da norma local, editada pelo prefeito, determinando que em certa área urbana somente se construam prédios do tipo residencial unifamiliar, resulta, para o vizinho confrontante, o direito subjetivo de impedir que um prédio assim construído sirva ao funcionamento de escola maternal, mediante licença do mesmo Poder Executivo de que promanara a norma”. E concluiu: “Não há falar aqui em direito subjetivo do Impetrante, mas em mero interesse reflexo de normas objetivas, visto que a norma não se dirige, como já visto, à direta proteção do interesse particular” (fls. 403/404).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, mas de negar-lhe provimento.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, V. Ex.^a fez desfilas as lições de eminentes administrativistas. Todos eles, porém, calcados na doutrina alemã ou, mais recentemente, italiana. Mas a origem de nosso Direito Administrativo é, sem dúvida, a doutrina francesa, construída numa metrópole cuja existência supera em quatro vezes o nosso descobrimento. Essas lições são correntes entre nós a justificar uma sociedade que se estratificou na proteção de uma minoria que não supera o índice ridículo dos 10% de população. Para esta sociedade, existem as posturas, as exigências legais e as benesses.

Neste caso, Sr. Presidente, pelo que ouvi, a Autora construiu sua casa nas cercanias da Floresta da Tijuca em terreno próprio. Mas a quem pertence a floresta? É de propriedade pública, como V. Ex.^a o disse. Já tive a

satisfação de percorrer de automóvel os caminhos desta floresta e admirar os palacetes construídos. Um outro cidadão brasileiro construiu o seu túrgio na área pública, vizinha à dela, que, por isso, teria reclamado ao Poder Público Municipal, a fim de que exercesse contra ele o poder de polícia, expulsando-o do paraíso natural. Pergunto: a que título? Pretendendo não sofrer dano. Que dano? O da vizinhança a um homem pobre? A um homem que não tivesse os mesmos poderes de higiene? Enfim, este homem invadiu um terreno de propriedade particular dela ou de alguém? E os milhares de homens que, afinal, se localizaram ali, como fizeram em todos os morros da Cidade Maravilhosa?

Pergunto: qual é o direito material de maior utilização neste país: o de propriedade, que contempla uma minoria, ou o direito de posse, de que se valem os excluídos e a grande maioria, nas favelas? Dizia o Mestre **Orlando Gomes** que no Brasil valorizamos equivocadamente os institutos jurídicos. A instituição jurídica conhecida da maioria do povo, a posse, ao invés de constituir a base fundamental da aplicação do direito, cede lugar ao direito de propriedade.

Mas pergunto: como pode uma prefeitura de qualquer lugar deste país, com as estatísticas mostrando o desabrigo em que se encontra a grande massa da população brasileira, impedir a favelização? Não vejo como, destinando a grande parcela dos recursos arrecadados à satisfação dos reclamos das classes mais favorecidas. Cresci num bairro de classe média em Salvador, nos Barris, convivendo com a favela, que lá se situava nos vales. Não tive nenhum prejuízo por isso. Ao contrário, conheci a urbanização da favela e bons amigos que emergiram dela, enquanto outros habitantes do altiplano não tiveram êxito. Estávamos num país democrata no que dizia respeito ao ensino. E o ensino propicia aos jovens habitantes da favela chegar às cumeadas. E quantos, também, nas favelas do Rio de Janeiro não as atingiram?

O que é a cidade do Rio de Janeiro? O que a caracteriza, senão a beleza natural e as favelas, que emolduram Copacabana, como o fazem as construções no Mediterrâneo, no Egito e em outros lugares onde a pobreza é traço marcante da maioria? Essa é que é nossa realidade. E como pode, então, a prefeitura de um Município qualquer ser condenada a indenizar prejuízo de quem quer que seja, pelo simples fato de ter se instalado uma favela ao lado de sua casa? Para que, então, vai a Prefeitura exercer o poder de polícia? Para impedir a maioria do povo de sobreviver? Parece, srs., que estamos, aqui, habitando uma cidade da Suíça, ou de Conceição de Mato Dentro, em que a Prefeitura atua de modo a permitir que cada um tenha o

seu canteirinho coberto de rosas. Estamos, porém, no Brasil, e as nossas estatísticas não permitem que o direito seja aplicado senão em conformidade com essa realidade, porque ela é que impõe a interpretação e atual aplicação da lei, a partir dos primeiros artigos desta Constituição. Diz o primeiro deles:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios constitui-se em Estado Democrático e tem por fundamento a dignidade da pessoa humana.”

Vamos condenar a Prefeitura por culpa, por não haver impedido a construção do barraco, verdadeiro tugúrio, onde se abrigou um excluído? E vamos indenizar prejuízo pela vizinhança da pobreza? Se o fizermos, a quebradeira será inevitável.

Não dou essa aplicação ao Direito, e, por isso, interpretando a lei e o Direito consoante a lógica do razoável e não vislumbrando culpa subjetiva do Município, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro-Relator, **data venia**.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Trata-se de ação indenizatória movida por proprietária de imóvel residencial situado no bairro Itanhangá, na cidade do Rio de Janeiro, RJ, contra o Município do Rio de Janeiro, objetivando o ressarcimento pelas perdas e danos sofridos em face da omissão do Réu no exercício do poder de polícia, relativamente à invasão, por terceiros, de área pertencente ao domínio municipal contígua à do terreno da Autora, com a construção de edificações clandestinas e “favelização” do lugar, depreciando o patrimônio particular, então erigido em zona nobre.

Condenado o Réu em 1ª grau a pagar indenização à Autora correspondente a NCZ\$ 434.650,00, valor de 29.7.1989, pela depreciação do valor do imóvel (fl. 121), a decisão foi confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por “falta do dever de vigilância e de proteção à ordem edilícia” (fl. 365).

Irresignado, o Município interpôs recurso especial, com base nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, por violação aos arts. 267, VI; 103, 105 e 460 do CPC, e 15, 159 e 1.060 do Código Civil, e, ainda, 5ª do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LICC), bem como divergência jurisprudencial com acórdão prolatado pelo egrégio STF no RE n. 103.299-RJ.

Nesta Turma, o julgamento restou empatado. O ilustre Ministro-Relator, Adhemar Maciel, conheceu e deu provimento ao recurso pela letra **a**, no que foi acompanhado pelo Ministro Peçanha Martins. Os Ministros Ari Pargendler e Hélio Mosimann divergiram, conhecendo do recurso, porém negando-lhe provimento, seguindo-se a renovação do relatório e votos, com o presente pedido de vista para a colhida do quinto e último voto.

É inequívoco nos autos que a ocupação irregular da área vizinha à do imóvel da Autora se deu posteriormente à data em que a adquiriu, sendo igualmente incontroversos os esforços que envidou, junto às autoridades municipais, para que fosse promovida a desocupação da primeira construção irregular e, mais tarde, das que se lhe seguiram.

A questão, segundo me parece, está na configuração do direito ou não, em face das posturas municipais, de se manter, no tempo, em razão da natural evolução de uma cidade, pelas complexas, contínuas e aceleradas alterações sociais por que passa, do **status quo** anterior, de época em que alguém, levado a residir em determinado lugar pelas qualidades que oferece, possa pretender a perpetuação de tais condições e, como corolário lógico, que o Estado, em seus diversos planos – federal, estadual e municipal – exerça uma função fiscalizadora que atenda aos interesses específicos daquele cidadão.

Entendo, com a máxima vênia dos que sufragam a tese oposta, que inexistente direito adquirido, com reflexos patrimoniais, à imutabilidade de uma situação que envolve uma coletividade, aí, evidentemente, dentro dos inúmeros matizes que a compõem, tais como expectativas, necessidades, vontades harmônicas e antagônicas. A composição desses interesses cabe ao Estado, legitimamente eleito pela maioria soberana do povo, povo esse constituído por pessoas das mais diversas camadas sociais, com variado poder aquisitivo, cultura e educação.

Nesse contexto, estou em que não é possível pleitear indenização lastreado no fato de que, em dado instante, uma parte dessa coletividade, uma parte mais pobre, ocupou determinada área, tornando-se uma indesejável vizinhança.

Não afirmo que o raciocínio seja absurdo, absolutamente. Visto sob a ótica do interesse meramente individual, é bastante ponderável, fácil de ser visualizado, o desassossego de se residir próximo a uma invasão.

Acontece, porém, que a questão em comento é de Direito Público, em que o interesse coletivo há que preponderar, sempre, sobre o particular.

A Autora, na inicial de fls. 2/3, assim justifica o seu interesse, particular, **litteris**:

“A Suplicante é proprietária do imóvel situado na rua Sérgio de Carvalho, n. 201 – Itanhagá, Barra da Tijuca (doc. I).

A escolha deste local por parte da Suplicante para fixar sua residência, deu-se principalmente pelo fato de que a área constituía-se em local nobre e tranqüilo, de boa vizinhança, cujas residências ao derredor eram propriedades de cidadãos componentes da chamada ‘classe média alta’ brasileira.

É evidente que para ali residir, pagou a Suplicante um preço bastante elevado, uma vez que adquiriu uma bela e ampla residência.”

Pode-se, é claro, argumentar, que o interesse da coletividade, no caso, é ver respeitadas as posturas municipais, e, dessa forma, compete ao Réu preservá-las.

Concordo com isso. Se o Município fixou regras de ocupação urbana e elas estão sendo desrespeitadas, deve atuar no sentido do seu cumprimento, decerto. Mas, indago, e se, em razão das modificações sociais, que exigem novo posicionamento mais consentâneo com a realidade do momento, esse interesse coletivo se altera? Qual o direito coletivo a ser preservado?

Admitamos que uma determinada área pública seja, em face da carência habitacional, cedida para residência de população de baixa renda, por intermédio de uma Cohab. Há direito à indenização dos vizinhos? É claro que não.

Se uma linha de ônibus suburbano é aberta, com permissão do Município, fazendo ligação com as praias da Zona Sul, tornando sua frequência menos elegante, cabe direito à indenização dos proprietários de apartamentos da região? Também é óbvio que não.

O que desejo dizer é que a existência de um loteamento nobre não tem o condão de impedir a perpetuação da destinação das áreas contíguas como quando da implantação do empreendimento. Isso é mutável, e o Município não pode ser responsabilizado, em termos *indenizatórios*, pela expansão urbana, porquanto – bem o disse o eminente Ministro Peçanha Martins – inexistente direito adquirido à vizinhança de alto padrão social.

Indenizar alguém mais abastado porque há pobres morando ao lado sugere a possibilidade de um sistema de castas sociais, algo impensável.

Todavia, tenho eu, o Município não se acha infenso de ser cobrado por suas ações e omissões, inclusive pelo exercício do poder de polícia a que está obrigado, na salvaguarda de seu patrimônio, que a todos pertence.

Mas não é o caso da ação de reparação de danos, como explicitado acima.

Seria, tenho eu, o de ações popular ou civil pública, se caracterizadas as hipóteses previstas nos arts. 5^a, LXXIII; e 129, III, da Constituição Federal, bem assim nas Leis n. 4.717/1965, art. 1^a, § 1^a, e 7.347/1985, art. 1^a, I e III, em havendo lesão, por omissão, a patrimônio municipal sob o aspecto econômico, estético, turístico, paisagístico ou ambiental, caso se revelasse a ausência de tomada de providências, pelo Município, relativamente ao problema em apreço, consoante o relato da Autora no item 3 de sua exordial (fl. 3). Não é dado ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a prova, em face do óbice da Súmula n. 7, de modo que me dispense de concluir se as medidas administrativas tomadas pelo Réu, enunciadas pelo eminente Ministro Adhemar Maciel, embora ao final infrutíferas, foram ou não suficientes para configurar a sua não-responsabilização. Haveria ou não excesso em responsabilizar-se também o Município pela ocupação, não apenas da sua área, como igualmente de outros terrenos particulares que foram objeto do mesmo processo de “favelização”, já que consta dos autos que parte da área invadida é de propriedade de terceiros e não da Municipalidade. Ocorreria ou não, a favor do Município, a configuração do caso fortuito ou da força maior, a impedir a eficácia de suas ações?

Enfim, são questões que teriam lugar na ação própria, porque é nela que haveria a oportunidade do debate acerca do interesse coletivo. E também é através dela que se poderia, em tese, obter a única prestação jurisdicional de interesse da coletividade, em seu sentido mais amplo; ou se retira os invasores do lugar, ou se reconhece que, apesar dos esforços e dos atos coativos administrativos e/ou judiciais, a dimensão do problema, por envolver inúmeras famílias carentes e uma dura realidade social, refoge a soluções daquela ordem, caracterizando caso fortuito ou força maior, cujo poder supera a própria vontade e possibilidade da Administração e da Justiça.

Mas o que se pode pretender – e não mais do que isso – é que a Justiça obrigue o Município a tomar medidas e, em sendo tomadas, inclusive o ajude a efetivá-las quando decorrentes de ordem dela emanada, nas ações cabíveis, como acima explicado. Porém, daí, extrair-se o direito à indenização

por se ter vizinhos indesejáveis, penso que não, pelo princípio moral, inafastável, de que *gente* não causa, pela sua simples existência ou presença próxima, direito à reparação de danos.

Nesse prisma – e abro um parêntese para reconhecer a excelência do trabalho desenvolvido nos autos tanto da Procuradoria do Município, como dos ilustres patronos da Autora, combativos, atuantes e preparados – ousou divergir dos votos contrários, cuja excelência no sufrágio da tese oposta é manifesta, aderindo ao voto do Ex.^{mo} Relator, Ministro Adhemar Maciel, apenas que também conheço do recurso pela letra c, por considerar configurada a divergência jurisprudencial relativamente à tese sufragada no acórdão paradigmático, do Excelso Pretório, assim como igualmente prequestionado o art. 267, VI, do CPC, adotando, aí, os fundamentos do voto do ilustre Ministro Ari Pargendler quanto à admissibilidade nesses dois tópicos.

Em conclusão, conheço do recurso especial da Municipalidade e dou-lhe provimento. Com o Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 152.962 – CE

(Registro n. 97.0076166-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Maria da Graça Aragão e outros
Recorrida: Construtora Metro Ltda
Advogados: Ernandes Nepomuceno de Oliveira e outros

EMENTA: Tributário – Parcelamento – Denúncia espontânea: art. 138 do CNT e Súmula n. 208-TFR.

1. A denúncia espontânea caracteriza-se pela vontade do contribuinte de pagar antes de iniciado o procedimento fiscal.

2. Entretanto, para fazer jus ao benefício do art. 138 do CTN, é preciso que a denúncia espontânea seja acompanhada do pagamento devido.

3. O parcelamento não substitui o pagamento.
4. Precedentes da Segunda Turma do STJ.
5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ 13.11.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF, de acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que concluiu pela inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445 e 2.449/1988, sendo devida a contribuição para o PIS na forma da Lei Complementar n. 7/1970, ao tempo em que considerou que o sujeito passivo que procura o Fisco e confessa, espontaneamente, o cometimento da infração, fica excluído de sua responsabilidade.

Aponta a Recorrente como violado o art. 138 do CTN, eis que não houve denúncia espontânea, mas pedido de parcelamento.

Trazendo como paradigmas acórdão da Suprema Corte, do TRF da 4ª Região e do extinto TFR, insiste na existência de dissídio jurisprudencial.

Com as contra-razões, subiram os autos, após a admissão do recurso especial pelo Presidente do Tribunal **a quo**.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso por ambas as alíneas.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Verifica-se no voto-condutor do Tribunal de origem que houve prequestionamento do artigo de lei considerado violado, ao tempo em que considero a existência de dissídio jurisprudencial.

Tenho pessoal entendimento de que o parcelamento não substitui o pagamento a que se refere o art. 138 do CTN, como já considerava o extinto TFR, de acordo com a Súmula n. 208, **verbis**:

“A simples confissão da dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea.”

Embora inexista procedimento administrativo que vise à cobrança do devido, o que caracterizaria a denúncia espontânea, não houve pagamento integral do tributo devido e, assim sendo, incide a multa moratória.

Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência da Segunda Turma, da qual colho os seguintes precedentes:

“Tributário. Denúncia espontânea e parcelamento do débito.

O parcelamento do débito não se assimila à denúncia espontânea, porque nele há confissão da dívida e compromisso de pagamento – e não o pagamento exigido por lei. Súmula n. 208 do Tribunal Federal de Recursos. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 193.530-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, por unanimidade, DJ de 1.3.1999, p. 298).

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de Imaruí-SC, com fulcro no art. 105, inciso III, **a e c**, da Carta Magna, contra v. acórdão que entendeu não configurar denúncia espontânea a simples confissão de dívida, acompanhada do pedido de parcelamento.

O Recorrente afirma que o julgado em questão negou vigência ao art. 138 do Código Tributário Nacional, além de divergir da jurisprudência de outros tribunais.

Relatados, decido.

Não merece prosperar a pretensão do Recorrente, pois esbarra no óbice da Súmula n. 208-TFR, a qual dispõe, **in verbis**:

‘A simples confissão de dívida, acompanhada de seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea.’

Ademais, a própria jurisprudência desta Corte entende que, para eximir-se da imposição da multa pelo atraso do recolhimento das parcelas devidas, é imprescindível o total pagamento do tributo, e não apenas parte dele.

Nesta linha, vários julgados, dentre os quais: REsp n. 190.952-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 18.10.1999, p. 223; REsp n. 72.705-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 10.8.1998, p. 13; REsp n. 147.927-RS, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 11.5.1998, p. 77; REsp n. 64.680-SP, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 16.6.1997, p. 27.340.

Com estas considerações, e com arrimo na Súmula n. 83 deste Tribunal, c.c. os arts. 38 da Lei n. 8.038/1990 e 557, **caput**, do CPC, nego seguimento ao recurso.

Publique-se. Intimem-se. (REsp n. 228.046-SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, decisão publicada em 9.12.1999, p. 108).”

Com estas considerações, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão na parte que afastou a incidência da multa.

RECURSO ESPECIAL N. 169.747 – SP

(Registro n. 98.0023771-2)

Relator: Ministro Hélio Mosimann
Recorrente: Nevoeiro S/A Comércio de Pneus
Advogado: Vilson dos Santos
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: José Ramos Nogueira Neto e outros

EMENTA: Execução fiscal – Embargos – Rejeição – Executada sob o regime de concordata preventiva – Multa moratória – Inclusão.

A norma legal que exclui da falência as penas pecuniárias não tem aplicação ao processo de concordata.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Aldir Passarinho Junior.

Brasília-DF, 6 de maio de 1999 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Presidente.

Ministro Hélio Mosimann, Relator.

Publicado no DJ de 19.3.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: Cuida-se de recurso especial interposto por Nevoeiro S/A Comércio de Pneus, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão que rejeitou embargos à execução fiscal opostos pela ora recorrente, reconhecendo válida a atualização do crédito fiscal pela variação da Ufesp, e desta pelo IPC da Fipe, bem como a incidência da multa moratória de 30% sobre o débito, *não obstante estar a devedora amparada pelos benefícios da concordata preventiva*.

Sustenta a Recorrente, em síntese, negativa de vigência ao artigo 23, I, II e III, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, bem como dissídio jurisprudencial, inconformada com “a cobrança de multa de mora incidente sobre tributos devidos por contribuintes em regime de concordata preventiva”.

Com as contra-razões de fls. 142/145, vieram os autos a esta Superior Instância, por força de provimento dado a agravo de instrumento interposto, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann (Relator): Em precedente da minha relatoria, REsp n. 167.412-SP, onde analisado o tema em questão, manifestei-me na conformidade do voto posto nos seguintes termos:

“Conheço do recurso porque comprovado o dissídio.

Com efeito, afirma a decisão recorrida (fl. 133) ser ‘cabível a multa moratória, à regra do disposto no artigo 161 do Código Tributário Nacional’. Em sentido contrário, eis como decidido o tema pela egrégia Primeira Turma:

‘Processual Civil e Tributário. ICM. Cobrança. Embargos à execução. Correção monetária, juros de mora e multa. Embargante em regime de concordata preventiva. Exclusão da multa moratória. Possibilidade.

I – Correta a decisão que, arrimando-se em jurisprudência do Pretório Excelso, entendeu que, malgrado não aplicável a concordata, a regra do inciso II do parágrafo único do artigo 23 da Lei de Falências, ‘afasta-se, porém, a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do art. 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade’.

II – **In casu**, estando a Embargante, ora recorrida, em regime de concordata preventiva, com dificuldade de saldar suas dívidas, cabível afastar-se a exigibilidade da multa fiscal a teor do artigo 112 do Código Tributário Nacional e em consonância com a jurisprudência do egrégio STF.

III – Recurso desprovido. Decisão unânime.’ (REsp n. 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17.4.1995).

Inclinei-me, a princípio, pela exclusão da multa porque, em se tratando de empresa em fase de concordata, a imposição da penalidade poderia levá-la a conseqüências mais drásticas. As dificuldades aumentadas levariam certamente até à falência.

O tema, como se sabe, é altamente controvertido, levando-nos a cuidadosa meditação.

Apesar dos fortes argumentos trazidos no acórdão cuja ementa foi acima transcrita, a mesma Primeira Turma desta Corte também já se manifestou em sentido contrário, apoiada na lição sempre respeitada de **Sampaio Lacerda**: ‘a vedação de se reclamarem créditos oriundos de sanções administrativas justifica-se, pois, do contrário seria fazer recair uma sanção nos credores, que veriam o acervo diminuído e em desacordo com o princípio de que a pena não poderá passar da pessoa do delinqüente’ (Manual de Direito Falimentar, Ed. Freitas Bastos, 2ª ed., 1961, p. 196). Na concordata, como registra o acórdão recorrido, não existe o perigo de a multa repercutir sobre o patrimônio dos credores. Por isso, não faz sentido estender-se a regra do inciso III ao regime da concordata. Semelhante extensão desviaria o preceito de seu escopo social. De fato: ‘a vedação – cuja finalidade é evitar que a pena incida sobre inocentes – passaria a funcionar como injustificável benesse ao próprio infrator’.

É verdade que já decidiu o Supremo Tribunal afastar ‘a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do inciso II do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade’ (Ministro Carlos Madeira, RTJ 120/1.324, em 6.2.1987). Contudo, além de a decisão ser mais antiga, a ela se contrapõe manifestação unânime do Plenário (AR n. 1.316-SP, Ministro Ilmar Galvão), como segue:

‘A norma do artigo 23, parágrafo único, inc. III, da Lei n. 7.661/1945, que exclui da falência as multas penais e administrativas, *não tem aplicação na concordata*, que não sujeita a empresa ao regime de liquidação, razão pela qual o pagamento das ditas penalidades não se reflete senão sobre o próprio concordatário, não alterando os índices fixados para o saldo das contas de seus credores quirografários.’

Finalmente, vejo que esta Turma já tem posição a respeito, tomada por unanimidade, considerando que o tratamento conferido à falência pelo artigo 23, inciso III, não se justifica no processo de concordata (Ministro Ari Pargendler, REsp n. 9.571-RJ, em 25.10.1995).

Pelo exposto, demonstrada que está a divergência, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.”

No que respeita ao alegado excesso na execução, a Recorrente limita-se a afirmar que “o venerando acórdão recorrido aceita totalmente as razões da Embargada, confirmando os valores colocados como cálculos a justificar o acréscimo ocorrido no valor de ICMS devido. O nobre Relator coloca em suas razões que a Embargada não apontou onde estaria o erro, como se houvesse necessidade...”. E conclui que “a empresa não se nega a pagar, porém quer pagar o legalmente devido”.

Qual o valor legalmente devido?

Ora, não basta alegar erro nos cálculos. É necessário identificá-los.

De qualquer sorte, a revisão do tópico não se comporta na via do especial – Súmula n. 7-STJ.

Do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 173.042 – MG

(Registro n. 98.0031221-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte
Advogados: Robinson Neves Filho e outros
Recorridos: ACF Expresso Ltda e outros
Advogado: Paulo Affonso Martins de Oliveira
Sustentação oral: Walter Costa Porto (pelo recorrido)

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Inadmissibilidade – Matéria constitucional – ISS – Incidência – Serviços postais e telemáticos – Contrato de franquia celebrado com a EBCT.

Não cabe ao STJ opinar sobre a questão ora em exame, face ao disposto no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, eis que a matéria não se insere no âmbito da esfera legal.

Precedentes.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 1.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: A Fazenda Pública de Belo Horizonte interpõe recurso especial, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu provimento à apelação apresentada por ACF Expresso Ltda e outros nos autos da ação declaratória em que objetivavam se eximir do recolhimento do ISS sobre os serviços postais e telemáticos que prestam por contrato de franquia celebrado com a EBCT.

Alega, em suma, violação aos artigos 165, 458, II e III; 535, I e II, do CPC; 8ª, **caput**, do Decreto-Lei n. 406/1968 e item 50 da lista anexa à Lei Complementar n. 56/1987.

Aduz que “os serviços tributados pelo Município de Belo Horizonte não são os postais ou telemáticos, como erroneamente patenteou o acórdão recorrido, mas tão-somente os de postagem, venda de selos, venda de produtos, venda de selos/produtos filatélicos e venda e recebimento de telegramas pré-taxados simples, que se caracterizam como sendo intermediação ou agenciamento”. (fl. 862).

Afirma, ainda, que “em não se tratando de serviços postais e telemáticos – que, aliás, são exclusivamente da União –, como demonstrado, a atividade exercida pelas Recorridas há de ser tributada pela Municipalidade, independentemente do nome que venha a receber, ressalvando-se os arrolados no inciso II do art. 155 da CF/1988”. (fl. 862).

Houve embargos de declaração rejeitados e recurso extraordinário inadmitido.

A Subprocuradoria Geral da República, às fls. 927/930, opina no sentido de ser provido o recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Para acolher a pretensão deduzida pelas ora recorridas, assim se manifestou o acórdão recorrido:

“Na verdade, pretendem os Autores a declaração da inexigibilidade do ISS sobre serviços postais prestados por eles com franquia da ECT, alegando ser impossível a tributação de tais serviços por falta de previsão legal.

Realmente, estabelece a Constituição Federal, em seu art. 156, que compete ao Município instituir impostos sobre serviços.

A Carta Magna, em seu art. 146, determina que lei complementar deverá estabelecer normas gerais em matéria de definição de tributos e suas espécies.

Por sua vez, a Lei Complementar n. 56/1987 apresentou a lista de serviços, devidamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por estar em consonância com as disposições do art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, é forçoso concluir que o ISS só poderá ter incidência sob aquele serviço relacionado na lista instituída pela lei complementar e na forma ali delimitada.

Com efeito, os serviços postais e telemáticos não estão relacionados em quaisquer dos itens da lista de serviços constituída pela lei complementar. E, se ali não estão inseridos, não podem ser tributados.

A espécie não cuida de imunidade tributária, mas diz respeito ao princípio da reserva legal, estabelecendo que a tributação de taxa de serviço só poderá ser feita na existência de lei complementar que liste o serviço.

Realmente, a lei complementar recepcionada pela Constituição Federal não incluiu na sua lista este tipo de serviço, o que impede a sua tributação.” (fls. 818/820).

A meu sentir, a decisão impugnada enfrentou o tema sob enfoque

constitucional, sendo incabível, pela via eleita, a apreciação da tese da Recorrente, a ser dirimida pelo STF, no recurso extraordinário interposto, inadmitido na origem e pendente de agravo de instrumento. (certidão fl. 917).

Confira-se:

A – “Processual Civil e Tributário. Recurso especial. ISS. Base de cálculo. CF, art. 150, § 6º, com a redação da EC n. 3/1993. Lei Municipal n. 6.810/1994. Questão de natureza constitucional. Competência do STF. CF, art. 102, III. Inadmissibilidade.

– Determinar se o § 3º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968 foi, ou não, recepcionado pela Constituição Federal, de 1988, bem como se a Lei Municipal n. 6.810/1994 contraria princípios estabelecidos na Lei Maior, é questão de natureza exclusivamente constitucional a ser dirimida pelo Pretório Excelso, em sede de recurso extraordinário.

– Violação à lei federal e divergência jurisprudencial não configuradas.

– Recurso não conhecido.” (REsp n. 131.820-MG, Relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU de 16.11.1999).

B – “Processual Civil. ISS. Lei n. 2.080/1993. Decreto-Lei n. 406/1968. Sociedades uniprofissionais. Base de cálculo. Acórdão que decide a matéria sob enfoque estritamente de ordem constitucional. Não-conhecimento.

I – Centrando-se a controvérsia na recepção ou não, pela Carta de 1988, do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968, e se a modificação da base de cálculo do ISS, introduzida pela Lei Municipal n. 2.080/1993, fere princípios da mesma Constituição, tem-se que a matéria refoge ao âmbito do STJ.

II – Recurso não conhecido.” (REsp n. 135.299-RJ, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJU de 7.2.2000).

Isto posto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 186.004 – PE

(Registro n. 98.0061506-7)

Relator: Ministro Hélio Mosimann

Recorrente: Banco Nacional do Norte S/A – Banorte
Advogados: Maria José de Souza Aires e outro
Recorrida: Glícia Maria Torres Calazans
Advogado: Paulo Afonso de Figueiredo

EMENTA: Processual Civil – Ação consignatória e mandado de segurança – Preliminar de coisa julgada – Falta de elementos para dizer sobre a configuração – Produção de provas nas instâncias ordinárias – Recurso especial não conhecido – Votos-vencidos.

Afirmado que a lide, na consignação em pagamento, versa matéria diferente daquela discutida no mandado de segurança não se configurou a coisa julgada. Na falta de outros elementos de convicção, do recurso especial não se conhece.

A necessidade da produção de novas provas, envolvendo o exame de matéria de fato, fica a critério das instâncias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Aldir Passarinho Junior, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e José Delgado.

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

Ministro Ari Pargendler, Presidente.

Ministro Hélio Mosimann, Relator.

Publicado no DJ de 2.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Banco Banorte S/A, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que entendeu improcedente a preliminar de coisa julgada levantada pelo ora recorrente.

Sustenta o Recorrente, em síntese, negativa de vigência aos artigos 46 e 468 do CPC, bem como dissídio jurisprudencial.

Sem contra-razões, vieram os autos a esta Superior Instância.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Mosimann (Relator): Ao analisar precedente envolvendo o mesmo tema, tendo por recorrente o mesmo Banco Banorte S/A, manifestei o entendimento consubstanciado no voto posto nos seguintes termos (REsp n. 132.284-PE, em 19.2.1998):

“Ao confirmar o despacho singular que rejeitou a preliminar de coisa julgada, argüida pelo ora recorrente, o então Juiz Federal e hoje eminente Ministro desta Corte, José Delgado, assentou que

‘de simplória observação das respectivas ações e suas causas petitorias, depreende-se notadamente que possuem objetos jurídicos distintos, pelo que entendo inexistir antijuridicidade na decisão esposada pelo douto sentenciante, ao repelir o pedido preliminar.

Assim, entendo por verificar que a cautelar a que se pretende identificar como litispendência para com a consignatória em questão, refere-se à discussão acerca de matéria diversa da consignatória motivadora deste recurso.

Em uma, se discute o índice e os critérios a serem utilizados na determinação do reajuste das prestações, ao passo que em outra, fulcra-se o debate na legalidade ou não na recusa das respectivas prestações por parte da Agravante.’

Do exposto, não conheço do recurso.”

Aqui, o mesmo Tribunal Regional Federal da 5ª Região assentou que a lide, na ação de consignação em pagamento, versa matéria que, não há dúvida, não foi objeto de discussão na ação de segurança. E, por ser assim, não se há de cogitar de “coisa julgada”.

Precedentes oriundos do mesmo Estado, foram, em idêntico sentido,

julgados recentemente nesta Turma (REsps n. 174.205 e 174.230, ambos de Pernambuco).

Quanto à exclusão da União Federal do feito, bem andou a instância antecedente, uma vez que, conforme já afirmado por esta Corte, “a União Federal é parte *ilegitima* nas ações pertinentes ao SFH, porquanto a CEF sucedeu o Banco Nacional da Habitação (BNH) nos seus direitos e obrigações, nos termos do art. 1º, § 1º, parte I, do Decreto-Lei n. 2.291/1986” (REsp n. 124.645-BA, de minha relatoria).

Do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Glícia Maria Torres Calazans celebrou mútuo hipotecário com o Banco Banorte S/A (fls. 6/13).

No curso do contrato, as respectivas prestações foram reajustadas em percentual superior ao da variação dos salários da mutuária.

Seguiu-se mandado de segurança concedido para manter a equivalência entre as prestações e os salários (fls. 28/37).

Findo o prazo contratual, o Banco Banorte S/A deixou de liberar a hipoteca incidente sobre o imóvel, tendo, então, Glícia Maria Torres Calazans ajuizado a presente ação ordinária (fls. 2/5).

A resposta foi a de que “na fase da liminar do **mandamus**, a Autora pagou reajuste menor do que o determinado no **decisum**, restando saldo devedor a pagar, que só foi apurado quando a Autora apresentou os seus contracheques, para servir de base ao reajuste das prestações” (fl. 125).

O MM. Juiz Federal, Dr. Élio Wanderley de Siqueira Filho, julgou improcedente o pedido, destacando-se na sentença o seguinte trecho:

“Na peça exordial, a Suplicante apenas afirma ter quitado integralmente, de acordo com o contrato e com a sentença transitada em julgado em seu favor, o débito atinente ao financiamento destinado à aquisição do imóvel ali noticiado. Afirma isto, mas não prova, com os documentos pertinentes, quais sejam, as cópias de seus contracheques,

demonstrando que, rigorosamente, a proporção entre a renda e a parcela de amortização foi a mesma durante os 120 (cento e vinte) meses, correspondendo, precisamente, à proporção prevalente quando firmado o mútuo.

Deveria, tão logo ajuizou a demanda, ter apresentado uma planilha detalhada, contendo os valores das parcelas devidas e a sua remuneração ao longo do tempo, comparando-os, a fim de demonstrar o fiel cumprimento das cláusulas contratuais. O fato da Autora ter obtido um resultado favorável no mandado de segurança por ela impetrado não significa que a dispensa da prova de que a proporção entre a sua renda e a prestação paga foi mantida ao longo do tempo. O **decisum** proferido, transitado em julgado, em favor de sua tese, apenas determinou que fosse respeitada a equivalência salarial” (fl. 156).

Mas a egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator o eminente Juiz Geraldo Apoliano, reformou a sentença (fls. 214/223).

O acórdão excluiu, com acerto, a União Federal do processo, nos termos de iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – e repeliu a preliminar de coisa julgada, cuja motivação, a seguir transcrita, demanda algumas considerações:

“A lide, na ação de consignação em pagamento, versa matéria que, não há dúvida, não foi objeto de discussão na ação de segurança. E por ser assim, não se há de cogitar de ‘coisa julgada’; a decisão, nesse particular, merece, portanto, ser mantida” (fl. 215).

Salvo melhor juízo, a sentença proferida na ação de consignação em pagamento não pode decidir, novamente, o que transitou em julgado no mandado de segurança.

Aliás, é exatamente isso que está dito na petição inicial, a saber:

“Fixadas as regras mediante decisão terminativa transitada em julgado, cujo entendimento respaldou a ordem liminar anteriormente concedida e segundo a qual pagou as obrigações, uma vez quitado o contrato com o pagamento das 120 (cento e vinte) prestações, era de se esperar que o Réu liberasse o gravame hipotecário do imóvel, fato que não veio a ocorrer” (fl. 3).

Sem embargo disso, o Tribunal **a quo** decidiu novamente a matéria, quando já não se discutia qual o critério adotado no contrato, e sim se ele fora observado pelo mutuário.

Tratava-se de questão de fato, que devia ser dirimida mediante perícia contábil.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que, anulado o processo a partir da sentença de 1^a grau, ele retome seu curso com a realização de perícia contábil.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Em seu pedido inicial, a mutuária Glícia Maria Torres Calazans requer (fl. 4):

“b) no final, reconheça a procedência do pedido e condene o *Réu* a liberar a cédula hipotecária do imóvel...”

Fundamenta-se a pretensão em que no mandado de segurança anterior por ela impetrado contra o Banco Nacional do Norte S/A – Banorte, a decisão transitada em julgado, do extinto Tribunal Federal de Recursos, foi no sentido de reconhecer-lhe o direito de pagar a prestação de seu financiamento com base na equivalência salarial (fls. 34 e 37), daí por que é indevida a não-liberação do gravame incidente sobre o bem adquirido.

Em 1^a grau, a sentença foi desfavorável à Autora, entendendo o MM. Juiz que a prolatou que a quitação não se dera, eis que, inobstante o acórdão do colendo TFR tenha-lhe assegurado a aludida equivalência, ela pagou a menor, posto que seus contracheques e planilhas apresentadas nos autos mostram que os reajustes foram inferiores aos que logrou obter a sua categoria profissional (fl. 156).

Interposta apelação, o egrégio TRF da 5^a Região deu-lhe provimento, porém equivocadamente *rejudgou a questão já tratada no mandado de segurança anterior*, ou seja, reconheceu que a Autora fazia jus à equivalência pelo PES, matéria então há muito superada, ao invés de examinar o mérito da ação ordinária, repete-se, se os pagamentos da Autora, *mesmo adotando-se a referida equivalência do reajuste das prestações com o da categoria profissional, eram ou não a ele correspondentes. Se eram, como a Autora afirma, aí sim, poder-se-ia liberar o gravame. Se não eram – conclusão a que chegou o Juiz singular – o ônus hipotecário haveria que ser mantido, julgando-se improcedente a ação.*

Mas, como a Corte regional não decidiu sobre isso, reapreciando questão já transitada em julgado, a solução, efetivamente, é a anulação do acórdão para que o Tribunal **a quo** examine o mérito da ação ordinária, tal como acima explicitado.

Dirirjo, portanto, no particular, dos eminentes Ministros Relator e Ari Pargendler, eis que o primeiro limita-se a confirmar o acórdão, o que me sugere a chancela de um rejuízo do *writ*, e o segundo, por estender a anulação até a sentença de 1ª grau, para que seja feita perícia contábil, o que não me parece possível, visto que o recurso especial do Banorte não pediu isso. Requereu a manutenção da sentença de 1ª grau, que, por sua vez, decidiu a questão dentro dos seus limites, não padecendo de qualquer nulidade absoluta.

Apesar de julgar improcedente a ação, a sentença, de certa forma, não esgotou o mérito, uma vez que deixou ressalvado que (fl. 156):

“Destarte, para obter a liberação do gravame hipotecário que incide sobre o imóvel, deve a mutuária demonstrar ao agente financeiro a observância, de sua parte, da equivalência salarial ajustada. O Banco Banorte S/A, em sua peça de resposta, traz planilha circunstanciada, demonstrando, satisfatoriamente, que a Autora tem um débito perante a instituição, o que impede, obviamente, a liberação do ônus. Não é, portanto, ilegal ou abusiva a sua conduta em exigir a apresentação dos contracheques atinentes aos 120 (cento e vinte) meses de duração do financiamento, para que se verifique, documentalmente, se as parcelas depositadas judicialmente e pagas corresponderam ao estabelecido no contrato. Sua postura, assim, não se revela incompatível com a decisão judicial transitada em julgado, mas, pelo contrário, assegura a sua eficácia, com o respeito à equivalência salarial.”

Em palavras mais claras, o eminente Magistrado monocrático abriu a porta para que a existência ou não de saldo nas prestações pagas seja investigado administrativamente antes de poder ser liberada a hipoteca, sem fazer coisa julgada sobre tal direito ou a inexistência dele.

Ante o exposto, com a devida vênua dos ilustres pares que me antecederam, conheço em parte do recurso especial, com base no art. 468 do CPC, para limitar a anulação apenas ao v. acórdão regional, colocando-me de acordo com os votos precedentes em relação aos demais pontos tratados no recurso.

É como voto.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, meu voto é idêntico ao proferido no REsp n. 186.087-PE, julgado anteriormente, o qual farei juntar.

“ANEXO

RECURSO ESPECIAL N. 186.087 – PE

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, penso que não posso baixar à prova para reexaminá-la, de modo a surpreender aspectos de fato no recurso especial. O que a lei determinava era a aplicação do PES, que tinha duas formas de se fazer: ou era a equivalência via salário mínimo ou, ao contrário, sobre o salário do mutuário. Nesse caso, teria que se observar o salário de cada categoria e não o salário individual, porque a objeção dos organismos financeiros era a de que não poderia verificar em cada caso o salário do mutuário. Penso até que poderia ter sido ferido o princípio da igualdade nos contratos, da boa-fé, etc., mas, isso são particulares de caso a caso, de parte a parte, porque se o contratante se obrigou a praticar a equivalência salarial, não podia depositar valores diferentes daquilo que tivesse auferido de aumento. Mas isso tem que ser apurado nas instâncias ordinárias e não no Superior Tribunal de Justiça, onde se discute a tese geral.

Deste modo, acompanho o Sr. Ministro Hélio Mosimann.”

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, com todas as vênias, a questão de fato, certa ou errada, está consolidada. Não podemos voltar. Afasto a coisa julgada porque penso que está mais clara do que na situação anterior.

Quanto à questão de o Tribunal ter reformado a sentença, o fez por questões fáticas; se examinou bem ou não reexaminou bem, não podemos voltar a reapreciar. Primeiro, para anular esse acórdão total, peço vênias para, de

nenhuma maneira acompanhar, porque seria prejudicar o próprio Recorrente ao anular decisão de 1ª grau e mandar fazer uma perícia que o Recorrente não está pedindo. Segundo, para anular o acórdão de 2ª grau e mandar ele julgar aquilo que já julgou, bem ou mal, julgou com base em questões fáticas, reconheceu a quitação e determinou a liberação da hipoteca.

Há um obstáculo em se conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 189.034 – SP

(Registro n. 98.0069426-9)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Comercial Farma Konz Ltda
Advogados: Evandro Alves da Silva Grili e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Paulo Gonçalves da Costa Júnior e outros

EMENTA: Processual Civil – Tributário – Substituição para frente – Antecipação do recolhimento do tributo – Substituído – Parte legítima – Precedentes – Incidência sobre estoque – Transitoriedade.

No regime de substituição tributária, o substituído, embora não figure na legislação como responsável pelo pagamento do tributo, é quem arca com o ônus de repassá-lo ao substituto, quando da aquisição da mercadoria. Não se lhe pode negar, portanto, o interesse em discutir a sistemática de recolhimento antecipado. Precedentes.

In casu, a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre os estoques fez-se como regra transitória para a implantação do regime de substituição tributária. Ademais, não houve comprovação de não-ocorrência do fato gerador.

Recurso especial conhecido pelo artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, a fim de que retornem os autos ao Tribunal **a quo**, para que se proceda ao julgamento do mérito no tocante à substituição tributária com recolhimento antecipado, na parte em

que o egrégio Tribunal de origem considerou a recorrente parte ilegítima, ilegitimidade ora arredada. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 19 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto por Comercial Farma Konz Ltda, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela egrégia Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual deu-se provimento à remessa obrigatória em questão atinente ao regime de substituição tributária pela sistemática de recolhimento antecipado do tributo.

O Tribunal **a quo** decidiu a matéria no sentido de que a substituída não possui legitimidade para a discussão acerca da legalidade da substituição tributária, pois que inexistente a relação jurídica entre a compradora da mercadoria (substituída) e o Estado.

Opostos embargos declaratórios, foram estes acolhidos, procedendo a Corte ao julgamento da matéria relativa ao Decreto Estadual n. 39.102/1994, referente ao recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICM sobre os estoques. Embora reconhecida, nesse ponto, a legitimidade da Autora, foi aplicado, no mérito, o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, uma vez que não houve comprovação da não-ocorrência do fato gerador.

Irresignada, interpõe a Autora o presente recurso especial, no qual alega negativa de vigência ao artigo 3º do Código de Processo Civil, uma vez que a substituída está devidamente legitimada a discutir a sistemática de recolhimento do imposto pela substituição tributária.

Quanto à tributação da mercadoria em estoque, sustenta o Recorrente que não pretende eximir-se da cobrança do imposto sobre a mercadoria, mas que essa há de ser cobrada quando da saída do estoque, porquanto só nesse momento se perfaz a circulação do produto, fato gerador do ICMS. Haveria, portanto, infringência ao artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 406/1968, o qual estabelece que o imposto incide no momento em que a mercadoria sai do estabelecimento-vendedor.

Pela divergência jurisprudencial traz o Recorrente, como paradigma, julgado da lavra do Ex.^{mo} Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, no sentido de reconhecer a legitimidade da substituída, uma vez que é ela quem suporta o ônus financeiro no regime de substituição tributária para frente. No que se refere à tributação sobre os estoques, colaciona o Recorrente acórdão proferido no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

Requer seja provido o recurso, a fim de que, uma vez reconhecida a legitimidade ativa do substituído, sejam os autos retornados ao Juízo a quo, e julgado o mérito relativo à substituição tributária para frente. Quanto à tributação sobre estoque, pretende seja reconhecida a ilegitimidade de tal prática.

Regularmente processado, conta o recurso com a resposta da Recorrida (fls. 261/268).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): A hipótese dos autos cuida de recurso especial interposto por Comercial Farma Konz Ltda, contra acórdão que proveu recurso oficial, entendendo pela ilegitimidade ativa da Autora, por figurar na posição de substituída, não possuindo interesse em discutir a legitimidade da sistemática da substituição tributária com recolhimento antecipado do tributo.

A Recorrente ainda pretende ver apreciada a ilegitimidade da cobrança antecipada do imposto sobre a mercadoria estocada.

De início, quanto à alegada infringência ao art. 3º do Código de Processo Civil, o recurso merece prosperar.

Decerto, no regime da substituição tributária, não há menção legal à figura do substituído, pois que a obrigação recai diretamente sobre o substituto. Este último, no entanto, não se encontra alheio à relação jurídica existente, notadamente após a previsão constitucional, aqui já referida, do direito à restituição da quantia paga no caso de não realizado o fato gerador presumido. Deste modo, é de se considerar que o substituto, em regra, é mero repassador de um imposto recolhido antecipadamente com ônus do substituído.

Não se pode desconhecer, portanto, o interesse do substituído em discutir a relação jurídica atinente ao pagamento antecipado de imposto no regime de substituição tributária.

Neste sentido a posição firmada no julgamento do Recurso Especial n. 142.152-PR, da relatoria do Sr. Ministro José Delgado, cujo voto passo a transcrever o seguinte excerto:

“Conforme referido pelo Apelante, o entendimento no sentido de que somente o substituto tributário seria parte legítima para discutir judicialmente a imposição tributária implicaria em negar ao substituído – sendo quem efetivamente arca com o ônus econômico da imposição – o acesso ao Poder Judiciário. Ademais disso, o fato se agrava quando se constata que o substituto não tem qualquer interesse em questionar o tributo, pois não sofre qualquer redução patrimonial.

(...) afigura-se como substituído tributário aquele que sofre o ônus da imposição fiscal. É ele quem tem o ‘interesse de agir’ e a ‘legitimidade **ad causam**’ para discutir judicialmente a exigência tributária que sobre ele recai, sendo, ainda, incontroverso, que o substituto tributário não tenha o necessário interesse de agir, uma vez que o mecanismo da substituição tributária não lhe causa prejuízo algum, sendo-lhe, destarte, irrelevante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da imposição.”

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

“Tributário. Substituição tributária. Cofins. Lei Complementar n. 70/1991. Venda de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado. Legitimidade ativa do substituído tributário para discutir em juízo a exigência da referida exação. Recurso especial provido para que seja julgado o mérito da causa.

1. Sendo o substituído tributário quem efetivamente sofre os ônus da imposição fiscal, está legitimado para discutir judicialmente a exigência tributária que sobre ele recai.

2. Recurso especial provido para determinar que seja examinado o mérito da causa” (REsp n. 198.364-RS, DJ de 26.4.1999, p. 65, Rel. Min. José Delgado).

“Processual Civil e Tributário. Operações interestaduais realizadas com derivados de petróleo. Exigência do recolhimento antecipado do ICMS pelo regime de substituição tributária. Legitimidade ativa **ad causam** do substituído para propor ação de mandado de segurança, impugnando a cobrança do tributo. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I – O substituído tem legitimidade ativa **ad causam** para propor ação de mandado de segurança contra ato consubstanciado na exigência – pelo regime de substituição tributária – do recolhimento de ICMS sobre operações interestaduais, realizadas com derivados de petróleo.

II – O recurso especial não é a via adequada para suscitar questão federal de índole constitucional.

III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (REsp n. 107.190-MG, DJ de 30.3.1998, p. 32, Rel. Min. Adhemar Maciel).

“Tributário. ICMS. Revenda de veículos automotores. Substituição tributária para frente. Legalidade. Concessionária; legitimidade para a causa.

I – A concessionária, revendedora dos veículos automotores, tem legitimidade para a causa em que se discute sobre a legalidade da exigência do recolhimento antecipado do ICMS, pela empresa-fabricante, porquanto é ela que desembolsa, por antecipação, o dinheiro destinado ao pagamento do imposto. Ofensa aos arts. 3^o e 6^o do CPC não caracterizada.

II – A legislação infraconstitucional, atinente à chamada ‘substituição tributária para frente’ continua em vigor, hoje com endosso da Emenda Constitucional n. 3/1993 não é, por isso, ilegal a exigência do recolhimento antecipado, pela empresa-fabricante, do ICMS devido pela concessionária.

III – Constituição, art. 155, § 2^a, XII, b; EC n. 3/1993. Decreto-Lei n. 406/1968. Lei Complementar n. 44/1983. CTN, art. 128. Convênio n. 66/1988. Convênio n. 107/1989.

IV – Precedentes do STJ.

V – Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 38.357-SP, DJ de 16.9.1996, p. 33.711, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

O art. 3^a do Código de Processo Civil determina a necessidade de legitimidade e interesse para a propositura da ação. “Consiste a legitimidade **ad causam** (legitimidade de parte, ou também legitimação para agir) na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão levada ao Judiciário. Diz respeito a legitimação para agir à posição de autor e réu em relação a um litígio. Só os titulares dos interesses em conflito têm direito à prestação jurisdicional e ficam obrigados a subordinar-se, **in casu**, ao poder ou **imperium** estatal. Legitimação **ad causam** significa existência de pretensão subjetivamente razoável”. (cf. **José Frederico Marques**. In Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1, 12^a ed., Ed. Saraiva, p. 187). De fato, a lei não menciona o substituído, a não ser para a restituição, nos termos da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, e da disciplina dada pela Lei Complementar n. 87/1996.

Por outro lado, há de se ter em vista que o interesse processual “é aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena de, não o fazendo, ver-se na contingência de não poder ver satisfeita sua pretensão (o direito que é afirmado)” (cf. **Arruda Alvim**, in Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. 6^a ed. Ed. Revista dos Tribunais, p. 370). **Celso Agrícola Barbi** traz a lição de **Chiovenda** de que “o interesse de agir consiste em que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano”, e continua: “neste conceito está, sem dúvida, a necessidade do uso dos meios jurisdicionais para a tutela de um direito” (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1, 1^a ed., Ed. Forense, p. 49).

No regime de substituição tributária “para frente”, o substituído é obrigado ao repasse do tributo ao substituto para que possa receber a mercadoria a ser vendida ao consumidor. Necessita, portanto, de provimento jurisdicional, acaso procedente, que lhe assegure o não-recolhimento antecipado. De outro modo, ficaria o substituído sem meios de levar sua pretensão à apreciação do Judiciário, o que configura o interesse, e, portanto, a legitimidade para a causa.

O substituído não está alheio à relação jurídica. Sua legitimidade não pode ser afastada.

No que tange à incidência do tributo para as mercadorias estocadas, no entanto, não assiste razão à Recorrente.

Pelo que consta dos autos, o recolhimento do imposto sobre os estoques fez-se de maneira provisória, para a implantação do sistema de substituição tributária, segundo o qual a tributação das mercadorias deixou de ser efetuada na saída do revendedor. Daí não ter a Autora creditado o ICMS sobre as mercadorias em estoque.

Uma vez aceita pela jurisprudência e pela doutrina a legalidade da antecipação do recolhimento do tributo, desobrigar o contribuinte, *in casu*, a recolher o imposto incidente sobre o estoque, é o mesmo que deixar tal mercadoria sem incidência.

Ademais, como acentuado pelo acórdão recorrido, “não comprovou a Autora a inoccorrência do fato gerador, apesar de existirem elementos suficientes para tanto, ou seja, bastaria demonstrar, pelas vendas efetuadas nos meses de junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 1994, que a forma de exigência prevista no Decreto n. 39.102/1994 importa na exigência do ICMS sem a ocorrência do fato gerador” (fl. 211).

A Recorrente também se utiliza da divergência jurisprudencial para arazoar o presente recurso.

O v. acórdão recorrido restou ementado nos seguintes termos (fl. 177):

“ICMS. Operações com produtos farmacêuticos. Substituição tributária para frente (art. 150, § 7^o, da CF), como óbices à cobrança do tributo. Ilegitimidade da compradora-substituída, uma vez que o contribuinte é a vendedora. Mesmo considerando-se inconstitucional ou ilegal a exigência, há impossibilidade, no regime jurídico vigente, da impugnação de direito de terceiro em nome próprio. Inteligência do art. 3^o do CPC. Tese da repercussão econômica que não se aplica em matéria tributária. Mesmo considerando que no valor da nota fiscal de venda, em termos econômicos, está incluído o ônus do tributo, quem paga o valor de uma nota fiscal, na realidade, está pagando a mercadoria, e não especificamente o tributo. Relação existente, entre compradora e vendedor, é de Direito Privado e não de Direito Tributário. Contribuinte do tributo é o sujeito do verbo ‘realizar operações’ e não o comprador da mercadoria. Ilegitimidade da Autora (compradora) caracterizada. Inexistência de relação jurídica entre a compradora da

mercadoria e o Estado. Provido o recurso oficial, invertendo-se os ônus da sucumbência, por caracterização da ilegitimidade da Autora.”

Da oposição de embargos declaratórios, assentou-se acórdão cuja ementa o teor aqui se transcreve (fl. 209):

“Embargos de declaração. Art. 535, I e II, do CPC. Omissão ou contradição sob o fundamento da substituição tributária. Inexistente. No que se refere à argüida omissão sob o fundamento da falta de análise sob a ótica do Decreto n. 39.102/1994, acolhidos os embargos, nos termos do acórdão.”

O dissídio, no entanto, não vinga, porquanto não se pautou o Recorrente pelos comandos do Regimento Interno deste Tribunal. Necessária à comprovação da divergência que seja colacionado aos autos o inteiro teor do acórdão paradigma, a fim de que seja verificada a existência de identidade entre os casos confrontados, e a discrepância na interpretação dada à mesma legislação federal.

Vale ressaltar, **ad argumentandum tantum**, que, no caso em apreço, a substituição tributária não impõe o recolhimento do imposto de mercadoria estocada. Aqui, a incidência sobre o estoque fez-se tão-somente a fim de assegurar transição para a sistemática de recolhimento antecipado, no tocante àquelas mercadorias que ainda não tinham sido tributadas, e que não mais o seriam quando da saída pelo revendedor.

Ante as razões ora expendidas, conheço do recurso apenas pelo artigo 105, III, alínea a, e dou-lhe parcial provimento, para que retorne o feito ao Tribunal **a quo**, a fim de que seja apreciado o mérito da apelação no que se refere ao regime de substituição tributária com recolhimento antecipado, na parte em que o egrégio Tribunal de origem considerou a Recorrente parte ilegítima, ilegitimidade ora arredada.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 199.153 – GO

(Registro n. 1998.0096540-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás
Recorrido: Santo André Investimentos Imobiliários S/C Ltda
Advogados: Ercílio Ferreira dos Santos e outro
Recorrido: Município de Caldas Novas
Advogados: Lara Lafaiete de Godoi Barbosa e outros
Sustentação oral: Ercílio Ferreira dos Santos (pela primeira recorrente) e Moacir Guimarães Morais Filho (Subprocurador-Geral da República)

EMENTA: Processual Civil – Ação civil pública – Defesa do patrimônio público – Nulidade parcial da sentença – Condenação à verba não executada e inexistente no contrato firmado pelo Município de Caldas Novas com a exequente – Possibilidade da ação.

1. Padece de nulidade absoluta e insanável a sentença na parte em que condenou o executado à verba não requerida pela exequente e sequer constante do contrato de prestação de serviços e execução de obras públicas.

2. O ato nulo de pleno direito não tem eficácia nem produz efeitos, por isso que a sentença, no particular, não transitou em julgado, sendo cabível a ação para obter a decretação da sua nulidade parcial.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 24 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 19.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: O Ministério Público do

Estado de Goiás promoveu ação civil pública buscando anular, parcialmente, sentença proferida em embargos do devedor, pelos motivos expostos a seguir.

Santo André Investimentos Imobiliários S/C Ltda ajuizou, contra o Município de Caldas Novas, execução de título extrajudicial para haver crédito referente a contrato de prestação de serviços e execução de obras públicas.

Os embargos à execução foram julgados improcedentes, condenando-se o Município ao pagamento do principal e consectários, *além da multa contratual*, verba esta não prevista no contrato, nem requerida pela Exeqüente.

Elaborado o cálculo, com a inclusão da parcela acima destacada, e expedido o competente precatório cujo cumprimento não foi atendido, a Exeqüente requereu a intervenção no Município, resultando, do seu deferimento, em solicitação ao Governo Estadual. Posteriormente, sem que fosse decretada a intervenção, a credora e o devedor celebraram acordo para pagamento da dívida em 12 parcelas mensais.

Convencido da lesão ao Erário Municipal devido à inclusão de verba indevida e sequer reclamada pela Exeqüente, o representante do Ministério Público aforou ação civil pública pleiteando a nulidade parcial da decisão no que concerne à multa contratual e dos atos que dela sejam decorrentes.

Julgada procedente no 1^a grau, a sentença foi reformada no Tribunal de Justiça, pelos motivos constantes do acórdão de fls. 905/911, assim resumidos na ementa:

“Ação civil pública. Declaração de nulidade parcial da sentença **ultra petita**. Carência da ação. O Ministério Público é carecedor da ação civil pública que, a pretexto de ser **ultra petita**, visa a anular em parte sentença transitada em julgado há quase cinco (5) anos. Provido o apelo por unanimidade.”

Entendeu o acórdão, em suma, incabível a utilização da ação em apreço para declarar a nulidade da parte da sentença relativa à multa contratual, eis que transitada em julgado e, a teor do art. 485, V, do CPC só é possível rescindir sentença de mérito quando violar a literalidade da lei que, no caso, seriam os arts. 128 e 460-CPC; ademais, já estava em muito superado o prazo decadencial previsto no art. 495-CPC.

Inconformado, o Autor manifestou recurso especial pelos fundamentos

das letras **a** e **c**, alegando contrariedade aos dispositivos processuais mencionados no acórdão e divergência com as decisões indicadas como paradigmas.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte, opinando a douta Subprocuradoria Geral da República por seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): O acórdão impugnado declarou a carência da ação por considerá-la incabível porque, nos termos do art. 485, V, do CPC, a sentença de mérito trântita em julgado só poderia ser rescindida se violasse disposição literal de lei, no caso, os arts. 128 e 460 do diploma processual e, ademais, foi proposta em 30.7.1997, após o transcurso do prazo decadencial estabelecido no art. 495-CPC, pois, a sentença transitara em julgado desde 14.10.1992.

O Recorrente rebate esse entendimento afirmando que o acórdão violentou os dispositivos mencionados, convalidando sentença parcialmente nula de pleno direito, por inaplicar os arts. 128 e 460 perfeitamente aplicáveis, consoante os quais é defeso ao juiz decidir a lide fora dos limites de sua proposição e impor condenação superior ou em objeto diverso do que foi demandado, bem como violou os outros dois artigos (485, V; e 495) por sua indevida aplicação.

A complexidade da questão é, a meu ver, apenas aparente e foi examinada com acuidade na sentença e no parecer do Ministério Público Federal. Refuto, aqui, as deselegantes assacadilhas de “neófito Promotor Público” e “descuidoso Magistrado de 1ª grau” contidas nas contra-razões (fls. 931 e 933).

A ação proposta foi declaratória de nulidade parcial de ato jurídico consistente na condenação do Executado, em decisão proferida em embargos do devedor, de verba sequer requerida pela Exeçquente e não constante do contrato, qual seja, multa contratual por atraso de pagamento; sendo, portanto, inaplicáveis os arts. 485, V; e 495 do CPC. Vale a transcrição de alguns excertos da sentença e parecer do Ministério Público Federal:

“O Autor pretende a declaração de nulidade parcial da sentença de 1ª grau, para o fim de extirpar de sua parte dispositiva a condenação do Município de Caldas Novas ao pagamento da multa contratual e a declaração dos demais atos nulos que dela sejam dependentes.

(...)

A Requerida, por sua vez, em momento algum enfrentou o núcleo central do pedido: a inclusão de multa contratual na sentença, sem que ela tivesse sido pedida ou constasse dos contratos que deram origem à execução embargada.

Bateu-se o tempo todo sobre a agressão que estaria sendo cometida ao instituto do trânsito em julgado quando, na verdade, o que é nulo não surte qualquer efeito e, por isso, não pode ser acobertado pelo manto da coisa julgada.

(...)

A Exeçúente não pediu a condenação em multa, nem poderia fazê-lo, pois ela não foi contratada, como se vê dos instrumentos juntados.”

Transcreve cláusula do aditivo ao contrato onde consta que a Contratada pagará à Contratante multa diária pelo atraso na conclusão das obras e continua:

“Logo, a cláusula penal passou a prever multa para a Contratada, ora requerida, para o caso de entrega das obras fora do prazo estipulado. Entretanto, inexplicavelmente, essa multa recaiu em desfavor do Município de Caldas Novas, como se fosse devida por atraso de pagamento, como se verifica dos cálculos feitos pelo Cartório do Contador, Distribuidor e Partidor do Juízo (cópia fl. 255).

(...)

A atuação, no âmbito da ação civil pública, foi somente quanto à parte da sentença cuja declaração de nulidade foi pedida.

Sobre isso não teve o egrégio Tribunal de Justiça de Goiás oportunidade de manifestar-se porque, à época a matéria não foi agitada no recurso, senão já o teria feito, pois há julgados que confirmam essa posição, como os que seguem abaixo.”

Após reproduzir precedentes jurisprudenciais, conclui:

“Não há como negar que houve excesso na r. sentença que julgou os embargos interpostos pela Santo André Investimentos Imobiliários S/C Limitada, condenando o Município de Caldas Novas ao

pagamento de multa contratual, que sequer foi contratada, o que se constata do confronto entre sua conclusão e o pedido, já transcritos acima.” (sentença, fls. 825/833).

Já o ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, afirma em seu parecer de fls. 953/965:

“A hipótese da sentença em exame (condenação do Embargante-executado ao pagamento de multa contratual), é mais grave do que aquela em que o provimento jurisdicional dá-se **extra** (quando exara efeitos jurídicos mais amplos do que os pleiteados pela parte) ou **ultra** (quando se concede quantidade ou quantia maior do que a pleiteada pela parte) **petita**, não só porque não houve, nem poderia haver, pedido contra o Embargante, mas também, e aí a situação raia ao absurdo, porque o contrato objeto da execução não previa multa contratual em favor do Exeçüente. Não há menor congruência entre o que se pediu na ação de embargos à execução e a parte da sentença que condenou o Embargante a pagar uma inexistente multa contratual.

(...)

Tratando-se o ato impugnado na ação civil pública, como efetivamente se trata, de *sentença* em que *juridicamente inexistente*, é evidente que o acórdão recorrido aplicou indevidamente, à hipótese, as normas processuais que tratam da ação rescisória, especialmente os artigos 485, inciso V; e 495, ambos do Código de Processo Civil. É que para o reconhecimento do vício de inexistência da sentença é inadequada, e mesmo desnecessária, a ação rescisória.”

O mestre **Orlando Gomes**, discorrendo sobre as conseqüências da nulidade e da anulabilidade no âmbito do direito material, assevera:

“A teoria clássica das nulidades assenta o princípio geral de que o ato nulo não produz qualquer efeito: **quod nullum est, nullum producit effectum**. A nulidade privaria o ato de toda eficácia.

Deste princípio, deduzem-se as conseqüências seguintes:

- 1ª, a nulidade opera de pleno direito;
- 2ª, pode ser invocada por qualquer pessoa;
- 3ª, o ato nulo não é suscetível de confirmação;
- 4ª, o ato nulo não convalesce pela prescrição.

A nulidade teria, por conseguinte, estes caracteres; seria

- a) imediata;
- b) absoluta;
- c) incurável;
- d) perpétua.” (Introdução ao Direito Civil, Forense, 2ª ed., p. 405).

Penso que esses conceitos são perfeitamente aplicáveis ao presente caso. A sentença, na parte especificamente impugnada na ação, padece de nulidade absoluta e insanável, não tendo eficácia nem podendo produzir efeito no particular e, por isso mesmo, não transita em julgado nesse ponto. Veja-se que a ação proposta não se voltou contra a vertente da decisão de mérito que, por óbvio, transitou em julgado, mas, somente sobre o aspecto excedente e inválido da sentença a respeito do que a decisão é nenhuma.

À vista do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 232.296 – MG

(Registro n. 99.0086756-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi
Recorrente: Alcan Alumínio do Brasil S/A
Advogados: João Bráulio Faria de Vilhena e outros
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais
Advogados: José Alfredo Borges e outros

EMENTA: Recurso especial – Tributário e Processual Civil – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica – Incidência de ICMS em operações de exportação – Litispendência – Comprovação da divergência – Prequestionamento.

I – A propositura de ação declaratória de existência ou inexistência de relação jurídico-tributária é legitimada pelo fato de o contribuinte desejar obter a certeza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídico-tributária (se há, ou não, em

relação a ele ou ao seu caso, imunidade, não-incidência ou isenção). Não pode versar sobre a lei em tese, e sim sobre fato gerador determinado. Visa a extrair do Poder Judiciário a declaração de que o fato realizado dá ensejo a posterior exigência tributária.

II – Como a obrigação tributária é uma só, a existência de uma ação anterior induz sim à litispendência e coisa julgada. Isto porque havendo imunidade, esta haverá sempre, independentemente do exercício financeiro; configurando-se hipótese de não-incidência, sempre haverá não-incidência, e, por fim, existindo isenção, sempre existirá isenção, até que advenha lei que a revogue.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 9.10.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Alcan Alumínio do Brasil S/A interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A hipótese versa sobre ação declaratória visando à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a recolher o ICMS nas operações de exportação de seus produtos.

O aresto recorrido extinguiu o processo sem julgamento do mérito, acolhendo preliminar de litispendência levantada pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, na forma do art. 267, inc. V, do CPC.

Opostos embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados sob os seguintes fundamentos: “a decisão colegiada que concluiu pela ocorrência de litispendência no feito, decretou a sua extinção, na forma do art. 267, V, do CPC. Logo, ino correu julgamento de mérito. Evidente se torna que a presente ação é posterior à que lhe empresta a litispendência. Incabe, pela natureza do julgado do qual se pede declaração, adentrar o mérito para analisar quanto à natureza do pedido, como pede o recurso. Nesta conformidade, e na melhor forma de direito, rejeito os embargos declaratórios, por nada haver a declarar”.

Aduz o Recorrente que o aresto objurgado viola os arts. 301, §§ 1^a, 2^a e 3^a; 458, incs. II e III; 467, 468, 471, inc. I; 535, inc. I e II, do CPC, bem como divergência com as Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Sustenta que:

“a) o pedido formulado na ação presente, até mesmo por ser posterior à ação em relação à qual se alega a litispendência, exclui, quando pouco, o objeto daquela, relativo a negócio jurídico anterior, tornando os pedidos distintos entre si;

b) embora as partes sejam as mesmas e idêntica a causa de pedir, o pedido não é o mesmo, já que na ação distribuída para a 2^a Vara da Fazenda garantiu-se a livre exportação nas operações até a de n. 508/1992;

c) referidos fatos, incontroversos no processo e reconhecidos pelo próprio v. acórdão, inexoravelmente demonstram a fragilidade da tese da litispendência e a violação aos §§ 1^a, 2^a e 3^a do art. 301 do Código de Processo Civil;

d) já o segundo aspecto, refere-se ao fato de a situação abordada nas ações ser, como o próprio acórdão reconhece, continuativa, ocorrendo no caso em tela mudança no estado de fato e de direito do processo em razão de haver sido limitado no processo em relação ao qual se arguiu a litispendência, pelo próprio Judiciário, o âmbito dos pedidos, excluindo, expressamente os pedidos que então foram formulados na presente ação;

e) afastada está a litispendência e até mesmo a coisa julgada, nos termos do art. 471, I, do CPC que, restou pisoteado, como se vê da jurisprudência colacionada, do próprio colendo STJ, da qual divergiu o v. acórdão recorrido.”

Contra-razões da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais às fls. 359/363, onde aduz que os dispositivos apontados por violados não foram ventilados no aresto recorrido e o reconhecimento da litispendência deu-se pela apreciação da prova dos autos, incidindo as Súmulas n. 282 e 356 do STF, e 7 do STJ.

O presente recurso especial foi admitido após interposição de agravo de instrumento, tal qual noticiado à fl. 382.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Inviável é o conhecimento do apelo extremo pela alínea c do permissivo constitucional, na medida em que o Recorrente não cumpriu as exigências regimentais atinentes à comprovação da divergência jurisprudencial. Assim, vislumbrando presentes os pressupostos inerentes à sua admissão, conheço do apelo excepcional tão-somente quanto à alínea a do permissivo constitucional, excetuada a violação aos arts. 467, 468, 471, inc. I, porquanto carecem do necessário questionamento.

Verifica-se que o aresto guerreado, com supedâneo nos documentos dos autos, reconheceu configurada a litispendência e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos seguintes termos:

“O Juiz sentenciante rejeitou a argüição de litispendência com dois argumentos: o primeiro, no sentido de que a ação distribuída à 2ª Vara refere-se às operações de exportação até o n. 508/1992; o segundo, no sentido de que a ação ajuizada na 2ª Vara já foi julgada.

Quanto ao primeiro argumento, cumpre-nos observar que tanto a inicial referente à ação ajuizada na 2ª Vara quanto a inicial ajuizada na 5ª Vara nenhuma das duas faz a delimitação que o sentenciante fez.

Cabe ao Juiz julgar o pedido nos termos em que foi formulado. No caso versado, o que fez o Magistrado foi uma verdadeira emenda às iniciais, restringindo o pedido posto na inicial ajuizada na 2ª Vara às operações de exportação até o n. 508/1992 e delimitando o pedido posto na inicial ajuizada na 5ª Vara às operações de n. 509 a 517/1992.

A própria Alcan, não bastasse a clareza da inicial, no recurso adesivo, deixa certo que pretende a extensão dos efeitos da sentença a todas as suas operações de exportação da mesma natureza, como requerido na peça inaugural.

O segundo argumento do sentenciante também não procede, à medida que o fato da primeira ação ter sido decidida em 1^a grau não elide a litispendência, registrando os autos que em relação à mesma existem recursos pendentes. E ainda que transitada em julgado a decisão da primeira ação, seria caso de extinção deste feito, em razão da coisa julgada.

A teor do artigo 301, § 2^o, do CPC, uma ação é idêntica à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Confrontadas, as ações ajuizadas na 2^a Vara e na 5^a Vara de Fazenda de Belo Horizonte são exatamente as mesmas. A inicial da presente ação é cópia fiel (vide fls. 43/48) daquela ajuizada na 2^a Vara Fazendária, sendo de nenhuma relevância, importa salientar, as cautelares deferidas em ambos os juízos, em relação às exportações que mencionam, abarcadas todas elas pelo pedido genérico contido nas iniciais.

Isto posto, acolho a argüição de litispendência e reformando a sentença recorrida, com base no artigo 267, V, do CPC, decreto a extinção do presente feito, sem julgamento do mérito, invertendo, em consequência, os ônus da sucumbência e prejudicados os recursos voluntários e adesivo.”

O fato de o pedido posto na inicial em relação à qual se alega litispendência restringir-se ou não às operações de exportação até o n. 508/1992, e o pedido formulado na ação, cujo recurso se aprecia referir-se às operações de n. 509/1992 a 517/1992, não implica em modificação do estado de direito ou de fato. Retrata, isto sim, o caráter de obrigação continuativa.

Destaca-se, outrossim, que a propositura de ação declaratória de existência ou inexistência de relação jurídico-tributária é legitimada pelo fato de o contribuinte desejar obter a certeza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídico-tributária (se há ou não, em relação a ele ou ao seu caso, imunidade, não-incidência ou isenção). Não pode versar sobre a lei em tese, e sim sobre fato gerador determinado. Visa a extrair do Poder Judiciário a declaração de que o fato realizado dá ensejo a posterior exigência tributária.

Como a obrigação tributária é uma só, a existência de uma ação anterior induz, sim, a litispendência e coisa julgada. Isto porque havendo imunidade, esta haverá sempre, independentemente do exercício financeiro;

configurando-se hipótese de não-incidência, sempre haverá não-incidência, e, por fim, existindo isenção, sempre existirá isenção, até que advenha lei que a revogue.

Depreende-se do pedido da inicial que se busca a declaração da inexistência da obrigação tributária na medida em que os produtos fabricados pela Recorrente não se encontram enquadrados no conceito de produto industrializado semi-elaborado da Lei Complementar n. 65/1971, para fins de incidência do ICMS sobre operações com mercadorias destinadas ao exterior. Sujeita-se, pois, à vedação do **bis in idem**. Destarte a ação anteriormente ajuizada induz litispendência, e a sentença faz coisa julgada quanto ao mérito da controvérsia, não apenas a determinado ato, a sentença valerá para todas as operações posteriores que forem da mesma natureza.

Forte em tais razões, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 257.855 – SE

(Registro n. 2000.0043110-9)

Relator: Ministro Castro Filho
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Maria Laura de Oliveira Alcoforado e outros
Recorrida: Cândida Maria Leite Fontes
Advogada: Maria Angélica Bastos Nascimento de Campos
Recorrida: União

EMENTA: Processo Civil – Denúnciação da lide a pedido da parte-ré – Processo extinto – Honorários do advogado do denunciado.

Deve o denunciante arcar com o pagamento dos honorários do advogado do denunciado quando a integração à lide foi feita a pedido do primeiro e o segundo não tem qualquer vínculo com o autor.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 13 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Castro Filho, Relator.

Publicado no DJ de 23.4.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Filho: Cândida Maria Leite Fontes ajuizou ação ordinária, objetivando o pagamento de juros progressivos sobre sua conta vinculada ao FGTS, que lhe seriam devidos pela Caixa Econômica Federal – CEF.

A Ré denunciou a lide à União.

A sentença extinguiu o processo com julgamento do mérito, entendendo que o prazo prescricional para ação de cobrança seria quinquenal. A Autora foi condenada ao pagamento de honorários à Caixa.

Apelaram a Autora e a União.

O recurso da primeira não foi admitido por estar deserto.

A denunciada requereu que seus honorários fossem pagos por rateio da parcela que coubera à CEF. Esta a ementa do acórdão:

“Processual Civil. Denúnciação à lide. Honorários advocatícios.

Julgado improcedente o pedido principal ou prescrita a ação principal, verificar-se-á o cabimento da lide secundária (denúnciação) para efeito de se apurar a responsabilidade pelos honorários advocatícios do denunciado, como se a ação principal tivesse sido julgada procedente.

Se a denúnciação era incabível, incumbe ao litisdenunciante, e

não ao autor da principal, o pagamento da verba honorária do denunciado.”

Inconformada, a instituição financeira denunciante interpôs recurso especial.

Alegou ter havido violação ao artigo 20 do Código de Processo Civil, pois somente existiriam honorários de sucumbência se houvesse vencido e vencedor.

Sustentou que a União ingressara no feito “na qualidade de litisdenunciada obrigatória”, não havendo, portanto, lide entre a Caixa e a União.

Argumentou, ainda, ser “irrelevante o fato de a Caixa ser a responsável pela vinda da União ao feito”.

Ponderou que a Autora não se opôs à presença da União no pólo passivo.

Por fim, afirmou ser “ainda controvertida a presença da União no lado passivo de demanda”.

Admitido o recurso, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Sustenta a Recorrente ter sido violado o disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil. Os honorários decorrentes da denúncia da lide haveriam de ser suportados pela Autora, parte vencida na ação.

Penso não assistir razão à instituição financeira.

No caso ora em exame, a Autora não formulou pedido contra a denunciada. A União, por sua vez, ofereceu resistência ao pedido da instituição financeira para que integrasse a lide.

Esta Corte já enfrentou a matéria em situação semelhante. Entendeu-se que, nos casos em que a denúncia da lide não envolve perda do direito de regresso, sendo improcedente o pedido da parte-autora, “deverá o denunciante arcar com os honorários do advogado do denunciado quando inexistente vínculo entre este último e o autor que, em relação a ele, não formulou qualquer pedido. Não assim, entretanto, na hipótese prevista no artigo 70, I, do CPC, quando os honorários serão suportados pelo vencido

na demanda principal” (REsp n. 81.793, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 4.8.1997).

Registre-se que a própria CEF afirma que “a denúncia foi feita baseada no inciso III do art. 70 do CPC”, isto é, é certo que a integração da União à lide foi feita a pedido da parte-ré, entendendo que seria a parte legítima para responder à ação, tendo havido trabalho efetivo do advogado da União. Ademais, ao contrário do que alega a Recorrente, a questão da ilegitimidade da Ré é assunto ultrapassado. Tranquilo o entendimento neste Superior Tribunal de que a CEF é parte legítima para atuar no pólo passivo das ações referentes ao FGTS.

Em assim sendo, não repercute, a meu sentir, a alegação da Recorrente de que a Autora, uma vez vencida, é responsável pelo pagamento dos honorários. Responsável, no caso, pelos honorários, é a parte que requereu a integração da União à lide.

Nego provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 259.057 – RJ

(Registro n. 2000.0046873-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Jacob Steinberg e outros
Advogada: Maria Isabel Campelo Belmar da Costa Cirne
Recorrido: Município do Rio de Janeiro
Procuradores: Marco Antônio Ferreira Macedo e outros

EMENTA: Tributário – IPTU – *Apart*-hotel: Classificação.

1. Esta Corte tem precedente, no sentido de que o Município tem competência para legislar sobre IPTU, podendo classificar os imóveis, definindo quais os que devem pagar a exação municipal mais ou menos gravosa (REsp n. 196.027-RJ).

2. Hipótese em julgamento em que a Municipalidade, de forma unilateral, alterou a classificação, invocando os princípios da isonomia e da capacidade contributiva do contribuinte, razões não

elencadas no art. 149 do CTN para que se faça a revisão de lançamento (precedente desta Turma, REsp n. 1.718-RJ)

3. Recurso especial conhecido e provido pela letra a do permissivo constitucional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 12 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 9.10.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo TJRJ, que consagrou o entendimento de que a Administração Pública pode mudar a classificação de imóvel, residencial ou comercial, para fins tributários ao constatar que difere sua destinação daquela inicialmente declarada, com base no art. 149, inciso VIII, do CTN.

Inconformados, alegam os Recorrentes que houve violação aos arts. 535, inciso II, do CPC, 32, 33, 43, 97, 142, 145, 146 e 149 do CTN, além de dissídio jurisprudencial.

Relativamente ao art. 535, inciso II, do CPC, afirmam que restou omissa o acórdão recorrido quanto ao objeto dos embargos de declaração, incluindo-se a legislação federal apontada e os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, esses no sentido de que não poderia o Fisco alterar unilateralmente, sem notificação do contribuinte, a classificação do imóvel.

Nas contra-razões, trouxe o Município do Rio de Janeiro precedente

desta Corte, o REsp n. 196.027-RJ, em contraponto aos fundamentos dos Recorrentes.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A alegada violação aos arts. 142, 145 e 146 do CTN dão suporte a este recurso.

O acórdão impugnado está assim ementado:

“Tributário. Ação ordinária de anulação de lançamento do IPTU e taxas correlatas, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. *Apert-hotel*. Pretendida destinação residencial das unidades imobiliárias, inexistente. Evidente exploração de serviços de hotelaria. Possibilidade do Município rever a destinação das unidades, uma vez constatada sua destinação comercial. Ação cautelar que não tem feição da consignatória. Improcedência desta como consequência da improcedência da ação principal. Apelo do Município a que se dá provimento para reformar a sentença que julgou procedentes ambas as ações.” (fl. 346).

O Município do Rio de Janeiro, pelo que se vê dos autos, a partir do exercício de 1988, decidiu unilateralmente alterar a classificação das unidades dos hotéis-residência, retirando-os da classificação de imóveis residenciais para comerciais.

A questão jurídica que se coloca para exame é a seguinte: pode o Fisco proceder à mudança de classificação de *moto* próprio?

Há precedente desta Corte, trazido aos autos pelo Município do Rio de Janeiro, em que esta Turma, pelo relato do Ministro Ari Pargendler, examinando os arts. 32 e 33 do CTN, concluiu que a legislação federal não prevê e nem proíbe a redução de alíquotas em se tratando de imóveis residenciais, muito menos veda seu agravamento para os terrenos não edificadas, competindo aos Municípios a distinção, o que o fazem no âmbito de sua competência.

Na oportunidade, o Relator invocou precedente do Supremo Tribunal

Federal que considerou constitucional lei municipal que reduziu o Imposto Predial e Territorial Urbano do imóvel ocupado pela proprietária que não possuísse outro imóvel (Súmula n. 539).

Concluiu, então, pela incompetência desta Corte, por não haver questão federal em controvérsia.

Confira-se REsp n. 196.027-RJ, julgado em 17.12.1998 (fls. 503/509).

Na espécie em julgamento, entretanto, sem que se possa dizer que houve violação aos arts. 32 e 33 do CTN, a Municipalidade, ao verificar que os imóveis de propriedade dos ora recorrentes eram apartamentos tipo “hotel-residência”, unilateralmente alterou a classificação, com respaldo no art. 149, VIII, do CTN.

Afirmaram, na oportunidade, que atendiam assim aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Ora, as hipóteses de revisão de lançamento estão expressas em **numerus clausus** no art. 149 do CTN e exigem sempre a motivação que, dentro do elenco, não contempla os princípios da isonomia e da capacidade contributiva do proprietário.

Portanto, a hipótese aqui examinada não se identifica com o precedente trazido à colação.

É preciso que se tenha atenção ao disposto no art. 146 do CTN, também questionado, não sendo demais transcrevê-lo:

“Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento, somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Com efeito, a mudança qualitativa ou quantitativa nos critérios da Administração, com reflexo no crédito tributário, está vedada ao administrador.

A propósito, esta Corte, precisamente esta Segunda Turma, decidiu bem recentemente, no REsp n. 151.718-RJ, de minha relatoria:

“Tributário. IPTU. *Apart*-hotel: Classificação.

1. Inexistência de legislação no âmbito federal que discipline a incidência do IPTU sobre *apart*-hotel ou sobre unidades do hotel-residência.

2. Ilegalidade da mudança de critério classificatório, sem legislação específica, por mero arbítrio da Administração, mormente quando aumenta a carga tributária.

3. Recurso não conhecido.”

A semelhança de situação enseja que se conheça do presente recurso pela letra **a**, por violação aos arts. 142, 145, 146 e 149 do CTN, prequestionados por embargos de declaração não atendidos (art. 535 do CPC).

Em conclusão, conheço do recurso para, dando-lhe provimento, reformar o acórdão, julgar procedente a ação, invertendo a sucumbência.

RECURSO ESPECIAL N. 283.321 – SP

(Registro n. 2000.0106841-5)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Sistema Educacional Barão Ltda
Advogados: Antônio Carlos do Amaral Maia e outros
Recorrido: Município de São Roque
Advogado: Júlio César Meneguesso
Sustentação oral: Carlos Pelegrino (pelo recorrente)

EMENTA: Administrativo e Processual Civil – Desapropriação – Valor da indenização – Nova avaliação – Possibilidade – Limites.

1. Em casos excepcionais, justifica-se a realização de nova perícia a fim de fixar-se o valor da justa indenização; contudo, a segunda avaliação deverá ser feita com base no valor do imóvel à época da primeira perícia, em obediência ao princípio da contemporaneidade previsto no art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, concedendo-se a correção monetária cabível.

ACÓRDÃO

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

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 12 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 19.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial, decorrente da reautuação de agravo de instrumento por conter os elementos necessários à sua apreciação, interposto por Sistema Educacional Barão Ltda contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim resumido na ementa:

“Desapropriação. A avaliação deve estar próxima da ocupação, colhendo o imóvel no estado contemporâneo de sua perda, sem a influência de fatores estranhos ou supervenientes. Os juros compensatórios são de 12% (doze por cento) ao ano, consoante a Súmula n. 618 do colendo Supremo Tribunal Federal: ‘Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano’, e incide a partir da imissão na posse. Os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Verba honorária. Percentual mantido de 10%, contudo, deve ser observada a Súmula n. 617 do STF. Recursos providos em parte.” (fl. 232).

Alega o Recorrente contrariedade aos arts. 23 e 26 da Lei das Desapropriações (Decreto-Lei n. 3.365/1941) e divergência com as decisões apontadas como paradigmas, sustentando, em síntese que a ação expropriatória foi ajuizada em 1973 determinando-se a realização da perícia em 1975, “antes de se aperfeiçoar o pólo passivo da demanda”; transcorrido longo período em que o processo ficou arquivado, sendo requerido o ingresso dos Recorrentes, como substitutos processuais dos expropriados, tornou-se necessária a realização de nova perícia, inclusive em face da desvalorização da moeda, razão pela qual o não-acatamento desta última avaliação resultou na violação dos mencionados dispositivos legais e no dissenso pretoriano.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem. Contudo, entendendo satisfeito o requisito do prequestionamento quanto a um dos artigos invocados pelo Recorrente, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei sua conversão em recurso especial, como esclarecido no início.

Dispensado o pronunciamento do Ministério Público Federal na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Administrativo e Processual Civil. Desapropriação. Valor da indenização. Nova avaliação. Possibilidade. Limites. – 1. Em casos excepcionais, justifica-se a realização de nova perícia a fim de fixar-se o valor da justa indenização; contudo, a segunda avaliação deverá ser feita com base no valor do imóvel à época da primeira perícia, em obediência ao princípio da contemporaneidade previsto no art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, concedendo-se a correção monetária cabível.”

O **punctum saliens** da questão é saber se deve prevalecer o valor da primeira avaliação realizada em 1975 (Cr\$ 528.819,76), ou o do segundo laudo, estabelecido em 1992 (Cr\$ 1.077.040.037,30) acatado pela sentença, devidamente corrigidos.

Analisando a diferença entre os laudos, o acórdão recorrido manifestou-se da seguinte forma:

“Evidentemente, com a realização do segundo laudo, a situação do imóvel desapropriado sofreu inúmeras mudanças e para melhor, e isto em razão das obras realizadas pelo próprio Poder Público com o imposto arrecadado pelos srs. contribuintes.

.....
Na constatação (**sic**) ofertada pelo primitivo expropriado, constata-se que o imóvel não obstante estar localizado no ‘Centro Comercial Local’ estava sujeito à alagação (fls. 19/20), e as fotografias de fls. 31/37, bem retratam este quadro, e isto, constatou o primeiro perito

judicial (fl. 97). O segundo perito judicial, contudo, quando da realização do seu trabalho (19.9.1992) constatou que o terreno é praticamente plano e a ocupação da região é residencial e comércio misto, e pelas fotografias de fls. 264/271, constata-se enorme diferença da região do imóvel desapropriado entre a contestação (primitiva), o primeiro e o segundo laudo pericial.

Ora, os melhoramentos públicos realizados, após a imissão na posse não podem ser considerados para apontar o valor do imóvel, este (valor) deve estar restrito à época do ajuizamento da ação ou da imissão na posse.

Avaliação deve estar próxima da ocupação, colhendo o imóvel no estado contemporâneo de sua perda, sem a influência de fatores estranhos ou supervenientes.” (fls. 235/236).

Alega o Recorrente, entretanto, que a nova avaliação tornou-se necessária devido a fatos notórios (planos econômicos, desvalorização da moeda pela inflação corrosiva) e a mera atualização monetária não era suficiente para recompor o poder aquisitivo da moeda e atender à “justa indenização”. Ademais, tanto a sentença como o acórdão reconheceram que a demora do processo decorreu da inércia do expropriante que, inclusive, permitiu o arquivamento do processo, fatos estes incontroversos, justificando-se a excepcionalidade da nova avaliação sequer impugnada pelo Recorrido.

Certo que o acórdão reconheceu que “a demora no processamento desta ação foi da expropriante, que deixou os autos serem arquivados, das inúmeras intervenções (citações, de cessionários, expropriados), e também do Juízo que determinou o arquivamento dos autos, sem qualquer justificativa legal ...” (fls. 236/237). Não menos certo, porém, que a segunda avaliação, realizada quase vinte anos depois, abarcou melhoramentos feitos pelo Município no imóvel, daí o acórdão ter considerado absurdo o valor acatado pela sentença (mais de um bilhão de cruzeiros contra quinhentos e vinte e oito mil e fração do primeiro laudo), o qual “não pode ser suportado pela expropriante, a não ser pela correção monetária e juros compensatórios, pois, se acolhido o valor do segundo laudo, haveria enriquecimento sem justa causa dos expropriados. “ (fl. 237).

O entendimento do acórdão recorrido parece-me consentâneo com a jurisprudência desta Corte. **Theotonio Negrão**, em notas ao art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (CPC, 28ª ed.), faz referências a precedentes no

sentido de que a demora no julgamento da causa não autoriza nova avaliação e a única atualização permitida é a correção monetária, como no caso do REsp n. 75.803-RJ, acrescentando, “embora haja nova avaliação, esta deve ser feita com base no valor do imóvel à época da primeira perícia, concedendo-se a correção cabível (RTJ 103/832). Ainda que admitida a excepcionalidade da nova avaliação justificável, como no presente caso, pela excessiva demora do julgamento, o próprio paradigma citado pelo Recorrente da lavra do eminente Ministro Demócrito Reinaldo (REsp n. 37.085-0-SP) conclui: “Não desconhece, pois, o r. aresto vergastado que, ‘nessa matéria a posição dos nossos Tribunais é no sentido de se cumprir o artigo 26 do Decreto-Lei n. 3.365/1941: o valor da indenização será contemporâneo da avaliação’. E mais: reconhece que ‘a nova avaliação, quando justificável, deve ser feita com base no valor do imóvel à época da primeira perícia, concedendo-se a correção monetária cabível.’”

Vale lembrar a Súmula n. 67 desta Corte que permite a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, na desapropriação, possibilitando, assim, alcançar-se a “justa indenização” devida.

Em face do exposto, embora conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.