

Jurisprudência da Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 640.164-MG (2004/0018431-9)**

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Biobrás S/A

Advogados: João Dácio de Souza Pereira Rolim e outros

Agravante: Fazenda Nacional

Procuradores: Afonso Augusto Ribeiro Costa e outros

Agravados: Os mesmos

EMENTA

Tributário. Demonstrações financeiras. Balanço. Período-base de 1989. Imposto de renda.

1. O STEJ no julgamento do RE n. 201.465-MG, firmou entendimento de que as deduções previstas na Lei n. 8.200, de 1991, têm natureza de favor fiscal, pelo que não são inconstitucionais as limitações que o art. 3º, I, da própria lei estabelece para o aproveitamento do benefício.

2. Deve ser confirmado acórdão que negou o imediato gozo das diferenças do IPC no ano-base de 1989, nas demonstrações financeiras, por ausência de previsão legal.

3. Precedentes quanto ao período-base de 1990 que se aplicou ao período-base de 1989: REsp n. 133.069-SC; AgRg no REsp n. 310.435-RJ; REsp n. 521.785-PR; REsp n. 496.854-SP; EDcl no REsp n. 204.109-RJ; EDcl no REsp n. 204.110-RJ; REsp n. 311.359-RJ.

4. Agravo regimental da União Federal provido e, em seguida, por se tratar de matéria com jurisprudência assentada, conhecer-se, desde logo, do recurso especial da empresa para negar-lhe provimento, julgando-se improcedente o pedido inicial. Ônus sucumbenciais pela parte vencida.

5. Agravo da empresa prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional para conhecer do recurso especial da empresa e negar-lhe provimento, restando prejudicado o

seu agravo regimental (da empresa), nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 13.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravos regimentais opostos pela empresa autora e pela Fazenda Nacional contra decisão que deu provimento parcial ao especial daquela, ao argumento de que a Primeira Seção desta Corte (REsp n. 133.069-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 04.03.2002) uniformizou entendimento no sentido de que é válida e legal a indexação do BTNF pelo IPC para a correção monetária das demonstrações financeiras do período-base de 1990, exercício de 1991, por ter refletido a real inflação do período e por não atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2/ML-DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 19.02.1993.

A empresa alega, em síntese, que:

a) interpôs recurso especial tendo em vista que este Tribunal Superior já pacificou o entendimento manifestado pela Corte Especial, de que é o IPC o índice de correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, aplicável para a recomposição de todo o expurgo inflacionário havido em 1989, devendo-se tomar como parâmetro a variação integral do mesmo, o que resulta na aplicação concomitante do índice de 42,72% em janeiro e do índice de 10,14% em fevereiro;

b) todavia, a decisão agravada deu parcial provimento ao seu recurso, analisando matéria estranha aos autos, a saber, a correção monetária de balanço do ano-base de 1990 e não do ano de 1989;

c) deve-se prover o presente agravo para reconhecer o direito da agravante à aplicação da variação integral do IPC (42,72% em janeiro e do índice de 10,14% em fevereiro, de forma conjunta), na correção monetária de suas demonstrações financeiras.

A Fazenda Nacional aduz, em suma, que:

a) o § 1º do art. 30 da Lei n. 7.730/1989 foi expresso e taxativo ao prever a OTN como índice de atualização monetária dos balanços financeiros

do ano-base de 1989, não deixando qualquer margem de dúvida quanto a isso em sua redação, só podendo ser o mesmo substituído pelo IPC se fosse declarada sua inconstitucionalidade;

b) no entanto, o colendo STF declarou o referido dispositivo constitucional no RE n. 249.917-DF, com base no RE n. 201.465-MG;

c) a Primeira Seção do STJ mudou, com base na jurisprudência da colenda Corte Suprema, o posicionamento na linha perseguida pela Fazenda Nacional, no sentido de que deve ser aplicada a OTN prevista no § 1º do art. 30 da Lei n. 7.730/1989 para corrigir as demonstrações financeiras do ano-base de 1989.

Tecendo considerações sobre as teses abraçadas e citando decisões a seu favor, requerem, por fim, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A empresa, em data de 03.03.1995, em sede de ação ordinária, formulou o seguinte pedido contra a Fazenda Nacional (fl. 35):

“III - Do pedido

Do exposto, requer a autora se digne V. Ex^a. a:

I - Citar a Ré, na pessoa de seu representante legal, para responder a presente ação;

II - Julgar totalmente procedente o pedido da autora, para que declare o direito de deduzir fiscalmente as despesas de depreciação, amortização e baixas computando-se a variação do IPC de janeiro de 1989 de 70,28%, substituindo-se a OTN de NCz\$ 6,92 pela NCz\$ 10.51, a qual espelha a inflação real do período, segundo o IBGE e arts. 5º e 6º do DL n. 2.283/1986, ou outro índice que V. Ex^a. julgar adequado, na base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social, como se fosse ajuste de exercícios anteriores (art. 186, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 e arts. 193 §§ 1º e 2º e 219 do RIR/1994), com todos os efeitos daí decorrentes, tais como a correção de prejuízos fiscais, condenando a Ré a aceitar os efeitos do ajuste, ou ainda, como pedido sucessivo, declarar o direito de compensar o imposto pago indevidamente nos últimos cinco anos, em função do expurgo ocorrido na formação da despesa de depreciação, amortização e baixas, com os efeitos decorren-

tes de correção de prejuízos fiscais, igualmente condenando nesta hipótese a Ré a aceitar os efeitos patrimoniais da compensação”.

Não há, portanto, pretensão com base na Lei n. 8.200, de 1991.

Em face desse panorama, o presente agravo regimental merece provimento para os fins nele requerido.

Invoco os fundamentos que desenvolvi no julgamento do Agravo Regimental n. 677.531.

Transcrevo o inteiro teor do voto no referido agravo:

A decisão atacada não merece reforma. Mantenho-a pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a sua transcrição, **litteratim**:

“(…)

O assunto de longa data vem sendo debatido. O posicionamento seguido pela maioria dos meus pares era em sentido favorável à tese sempre defendida pela Fazenda Nacional, isto é, de que a atualização dos balanços deveria ser efetivada pelo BTNF indexado pelo IRVF.

Apesar de expressar entendimento oposto (na linha de que o índice que melhor refletia a verdadeira inflação do período era o IPC) e, destarte, ficar vencido em várias oportunidades, findei por acompanhar a maioria, tendo em vista a uniformização da jurisprudência então dominante, ressaltando sempre, contudo, o meu ponto de vista.

Destaco, entre esses, o voto proferido no REsp n. 91.869-PR, julgado em 19.11.1996 e publicado no DJ 03.03.1997, sendo Relator designado para lavrar o acórdão o eminente Ministro Demócrito Reinaldo.

Não obstante a jurisprudência iterativa desta Corte em sentido oposto ao meu, em julgamento (13.06.2001) realizado pela Primeira Seção, ao apreciar o REsp n. 133.069-SC, da relatoria do insigne Ministro Franciulli Neto, modificou-se a posição até então adotada para prevalecer a validade e legalidade da aplicação do IPC na correção do BTNF, como se confere do seguinte trecho do referido julgamento:

“Perfeitamente válida e legal a aplicação do IPC ao invés do IRVF e dos demais índices utilizados na atualização do BTN Fiscal para correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1990 exercício de 1991, por ter sido o índice que refletiu a inflação do período, e por não atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2-ML-DF, Relator

Ministro Celso de Mello, *in* DJ 19.02.1993. Com a edição da Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, o legislador ordinário ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do imposto de renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar os seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da medida liminar requerida na ADIn supra-referida, forte no entendimento de que ‘princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação’, afirmou que a Lei n. 8.200/1991, por ser mais benéfica ao contribuinte, pode ter efeito retroativo.

De outra parte, não se coadunam com o sistema jurídico pátrio as limitações impostas no art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991, uma vez que, se o recolhimento do indébito foi por inteiro, a devolução não pode ser escalonada, como ato de império, em inadmissível facilitário, seja de quatro ou seis anos. Pensar diferente menos não fora que consagrar o enriquecimento ilícito, com inarredável comprometimento do patrimônio da empresa contribuinte”.

Aplicação da correção monetária para o mês de janeiro de 1989 deve ter como base o índice do IPC, com o percentual de 42,72%, e não 70,28%.

Destarte, de acordo com o entendimento uniformizado pela Primeira Seção desta Corte Superior, é válida e legal a aplicação do IPC, ao invés do IRVF e dos demais índices utilizados na atualização do BTN Fiscal, para a correção das demonstrações financeiras do período-base de 1990, exercício de 1991, por ter refletido a real inflação do período.

É o que se pode aferir do julgamento do REsp n. 133.069-SC, de relatoria do eminente Ministro Franciulli Netto, em sessão de 13.06.2001, DJ 03.04.2002, o qual uniformizou o entendimento sob as razões desta forma sintetizadas:

“Recurso especial — Tributário — Imposto de renda de pessoa jurídica — Demonstrações financeiras do ano-base de 1990 — Correção monetária pelo IPC — Lei n. 8.200/1991 — Eficácia retroativa — Entendimento da excelsa Corte (ADIn n. 712-2/DF) — Afastamento das limitações previstas nos arts. 30, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e 39 e 41 do Decreto n. 332/1991.

Perfeitamente válida e legal a aplicação do IPC, ao invés do IRVF e dos demais índices de atualização do BTN Fiscal, para correção monetária das demonstrações financeiras do ano-base de 1990, exercício de 1991, por ter sido o índice que refletiu a inflação do período, e por não atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2 — (ML)-DF, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 19.02.1993.

Com a edição da Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, o legislador ordinário, ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do imposto de renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar os seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida liminar requerida na ADIn supra-referida, forte no entendimento de que 'o princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação', afirmou que a Lei n. 8.200/1991, por ser mais benéfica ao contribuinte, pode ter efeito retroativo.

De outra parte, não se coadunam com o sistema jurídico pátrio as limitações impostas no art. 3º, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991, uma vez que, se o recolhimento do indébito foi por inteiro, a devolução e/ou a compensação não pode ser escalonada, como ato de império, em inadmissível facilitário, seja de quatro ou seis anos. Pensar diferente menos não fora que consagrar o enriquecimento ilícito, com inarredável comprometimento do patrimônio da empresa contribuinte.

Recurso não provido no mérito. Decisão por maioria de votos.”

No entendimento acima referenciado, assim vem decidindo esta egrégia Corte Superior de Justiça, conforme os julgados abaixo:

Tributário. Demonstrações financeiras. Ano-base de 1990. Diferença de correção entre o IPC e BTNF. Art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991. Arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991. Acórdão fundado em matéria constitucional. Pacificação sobre o tema pela Primeira Seção deste Sodalício. Recurso especial não conhecido.

1. Não se conhece de recurso especial interposto para desafiar acórdão que analisou a matéria discutida na lide do ponto de vista da constitucionalidade. Ademais, cumpre salientar que o tema abordado

nos autos encontra-se pacificado pela Primeira Seção deste Sodalício, que ao apreciar o REsp n. 133.069, resolveu que: ‘Recurso especial — Tributário — Imposto de renda de pessoa jurídica — Demonstrações financeiras do ano-base de 1990 — Correção monetária pelo IPC — Lei n. 8.200/1991 — Eficácia retroativa — Entendimento da excelsa Corte (ADIn n. 712-2/DF) — Afastamento das limitações previstas nos arts. 30, inciso I, da Lei n. 8.200/1991 e 39 e 41 do Decreto n. 332/1991.’

2. recurso especial não conhecido.’

(REsp n. 325.882-SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 25.02.2002).

Complementando o esposado entendimento, pronunciou-se a Sr^a. Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp n. 140.412-RS, realizado pela Segunda Turma deste Tribunal:

‘(...) Segundo o órgão julgador, com a edição da Lei n. 8.200/1991, o legislador ordinário, ao reconhecer expressamente a disparidade ocorrida na apuração do Imposto de Renda das empresas contribuintes no ano-base de 1990, buscou minorar seus efeitos. Assim, rechaçou a devolução/compensação de forma escalonada, considerando que as limitações contidas no art. 3^a, I, da Lei n. 8.200/1991 e nos arts. 39 e 41 do Decreto n. 332/1991 não se coadunam com o sistema jurídico pátrio. Por fim, pautando-se na manifestação do STF quando do julgamento da liminar requerida na ADIn n. 712-2, vislumbrou a possibilidade de aplicação retroativa da referida lei.(...)’

Por outro lado, no que toca à legalidade dos arts. 39 e 41, do Decreto n. 332/1991, que regulamentou a Lei n. 8.200/1991, o meu pensamento era de que apenas o art. 41 extrapolava os limites da referida lei, ficando, nesta parte, também vencido, conforme se pode verificar de voto proferido no Recurso Especial n. 244.450-CE:

‘O art. 39 do Decreto n. 332/1991, tem a seguinte redação:

‘Para fins de determinação do lucro real, a parcela dos encargos de depreciação, amortização ou exaustão, ou do custo de bem baixado a qualquer título, que corresponda à diferença de correção monetária pelo IPC e pelo BTN Fiscal, somente poderá ser deduzida a partir do exercício financeiro de 1994, período-base de 1993’.

O art. 41, do mesmo decreto, dita:

‘O resultado da correção monetária de que trata este capítulo não influirá na base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689/1988) e

do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713/1988, art. 35).

§ 1º (...)

§ 2º Os valores a que se refere o art. 39, computados em conta de resultado, deverão ser adicionados ao lucro líquido na determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689/1988) e do imposto sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713/1988, art. 35).’

O art. 39 do Decreto n. 332/1991, revela comando normativo no sentido de impedir que a correção monetária complementar e retificadora das demonstrações financeiras do balanço correspondente ao exercício social de 1990, correção esta permitida pela Lei n. 8.200/1991, fosse, de forma imediata, utilizada para cálculo da parcela dos encargos de depreciação, amortização, exaustão, ou baixa de bens com vistas à apuração do imposto incidente sobre a renda das pessoas jurídicas. O mesmo dispositivo, contudo, possibilitou sua dedução somente a partir do exercício financeiro de 1994, período-base de 1993.

O exame da validade e eficácia do mencionado dispositivo regulamentador há de ser feito em confronto com o art. 4º da Lei n. 8.200/1991, cuja redação é a seguinte:

‘A parcela da correção monetária especial de que trata o parágrafo segundo do art. 2º, desta lei, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC e a variação do BTN Fiscal não terá o tratamento previsto no § 3º daquele artigo, servindo de base para a dedução, na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993 de depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, dos bens ou direitos.’

Observe que o art. 2º supramencionado assim dispõe:

‘As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão efetuar correção monetária especial das contas do Ativo Permanente, com base em índice que reflita a nível nacional, variação geral de preços.’

O seu § 2º dita que:

‘A correção deverá ser registrada em subconta distinta da que registra o valor original do bem ou direito, corrigido monetariamente, e a contrapartida será creditada à conta de reserva especial’.

A seguir, assim está redigido o § 3º:

‘O valor da reserva especial, mesmo que incorporado ao capital, deverá ser computado na determinação do lucro real proporcionalmente

à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título’.

Conforme se verifica, o mencionado art. 4º da Lei n. 8.200/1991, afastou a aplicação do § 3º, da mesma lei, isto é, não permitiu que o valor da reserva especial, representada pela conta a que se refere o § 2º, em decorrência da correção monetária apurada, fosse computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título. Só permitiu que tal lançamento fosse efetuado para determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993.

Como se verifica, o art. 39 do Decreto n. 332, de 04.11.1991, não inovou o preceito legal.

A vedação regulamentar em questão está apoiada na lei. Por esta, conforme o art. 4º, a nova expressão monetária das contas do Ativo Permanente, por efeito da correção monetária complementar que determinou a retificação dos balanços a partir de 31.12.1990, só pode ser feita, em se tratando dos cálculos relativos aos encargos de depreciação, amortização, exaustão e baixa de bens, com vistas à apuração do imposto de renda de pessoa jurídica, a partir do período-base de 1993.

Não cabe, no momento atual, a análise da constitucionalidade ou não das mencionadas disposições. Não é essa a discussão posta nos autos. O critério utilizado pelo legislador do diferimento para reembolso das diferenças encontradas não está sendo motivo de discussão. A recorrente insurge-se, apenas, contra a decisão colegiada que entendeu ilegal a norma regulamentadora.

O mesmo entendimento não se firma a respeito do art. 41, **caput**, e § 2º, do Decreto n. 332/1991.

Relembro que o dispositivo em análise dispõe:

‘O resultado da correção monetária de que trata este capítulo não influirá na base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689/1988) e do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713/1988, art. 35).’

De modo diferente dita a lei regulamentada.

O § 5º do art. 2º da Lei n. 8.200/1991, determina:

‘O disposto nos §§ 3º e 4º, deste artigo aplica-se, inclusive, à determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988), e do imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 35).’

Os referidos parágrafos têm o seguinte conteúdo:

‘§ 3º O valor da reserva especial, mesmo que incorporado ao capital, deverá ser computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título.

§ 4º O valor da correção especial, realizado mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, poderá ser deduzido como custo ou despesa, para efeito de determinação do lucro real.’

Em conseqüência, qualquer restrição imposta pela norma regulamentadora a tais posições extrapola a função específica a ser exercida no mundo jurídico.

Para melhor compreensão do afirmado, transcrevo o inteiro teor da Lei n. 8.200/1991, no sentido de demonstrar que não contém, em nenhum de seus artigos, as restrições impostas pelo art. 41, § 2º, em comento. Ei-la:

‘Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991.

Dispõe sobre a correção monetária das demonstrações financeiras para efeitos fiscais e societários.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Para efeito de determinar o lucro real — base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas — a correção monetária das demonstrações financeiras anuais, de que trata a Lei n. 7.799, de 10 de julho de 1989, será procedida, a partir do mês de fevereiro de 1991, com base na variação mensal do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC).

§ 1º A correção de que trata este artigo somente produzirá efeitos fiscais quando efetuada no encerramento do período-base.

§ 2º A correção aplica-se, inclusive, aos valores decorrentes da correção especial prevista no art. 2º desta lei.

Art. 2º As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão efetuar correção monetária especial das contas do Ativo Permanente, com base em índice que reflita a nível nacional, variação geral de preços.

§ 1º A correção monetária de que trata este artigo poderá ser efetuada, exclusivamente, em balanço especial levantado, para esse efeito, em 31 de janeiro de 1991, após a correção com base no BTN Fiscal de Cr\$ 126,8621.

§ 2º A correção deverá ser registrada em subconta distinta da que registra o valor original do bem ou direito, corrigido monetariamente, e a contrapartida será creditada à conta de reserva especial.

§ 3º O valor da reserva especial, mesmo que incorporado ao capital, deverá ser computado na determinação do lucro real proporcionalmente à realização dos bens ou direitos, mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título.

§ 4º O valor da correção especial, realizado mediante alienação, depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, poderá ser deduzido como custo ou despesa, para efeito de determinação do lucro real.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º, deste artigo aplica-se, inclusive, à determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988), e do imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido (Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 35).

§ 6º A correção de que trata este artigo poderá ser registrada até a data do balanço de encerramento do período-base de 1991, mas referida à data de 31 de janeiro de 1991.

§ 7º A correção especial não se aplica em relação a investimentos avaliados pelo valor de patrimônio líquido.

§ 8º A contrapartida do ajuste do investimento avaliado pelo valor do patrimônio líquido, decorrente da correção especial efetuada por coligada ou controlada, deverá ser registrada, pela investidora, em conta de reserva especial, que terá o mesmo tratamento tributário aplicável à reserva de reavaliação.

Art. 3º A parcela da correção monetária das demonstrações financeiras, relativa ao período-base de 1990, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal, terá o seguinte tratamento fiscal:

I - poderá ser deduzida na determinação do lucro real, em quatro períodos-base, a partir de 1993, à razão de vinte e cinco por cento ao ano, quando se tratar de saldo devedor;

II - será computada na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993, de acordo com o critério utilizado para a determinação do lucro inflacionário realizado, quando se tratar de saldo credor.

Art. 4^o A parcela da correção monetária especial de que trata o § 2^o do art. 2^o desta lei que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal não terá o tratamento previsto no § 3^o daquele artigo, servindo de base para a dedução, na determinação do lucro real, a partir do período-base de 1993 de depreciação, amortização, exaustão ou baixa a qualquer título, dos bens ou direitos.

Art. 5^o O disposto nesta lei aplica-se à correção monetária das demonstrações financeiras, para efeitos societários.

Art. 6^o O Poder Executivo regulamentará, no prazo de sessenta dias, o disposto nesta lei.

Art. 7^o Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8^o Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 28 de junho de 1991; 170^a da Independência e 103^a da República.

Fernando Collor

Marcílio Marques Moreira.

A seguir, foi editada a Lei n. 8.682, de 14 de julho de 1993, que, em seu art. 11, expressou:

Art. 11. É revigorada a Lei n. 8.200, de 28 de junho de 1991, passando o inciso I, do seu art. 3^o a vigor com a seguinte redação:

Art. 3^o (...)

I - Poderá ser deduzida, na determinação do lucro real, em seis anos-calendário, a partir de 1993, à razão de 25% em 1993 e de 15% ao ano, de 1994 a 1998, quando se tratar de saldo devedor.

Esse o meu entendimento.

Contudo, não obstante o voto acima citado, em recente julgamento datado de 02.05.2002, o Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 201.465-6-MG, de relatoria do ilustre Ministro Marco Aurélio, tendo proferido voto-vencedor o eminente Ministro Nelson Jobim, declarou a constitucionalidade do art. 3º, I, da Lei n. 8.200/1991, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.682/1993, reconhecendo que este preceito legal prevê hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituindo-se como favor fiscal ditado por opção legislativa, afastando-se, conseqüentemente, a idéia de empréstimo compulsório.

O referido voto está vazado em ementa de seguinte teor:

‘Constitucional. Tributário. Imposto de renda. Demonstrações financeiras. Correção. Lei n. 8.200/1991 (art. 3º, I, com a redação dada pela Lei n. 8.682/1993). Constitucionalidade.

— A Lei n. 8.200/1991, (1) em nenhum momento modificou a disciplina da base de cálculo do imposto de renda referente ao balanço de 1990, (2) nem determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; (3) tão-somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da metodologia de cálculo da correção monetária.

— O art. 3º, I (Lei n. 8.200/1991) prevendo hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituiu-se como favor fiscal ditado por opção política legislativa. Inocorrência, no caso, de empréstimo compulsório.

— Recurso conhecido e provido.’

Assim, diante desse pronunciamento da excelsa Corte no sentido de que a correção monetária complementar e retificadora das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, correspondente ao exercício social de 1990, não pode ser, de forma imediata, utilizada, entendo que este Superior Tribunal de Justiça não mais deve emitir juízo de valor a respeito, posto referida matéria repousar, agora, no campo estritamente constitucional, privativa de exame pela Corte Máxima.

Por tais razões, *nego* seguimento ao Especial (art. 38 da Lei n. 8.038/1990, c.c. o art. 557 do CPC) para conceder a correção monetária das demonstrações financeiras com base no IPC.’

Com relação à irresignação da parte agravante, neste aspecto, não vislumbro qualquer novidade, em seu recurso, modificadora dos fundamentos supra-referenciados, pelo que nada tenho a acrescentar.

Registro que a decisão ora agravada não cometeu, por indução, qualquer equívoco.

Restou devidamente consignado que a decisão impugnada tomou por base a uniformização do entendimento adotado pela Primeira Seção desta Corte (REsp n. 133.069-SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 04.03.2002) no sentido de que é válida e legal a indexação do BTNF pelo IPC para a correção monetária das demonstrações financeiras do período-base de 1990, exercício de 1991, por ter refletido a real inflação do período e por não atentar contra os princípios constitucionais tributários, consoante pronunciamento da Máxima Corte na ADIn n. 712-2-ML-DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 19.02.1993.

Por outro lado, afirmou-se categoricamente que, em 02.05.2002, o Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 201.465-6-MG, declarou a constitucionalidade do art. 3^a, I, da Lei n. 8.200/1991, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.682/1993, reconhecendo que este preceito legal prevê hipótese nova de dedução na determinação do lucro real, constituindo-se como favor fiscal ditado por opção legislativa, afastando-se, conseqüentemente, a idéia de empréstimo compulsório.

Assim, diante de pronunciamento no sentido de que a correção monetária complementar e retificadora das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, correspondente ao exercício social de 1990, não pode ser, de forma imediata, utilizada, esta Corte não mais emite juízo a respeito, posto referida matéria repousar, agora, no campo estritamente constitucional, privativa de exame pela Corte Máxima.

Destarte, até que haja um novo pronunciamento em definitivo do Colegiado máximo deste Sodalício a respeito do tema, guardo coerência com a posição pacificada. A convicção que tenho sobre o assunto continua a mesma e intensa.

O que aconteceu, na verdade, é que não foi a questão decidida conforme planejava a parte recorrente, mas com a aplicação de entendimento diverso. Houve, sim, enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da causa.

Por tais fundamentos, *nego provimento ao agravo regimental*”.

As situações são idênticas. A única diferença é quanto ao período-base. O direito pleiteado, porém, é o mesmo.

Isso posto, dou provimento ao presente agravo regimental e, por se tratar de matéria com jurisprudência uniformemente assentada, conheço, desde logo, de re-

curso especial do contribuinte para negar-lhe provimento, tendo como improcedente o pedido inicial. Ônus sucumbenciais pela parte vencida, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. Agravo da empresa prejudicado.

É como voto.

MEDIDA CAUTELAR N. 8.418-SP (2004/0083719-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Requerente: Sindag — Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Agrícola

Requerente: Aenda — Associação Brasileira dos Defensivos Genéricos

Advogados: Edmur Bento de Figueiredo Junior e outros

Requerido: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama

Procuradores: Thais Nogueira Costa e outros

EMENTA

Processual Civil. Pretensão de suspensão dos efeitos de decisão monocrática. Medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial processual civil ainda não interposto. Possibilidade. Situação excepcional.

1. Tratando-se de decisão de natureza cautelar proferida monocraticamente, impõe-se à parte recorrente provocar a apreciação da controvérsia pelo órgão Colegiado mediante a interposição de agravo interno, sob pena de não restar caracterizado o esgotamento da instância ordinária, como exige o permissivo constitucional atinente aos recursos extraordinários (art. 105, III, CF).

2. O eventual **periculum in mora** surgido em razão do indeferimento monocrático liminar, deve ser analisado pelo próprio Tribunal incumbido de julgar o agravo regimental.

3. O deferimento de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial, além da satisfação cumulativa dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal **a quo**; regra que somente

comporta exceção para impedir o perecimento do direito e a conseqüente inutilidade do provimento jurisdicional futuro.

4. **In casu**, verifica-se que o recurso especial ainda não foi interposto. Não obstante, a hipótese vertente quanto à pretensão do depósito enquadra-se nos casos de excepcionalidade absoluta, nos quais a ausência do provimento cautelar pode conduzir ao **periculum in mora**, autorizando o deferimento parcial do pleiteado. Isto porque o provimento da apelação aliado ao indeferimento da liminar deduzida em sede de cautelar ajuizada perante a Corte **a quo** revela a ausência de provimento judicial que ampare o contribuinte quanto à pretensão de discutir judicialmente o crédito, suspendendo sua exigibilidade. Dessarte, resta suficientemente caracterizado o **periculum in mora**, autorizador da presente medida, para efeito de autorizar-se o depósito judicial dos valores pertinentes à exação objeto da presente demanda, até julgamento final da lide.

5. Dessarte, resta suficientemente caracterizado o **periculum in mora**, autorizador da presente medida, para efeito de autorizar-se o depósito judicial dos valores pertinentes à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental — TCFA, até julgamento final da lide.

6. É assente na Corte que:

‘Ação cautelar. Art. 151, II, do CTN. Depósito das quantias controversas. Direito do contribuinte.

1. Cautelar para conceder efeito suspensivo ativo ao recurso especial interposto contra decisão que denegou o depósito judicial de crédito controverso.

2. Consoante jurisprudência pacificada no egrégio STJ, ‘o depósito previsto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional é um direito do contribuinte, só dependente de sua vontade e meios; o juiz nem pode ordenar o depósito, nem pode indeferi-lo.’ (REsp n. 107.450, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 03.02.1997)

3. Pretensão deduzida em ação cumulada de compensação do ICMS. Risco de autuação e oneração do tributo, a caracterizar o **periculum in mora**. Depósito previsto no art. 151, II, do CTN, amparado por sólidos precedentes jurisprudenciais, consubstanciando o **fumus boni juris**.

4. Medida cautelar procedente.”

7. Medida cautelar deferida tão-somente para autorizar o depósito judicial das parcelas vencidas e vincendas referentes à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental — TCFA até julgamento final do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retificar o resultado proclamado na sessão do dia 17.05.2005: Renovando o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, julgou procedente a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de medida cautelar, com pedido liminar, ajuizada pelo Sindag — Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Agrícola, em face do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — Ibama, que visa atribuir efeito suspensivo ao recurso especial ainda não interposto em face do acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pendente de publicação.

Narra o requerente haver impetrado mandado de segurança coletivo, com pleito liminar, com o escopo de suspender a exigibilidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental — TCFA, instituída pela Lei n. 10.165/2000. Nas razões iniciais, aduziu o impetrante, ora requerente, a inconstitucionalidade e a ilegalidade da referida exação, ferindo os arts. 77 do Código Tributário Nacional, 145 e 146 da Constituição Federal.

Concedida a liminar, o provimento restou confirmado na sentença de primeiro grau. Inconformada, a União interpôs apelação, recebida no efeito devolutivo tão-somente.

Diante desse quadro, o Ibama, ora requerido, ajuizou pleito de suspensão de segurança dirigido ao Exm^o. Sr. Presidente do egrégio Tribunal Regional Federal da 3^a Região, sendo deferido liminarmente o pedido.

Em face dessa decisão, interpôs o requerente recurso de agravo, aviando, concomitantemente, medida cautelar incidental junto ao colendo TRF/3^a Região, visando à obtenção de efeito suspensivo ao agravo interposto.

Nesse ínterim, foi provida a apelação interposta pelo ora requerido, cujo acórdão encontra-se pendente de publicação..

Em decorrência do julgamento do recurso de apelação, restaram prejudicados a suspensão de segurança e o agravo no seu bojo interposto.

Nesse contexto, aduz o requerente encontrar-se na iminência de ver-se compelido ao pagamento do mencionado tributo.

Visando evitar os efeitos da mora pelo não-recolhimento da exação, o requerente ajuizou medida cautelar inominada com o escopo de efetivar judicialmente o depósito das quantias questionadas.

Apreciando o pleito liminar, o ilustre Relator houve por bem indeferi-lo, ante a ausência do **fumus boni juris**, porquanto a referida taxa já teve sua constitucionalidade reconhecida pelo colendo Tribunal **a quo**.

Foi interposta, então, a presente medida cautelar, assinalando o requerente que interporá recurso especial em face do acórdão que julgou a apelação, ainda não publicado.

Pretende, com a medida em tela a suspensão dos efeitos dessas decisões, e a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial a ser interposto, ou, alternativamente, a autorização para o depósito judicial dos valores integrais vencidos e vincendos relativos à TCFA, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito a ela referente.

A liminar foi deferida. Atacada por via de agravo de instrumento, a decisão deferitória foi mantida pela egrégia Primeira Turma.

Regularmente citado, o requerido ofereceu contestação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): É de sabença que a ação cautelar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem contornos próprios de processo acessório ao

processo principal, que é o recurso especial, **in casu**, ainda não interposto, consoante consta dos documentos apresentados pelo requerente.

Pretende o requerente, como acima narrado, a sustação dos efeitos de duas decisões proferidas pelo egrégio Tribunal **a quo**. A primeira delas consubstancia decisão singular proferida pelo eminente Relator da medida cautelar proposta naquela Corte. A segunda refere-se a acórdão que deu provimento à apelação interposta pelo ora requerido, pendente de publicação.

Como é cediço, sendo a decisão impugnada via cautelar proferida monocraticamente, impõe-se à parte recorrente provocar a apreciação da controvérsia pelo órgão colegiado mediante a interposição de agravo, sob pena de não restar caracterizado o esgotamento da instância ordinária, como exige o permissivo constitucional atinente aos recursos extraordinários (art. 105, III, CF). Neste contexto, confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados desta Corte:

“Recurso especial interposto contra decisão monocrática. Não-cabimento. Necessidade de interposição de agravo regimental. Súmula n. 281-STF

À luz do disposto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal, o recurso especial deve ser interposto contra decisão colegiada, sendo necessário, ademais, o exaurimento das instâncias ordinárias.

Se da decisão monocrática cabia agravo regimental, para que a controvérsia fosse submetida ao crivo desta Corte, far-se-ia necessário, antes da interposição do presente recurso especial, que a decisão recorrida tivesse sido proferida pela Turma julgadora, a fim de submeter a matéria dos autos a julgamento por órgão colegiado e esgotar as vias ordinárias.” Recurso especial não conhecido. (REsp n. 396.895-RS, DJ 21.10.2002, Relator Ministro Franciulli Netto)

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Embargos de declaração não admitidos por decisão monocrática. Súmula n. 182-STJ. Precedentes.

1. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Súmula n. 182-STJ).

2. O recurso especial não tem cabimento se interposto após decisão monocrática proferida em sede de embargos de declaração, já que não esgotada a prestação jurisdicional, pelo Colegiado, acerca do tema.

3. Agravo regimental não conhecido” (REsp n. 458.763-RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 16.12.2002).

“Processual Civil. Recurso especial. Esgotamento vias ordinárias. Inocorrência. Impossibilidade. Súmula n. 281-STF.

1. Se foram rejeitados monocraticamente os embargos de declaração opostos contra o acórdão do Tribunal de origem decidindo a apelação, ainda seria possível ao recorrente a interposição do agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

2. Não esgotadas as instâncias ordinárias, não é possível a abertura da via especial. (Súmula n. 281-STF).

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 384.495-DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 20.08.2001)

Assinalando que o **fumus boni juris** autorizador da concessão da medida cautelar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça consiste na probabilidade de êxito do recurso especial respectivo, revela-se improcedente, neste particular, a pretensão ora deduzida, porquanto decisão monocrática não desafia recurso especial.

Destaque-se que o eventual **periculum in mora** surgido em razão do indeferimento monocrático liminar, deve ser analisado pelo próprio Tribunal incumbido de julgar o agravo. Cumpre-se, assim, aguardar-se o exaurimento da via local com o julgamento do agravo, para cogitar-se de potencial recurso especial, consoante exige o cânone do art. 105 da Constituição Federal.

Desta sorte, motivado pela ausência de exaurimento das vias jurisdicionais locais, a ação acessória ora proposta, visando à suspensão dos efeitos da decisão monocrática multicitada, não pode pretender gozar de regime de admissibilidade mais privilegiado do que o próprio recurso especial, via principal que se pretende resguardar.

Subjaz a questão referente à possibilidade de apreciar-se a presente medida no que se refere ao acórdão prolatado em sede de recurso de apelação, pendente de publicação.

Consoante manifestação lançada pelo Ministro José Arnaldo na MC n. 4.275-RS:

“O Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, tem conferido efeito suspensivo a recurso que não o tem, com vistas a evitar dano irreparável ou de difícil reparação à parte, mesmo que ainda não tenha lançado Juízo de sua admissibilidade, em homenagem aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, desde que presentes os pressupostos do **periculum in mora** e o **fumus boni iuris**”.

A orientação jurisprudencial, recentemente, vem-se firmando “no sentido de que somente se mostra possível o exame da cautelar, na Corte, quando já interposto e admitido o recurso no Tribunal de origem (STJ — Quarta Turma, Medida Caute-

lar n. 15-PR — AgRg, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo; Terceira Turma, Medida Cautelar n. 522-PB — AgRg, Relator Ministro Costa Leite, **in CPC — Theotonio Negrão**, 30ª ed. Nota 3, ao art. 288 do RISTJ, pp. 1.691/1.692.” (MC n. 4.275-RS, DJ 24.10.2001)

Neste sentido, confira-se, ainda:

AgRg no RMC n. 6.225-MG; Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 2003/0033166-9, Fonte DJ 13.10.2003, p. 374, Relator Ministro Jorge Scartezini (1113) Ementa

Processo Civil — Administrativo — Medida cautelar — Agravo regimental — Efeito suspensivo — Recurso especial ainda não admitido — Indeferimento liminar do pedido, com sua extinção, sem apreciação do mérito — Art. 267, VI, do CPC — Atribuição do Relator — Art. 34, XVIII, RISTJ — Incompetência do STJ — Inadequação procedimental — Falta de interesse processual — Desprovidimento.

1. Conforme entendimento consolidado nesta Turma, na esteira de cultos precedentes do Plenário do Pretório excelso, a competência para analisar eventual medida cautelar em recurso especial, ainda não admitido pelo Tribunal **a quo**, é do Presidente daquela Corte e não deste Tribunal Superior. Isto porque, “hipoteticamente, poder-se-ia incorrer na esdrúxula situação de ter um recurso não admitido, porém, com efeito suspensivo pleno, já que a não-admissão, por si só, não tem o condão de reformar a concessão da cautelar dada por Tribunal hierarquicamente superior” (cf. STJ, AgRg na Pet n. 1.189-MG, Relator Ministro Moreira Alves).

2. Precedentes (STJ, MC n. 2.142-MG e STJ, AgRg na MC ns. 6.073-RS, 5.413-RS, 5.871-DF e 5.399-SP).

3. Outrossim, consoante art. 34, XVIII, do RISTJ, é atribuição do Relator negar seguimento a pedido, quando manifesta a incompetência deste Colegiado para apreciá-lo. Logo, a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual para agir. Inteligência do art. 267, VI, do CPC.

4. Agravo regimental desprovido.

AgRg no RMC n. 6.403-RJ; Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 2003/0062754-5, Fonte DJ 22.09.2003, p. 3.840, Relator Ministro Hamilton Carvalho (1112) Ementa

Agravo regimental. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal **a quo**. Impossibilidade.

1. A atribuição de efeito suspensivo a recurso especial, perseguida em cautelar incidental, além da satisfação cumulativa dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, depende do juízo positivo de admissibilidade emanado do Tribunal **a quo**. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental improvido.

In casu, verifica-se que o recurso especial ainda não foi interposto. Não obstante, a hipótese vertente quanto à pretensão do depósito enquadra-se nos casos de excepcionalidade absoluta, nos quais a ausência do provimento cautelar pode conduzir ao **periculum in mora**, autorizando o deferimento parcial do pleiteado.

Isto porque o provimento da apelação aliado ao indeferimento da liminar deduzida em sede de cautelar ajuizada perante a Corte **a quo** revela a ausência de provimento judicial que ampare o contribuinte quanto à pretensão de discutir judicialmente o crédito, suspendendo sua exigibilidade. Dessarte, resta suficientemente caracterizado o **periculum in mora**, autorizador da presente medida, para efeito de autorizar-se o depósito judicial dos valores pertinentes à exação objeto da presente demanda, até julgamento final da lide.

Aliás, de há muito é assente nesta Corte que:

“Ação cautelar. Art. 151, II, do CTN. Depósito das quantias controversas. Direito do contribuinte.

1. Cautelar para conceder efeito suspensivo ativo ao recurso especial interposto contra decisão que denegou o depósito judicial de crédito controverso.

2. Consoante jurisprudência pacificada no egrégio STJ, ‘o depósito previsto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional é um direito do contribuinte, só dependente de sua vontade e meios; o juiz nem pode ordenar o depósito, nem pode indeferi-lo.’ (REsp n. 107.450, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 03.02.1997)

3. Pretensão deduzida em ação cumulada de compensação do ICMS. Risco de autuação e oneração do tributo, a caracterizar o **periculum in mora**. Depósito previsto no art. 151, II, do CTN, amparado por sólidos precedentes jurisprudenciais, consubstanciando o **fumus boni iuris**.

4. Medida cautelar procedente.” (MC n. 4.695, desta relatoria, DJ 22.03.2004)

Com essas considerações, *defiro* a cautela pleiteada para autorizar o depósito judicial das parcelas vencidas e vincendas referentes à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental — TCFA até julgamento final do recurso especial.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, aplico a Súmula n. 635 do Supremo Tribunal Federal, que é mais conhecida, por não reconhecer que se trata de matéria excepcionalíssima. Tenho defendido a tese de que se pode conceder medida cautelar em situações extravagantes, teratológicas, desde que se conheça o acórdão. Dificilmente tenho sido vitorioso nessa tese.

Fico muito feliz, aprendendo cada vez mais com V. Ex^a., porque vejo que o que venho defendendo há mais de quinze anos a respeito de medida cautelar V. Ex^a., como grande cultor do Direito, está hoje a defender também. Então, sinto-me muito bem acompanhado por V. Ex^a. nesse particular.

Fui bem franco no julgamento anterior; mas a complexidade do direito era tão grande que não via caracterizada a teratologia, não via caracterizado o dano irreparável. Naquele caso não vi a fumaça do bom direito presente, como não vejo neste, em que não conhecemos o acórdão nem sabemos os motivos pelos quais o depósito foi indeferido; não vejo também de ser matéria relevante.

Fico feliz, hoje, com a tese que V. Ex^a. está a defender de que, em situações excepcionalíssimas, cabe cautelar porque nossa missão é evitar que o Segundo Grau pratique teratologias e o Superior Tribunal de Justiça feche os olhos a essas teratologias.

Há mais de dez anos, escrevi um artigo sobre medida cautelar e medida cautelar fiscal em que defendo essa tese, assim como em muitos acórdãos. Tenho ficado muito vencido na Turma. Não vi configurada a teratologia, porque essa concessão é excepcionalíssima, tanto na situação anterior quanto no caso presente.

Peço vênia a V. Ex^a. para ficar vencido, ressaltando que, quanto à tese, estou de acordo plenamente.

RECURSO ESPECIAL N. 466.342-PB (2002/0114354-7)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Japungu Agroindustrial S/A

Advogados: Leonardo José Carneiro da Cunha e outros

Recorrido: Estado da Paraíba

Procuradores: Irapuan Sobral Filho e outros

EMENTA

Processual Civil. Renúncia ao crédito fiscal. Ilegitimidade do procurador que formulou a renúncia. Tempestividade da apelação interposta da sentença que extinguiu a execução. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência.

I - Hipótese em que procurador estatal, sem outorga para renunciar ao crédito tributário, ingressa ilícitamente nos autos para formular renúncia e postular a extinção do feito, que é deferida mediante sentença, a qual é impugnada pelo procurador que iniciou o executivo fiscal.

II - Anulada a sentença pelo Tribunal **a quo**, vem o executado afirmar que foi intempestivo o apelo, observando ainda que não foram juntadas as contra-razões por ele apresentadas.

III - A apresentação de requerimento formulado por Procurador estranho ao feito não tem valia para a fixação do termo inicial do prazo para a interposição de apelação, uma vez que a ilegitimidade do Procurador invalidou tal ato de cunho tumultuário.

IV - Inexistente a alegada violação ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o julgador, explicitamente, discorreu acerca da tempestividade do apelo, bem como afastou a existência de qualquer eiva em relação à ausência de juntada de contra-razões, tendo em vista que o apelado foi intimado, mas se limitou a apresentar instrumento de procuração. Refoge a esta Corte a investigação do alegado extravio da peça processual.

V - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provi-

mento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por Japungu Agroindustrial S/A, com esteio no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que anulou a sentença que havia extinguido processo de execução fiscal, em face de requerimento formulado por Procurador, que no dizer daquela Corte não tinha poderes para pleitear a extinção do feito.

O recorrente afirma que o Tribunal **a quo** violou os arts. 188, 508, 518 e 535, do CPC, aduzindo, em síntese, que aquele Sodalício deixou de apreciar as contra-razões apresentadas pelo ora recorrente, bem como emitir declaração acerca de tema por ele suscitado.

Sustentou ainda que a apelação interposta no Juízo de origem pelo Estado da Paraíba foi manifestamente intempestiva, tendo sido protocolizada no trigésimo quinto dia.

Pugna pela anulação do acórdão recorrido ou, alternativamente, pela sua reforma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente observo que o acórdão recorrido já foi enfrentado por anterior recurso especial, tendo este Relator, através de decisão monocrática, determinado o retorno dos autos para que o Tribunal prolator emitisse pronunciamento acerca das questões suscitadas nos embargos de declaração opostos pelo recorrente.

Após os esclarecimentos, o recorrente interpôs novo recurso especial, alegando, entre outros pontos, que o Tribunal permaneceu inerte frente à questão afeita à necessidade de juntada das contra-razões por ele apresentadas.

Verifico que o recurso especial há de ser conhecido, porquanto os temas inseridos nos dispositivos legais suso aludidos foram apreciados pelo Tribunal **a quo**.

Passo ao exame das insurreições pronunciadas pelo recorrente.

Não ocorreu a alegada violação ao art. 535, II, do CPC, porquanto o julgador **a quo**, após o retorno dos autos deste Superior Tribunal de Justiça, com a determinação para que se procedesse a novo exame das questões suscitadas pelo recorrente, assim procedeu, analisando, um a um, tais questionamentos.

O recorrente alega que, no ponto em que busca do Tribunal recorrido declaração acerca de possível nulidade do julgado em face da falta de juntada das contra-razões, aquele Sodalício pecou por insuficiência, não discorrendo sobre o assunto de forma fundamentada.

Em conseqüência, segundo o recorrente, observar-se-ia clara violação ao art. 518 do CPC, visto que a abertura de vista para as contra-razões é considerada formalidade essencial e, como consecutório, ainda no bojo deste circunlóquio, restaria clara a violação ao art. 535, por não restarem apreciadas as teses ali sufragadas.

Sobre a questão específica da falta de juntada das contra-razões, o Tribunal **a quo** assim declarou (fl. 141), **verbis**:

“Desarrazoada, **data venia**, é a invocação, pelo insigne advogado da embargante, de cerceamento de defesa, porquanto, não obstante tenha sido intimada para ofertar contra-razões (fl. 38 e v.), ‘limitou-se a juntar apenas o instrumento de procuração’, conforme assertiva do juiz (fl. 41). Vê-se, pois, que sobre esta afirmativa recai a insurreição da recorrente, uma vez que afirma ter exercido o ônus processual com proficiência, tendo sido ofertadas as contra-razões tempestivamente, as quais, contudo, não foram devidamente juntadas aos autos ‘por motivos que desconhece a apelada’ (fl. 62). Assim, essa ausência em nada alteraria o deslinde da demanda e tampouco ensejaria a nulidade do acórdão embargado.”

É cediço que o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os argumentos alavancados pelas partes. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo Magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese **sub judice**.

No texto em destaque, observa-se que o Magistrado explicitamente afasta a existência de qualquer eiva em relação à ausência de contra-razões, e tal afastamento é precedido de sintético silogismo, explicitado quando o julgador afirma

que: 1. não houve cerceamento de defesa, em face de ter sido intimado o patrono do embargante para contra-arrazoar; e 2. limitou-se a juntar instrumento de procuração. No contexto, a ausência da peça processual não ensejaria nulidade do acórdão, em face das premissas suso numeradas.

Nesse diapasão, entendo que as indagações que gravitam sobre a questão restaram suficientemente explicitadas, de modo a não ensejar qualquer eiva que implique na violação aos arts. 458 e 535 do CPC.

Por este mesmo fundamento vê-se remanescer inerme a alegada violação ao art. 518 do CPC, visto que aberto o pórtico para as contra-razões, não havendo a juntada destas aos autos por motivos desconhecidos por todos e, apenas **ad argumentandum tantum**, observa-se que tal perquirição implicaria no revolvimento do conjunto probatório ou até em dilação probatória não requerida pela parte interessada.

Finalmente, no que concerne à parcela recursal acerca de possível ofensa aos arts. 508 e 188 do CPC, sob viés de alentar a pecha de intempestividade a enodoar a apelação interposta pela Fazenda Pública Estadual, o acórdão proferido nos embargos de declaração às fls. 136/142 descortina a hipótese com minúcia, merecendo destaque em forma da transcrição que se impõe a seguir, **verbis**:

“Irrelevante é, indubiosamente, para o efeito de contagem de prazo recursal, o carimbo lançado à fl. 29 v., segundo o qual teria sido publicada a sentença. É que, consoante o art. 25 da Lei n. 6.830/1980 (lei de execução fiscal), qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente”. E, em conformidade com o seu parágrafo único, essa intimação poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Comentando esse preceito, escrevem os publicistas **Maury Ângelo Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti, Carlos Henrique Abrão e Manoel Álvares**:

“Para atendimento desta disposição legal, não basta a publicação das decisões judiciais na Imprensa Oficial com os nomes dos Procuradores Judiciais da Fazenda Pública. É indispensável a intimação pessoal, por carta com comprovante de recebimento, ou por mandado judicial cumprido por oficial de justiça, contendo exatamente o objeto da intimação e o teor das decisões intimadas.

Ficam supridas essas formalidades pela remessa dos autos à Procuradoria Fazendária, feita pelo escrivão, que colherá recibo da remessa, fir-

mado por um dos procuradores, na relação dos autos encaminhados. O recibo vale como prova da intimação pessoal imposta pela lei”.

Destacam, contudo, nestes comentários:

“Mesmo em processos de execução fiscal, têm-se admitido válidas as intimações feitas pela Imprensa Oficial, temperando a norma do art. 25 com aquelas dos arts. 27 da LEF e 236 e 237 do CPC, e mantendo, até onde é possível, a igualdade de tratamento entre as partes” (in “Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada”, pp. 246/247, 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2000).

No caso ora **sub judice**, não se há de falar em nota de foro — como o fiz, equivocadamente (fl. 55) —, pois sequer está anotado, no carimbo de fl. 29 v., onde se fez essa publicação. E é escusado dizer que o Diário da Justiça, editado na Capital do Estado, não publicava conclusões de sentenças proferidas nas demais Comarcas, a exemplo da de Santa Rita, por onde correu (e corre) esse processo. Logo, é inócua mesmo a nota de fl. 29 v., como o é, outrossim, a petição dirigida ao Juiz de Direito da 1ª Vara Cível daquela Comarca pelo Procurador do Estado Francisco Yedo Menezes de Andrade (fl. 30), na qual renuncia aos prazos recursais, porque — repetindo — não tinha outorga expressa do Governador do Estado. Conseqüentemente, a contagem do prazo recursal iniciou-se, equivocadamente, no dia 21 de fevereiro de 1997, quando da intimação pessoal do Procurador do Estado Joás de Brito Pereira Filho, signatário da petição inicial na execução fiscal (fl. 2), o qual, em momento algum, foi substituído, inferindo-se, dessarte, que o subscritor das petições de fls. 8 e 30 ingressou nos autos, ilícitamente, eis que não anexou sequer a Portaria do Procurador-Geral do Estado, para esse efeito.

E, com essa ótica, a Promotora de Justiça convocada Maria de Lourdes Leite, ao emitir parecer, nesta Instância Superior (fls. 46/48), requereu “a retirada de cópias do processo, com seu envio ao Dr. Procurador-Geral do Ministério Público, a fim de apurar se, da responsabilidade funcional do Procurador Yedo Andrade, houve algum dano ao Patrimônio Público, visto que fato dessa natureza tem se repetido em outras ações da Fazenda Pública nas Comarcas de Santa Rita e Bayeux” (fl. 48).

O dia 21 de fevereiro de 1997 recaiu em uma sexta-feira, deduzindo-se, em conseqüência, que, em face da Súmula n. 310, o prazo para o recurso teve início na segunda-feira imediata, dia 24 de fevereiro. A apelação foi anexada aos autos em data de 18 de março daquele ano (fls. 33 v. e 34). Logo, iniciado o prazo no dia 24 de fevereiro, viria ele a esgotar-se no dia 25 de março, uma

terça-feira (CPC, art. 188). Sim, porque, na preleção dos doutos **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, em anotações a esse preceito, se conta em dobro o prazo para o Ministério Público e a Fazenda Pública recorrerem, ‘nos processos de MS (LMS) de falência (LF), de execução fiscal (LEF), da infância e da juventude (ECA 198), do consumidor (CDC), de RE e REsp (LR) etc.’ (in ob. cit., p. 649).” (Fls. 140/141)

Do acima explicitado, tem-se como evidenciada a inexistência da alegada intempestividade, visto que o procurador que teria dado azo ao início da contagem do prazo não tinha outorga expressa para renunciar ao direito imanente ao executivo em tela. Inferindo-se ainda, conforme o acima explicitado, que o procurador em destaque teria ingressado nos autos ilicitamente. E aqui, mais uma vez, para modificar a convicção desta assertiva seria necessário o reexame do conjunto probatório, atraindo então a força obstativa da Súmula n. 07, deste Superior Tribunal de Justiça.

Faz-se oportuno ainda gizar que a sentença que extinguiu o executivo fiscal, por imposição legal, submeteu-se ao duplo grau de jurisdição obrigatório, devolvendo ao Tribunal a matéria inserta na **litis contestatio**.

Assim, mesmo considerando, por amor ao debate, que a apelação tenha sido intempestiva, o julgamento no Tribunal de origem estaria garantido.

Tais as razões expandidas, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 602.109-RS (2003/0191769-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrentes: Elmar José Kuhn e outro

Advogados: José Renato de Oliveira Barcelos e outro

Recorrente: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER

Procuradores: Augusto Arnold Filho e outros

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Processual Civil. Desapropriação. Juros de mora. Termo **a quo**.
Medida Provisória n. 1.901-31/1999.

I - Os juros moratórios deverão ser fixados de acordo com a lei vigente na data da sentença que constituiu a situação jurídica para a parte, **in casu**, a Medida Provisória n. 1.901-31/1999.

II - A Medida Provisória n. 1.901-31, de 27 de outubro de 1999, introduziu ao Decreto-Lei n. 3.365/1941 o art. 15-B, que fixa a data inicial de contagem dos juros moratórios “a partir de 1ª de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.” (REsp n. 579.625-SP, da minha relatoria, **in DJ** 31.05.2004, p. 217)

III - Recurso especial do DAER provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER, com esteio no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, apreciando a sentença que condenou o ora recorrente ao pagamento de indenização no valor de R\$ 9.900,00 (nove mil e novecentos reais), fixou os juros moratórios à taxa de 6% ao ano, a contar do trânsito em julgado da sentença.

O recorrente afirma que o Tribunal **a quo** malferiu o art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/1941, que determina a contagem dos juros de mora a partir de 1ª de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito.

Pugna pela reforma do acórdão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente, conheço do recurso por entender que estão presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 541 do CPC.

Com efeito, as matérias constantes dos dispositivos legais indicados como violados foram ventiladas pelo Tribunal **a quo**, viabilizando o apelo nobre.

Para o deslinde da questão **sub examine**, faz-se necessário delimitar os efeitos da Medida Provisória n. 1.901-31, que alterou diversos regramentos do Decreto-Lei n. 3.365/1941, o qual dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.

Para o caso em apreço, importa a criação do art. 15-B, acrescentando o decreto encimado, do texto a seguir transcrito, **verbis**:

“Art.15-B. Nas ações a que se refere o artigo anterior, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1^a de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.”

O acréscimo deste dispositivo altera radicalmente a forma de pagamento dos juros moratórios, afastando o teor da Súmula n. 70 desta Corte.

A aplicação do novel entendimento impõe a observância das regras sobre direito transitório, magistralmente delimitados por **Galeno Lacerda** em sua obra “O novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes” (Forense, 1974).

Segundo o renomado jurista, quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica operou-se pela lei antiga, há que se ignorar a lei nova, salvo havendo disposição impositiva de retroatividade e desde que permitida pelo sistema jurídico.

Na hipótese em foco, os juros de mora têm o desiderato de indenizar o litigante vencedor pela demora para o adimplemento de sua prestação, a qual se vê constituída a partir da sentença.

Nesse panorama, a partir da sentença, tem-se fixado o ambiente jurídico que deve balizar as eventuais alterações da situação jurídica constituída, por meio do competente recurso que deverá ser decidido com os olhos voltados para a lei vigente ao dia da sentença, afastada nessa hipótese a lei superveniente.

Frise-se, por oportuno, que o raciocínio encimado não desconsidera a regra geral pela aplicação da lei nova aos processos pendentes, no entanto distingue os atos que criam direito adquirido processual daqueles sem essa aptidão, tais como,

v.g., alteração no procedimento, respeitados os atos já praticados; representação processual; prazos, ressalvados os ainda em andamento que forem mais amplos.

Voltando ao caso concreto, temos que a sentença judicial, que cria para a parte o direito adquirido processual, foi proferida no dia 22 de maio de 2001, enquanto a Medida Provisória n. 1.901-31 passou a vigor em 27 de outubro de 1999, ou seja, data anterior ao julgamento na primeira instância, regulando, **ipso facto**, aquela situação jurídica posteriormente constituída.

Assim, os juros moratórios, na espécie, devem ser fixados conforme o teor da Medida Provisória n. 1.901-31, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

Nesse diapasão destaco o seguinte julgado, **verbis**:

“Processual Civil. Desapropriação. Juros de mora. Termo **a quo**. Medida Provisória n. 1.901-31/1999.

I - Os juros moratórios deverão ser fixados de acordo com a lei vigente na data da sentença que constituiu a situação jurídica para a parte, **in casu**, a Medida Provisória n. 1.901-31/1999.

II - A Medida Provisória n. 1.901-31, de 27 de outubro de 1999, introduziu ao Decreto-Lei n. 3.365/1941 o art. 15-B, que fixa a data inicial de contagem dos juros moratórios “a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.”

III - Recurso especial provido”. (REsp n. 579.625-SP de minha relatoria, DJ 31.05.2004, p. 217)

Tais as razões expendidas, *dou provimento* ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 649.997-MG (2004/0043347-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: José Lauro Miranda

Advogado: Raimundo Cândido Junior

Recorrida: Confederação Nacional da Agricultura

Advogados: Luiz Antonio Muniz Machado e outros

EMENTA

Processual Civil. Nulidade da sentença. Apreciação do pedido contraposto. Ausência de prequestionamento. Súmulas ns. 282 e 356 do STF. Direito sindical. Ação de cobrança. Contribuição sindical rural. Confederação Nacional da Agricultura. Legitimidade ativa. Filiação a sindicato. Desnecessidade.

I - A matéria relativa à falta de apreciação do pedido contraposto, o que ensejaria a nulidade do julgado, por ausência de fundamentação, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo** e não foram opostos embargos declaratórios para suprir a omissão e ventilar a questão federal, incidindo as Súmulas ns. 282 e 356 do STF

II - A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade para a cobrança da contribuição sindical rural. Precedente: REsp n. 315.919-MS, Relator p/ o acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 05.11.2001.

III - Na esteira da jurisprudência do Pretório excelso, a contribuição sindical rural é exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato. Precedentes: RE n. 224.885-RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 06.08.2004 e RE n. 180.745-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 08.05.1998.

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por José Lauro Miranda, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da

Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado, **verbis**:

“Contribuição sindical rural. CNA. Legitimidade. Cobrança. Desnecessidade de filiação sindical. Competência. Justiça Estadual. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Litisconsórcio ativo. Impertinência.

1. É da competência da Justiça Estadual, portanto, Comum, o processamento da cobrança da CSR pela Confederação Nacional da Agricultura, até porque as partes envolvidas têm natureza privada.

2. Não há cerceamento de defesa pela adoção do rito sumário em cobrança de valor azequenedo, inferior mesmo a R\$ 1.000,00 (hum mil reais) porque isto acontece face à determinação legal.

3. Igualmente, não se pode considerar a falta de AIJ por serem as questões unicamente de direito, não havendo provas a serem produzidas.

4. Ninguém pode ser compelido a demandar, e, por isto, refuta-se a preliminar de que o Sindicato e a Federação Estadual deveriam estar presentes na cobrança, até porque se distribuição há, na arrecadação da Contribuição Sindical, esta uma questão a ser dirimida entre possíveis interessados, que, evidentemente, não prejudica a cobrança pela CNA, nem sendo de direito qualquer intromissão de terceiro.

5. Devido à sua natureza compulsória, a CSR não exige filiação sindical, sendo cobrável do empresário rural que exerça atividade que tal” (fl. 169).

Sustenta o recorrente ofensa ao art. 278, § 1º, do CPC, que garante ao réu, no rito processual escolhido pelo autor, em contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial e a falta de apreciação de pedido contraposto equivale à ausência de fundamentação do julgado, com ofensa ao art. 458, II, do CPC. Alega violação aos arts. 4º e 6º do Decreto-Lei n. 1.166/1971, que determinam a competência legal para a cobrança da contribuição sindical, que é do Incra, e não da CNA. Aduz que, evidenciada a ilegitimidade de parte ativa e passiva, restaram violados os arts. 6º e 267, VI, do CPC, devendo ser extinto o processo, sem exame do mérito. Aponta ofensa ao art. 578 da CLT, que não admite a contribuição compulsória, já que o recorrente nunca se filiou a qualquer entidade sindical. Ao final, colaciona julgado divergente a respeito da ilegitimidade ativa da CNA para a cobrança da contribuição sindical rural.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente, tenho que o recurso especial não merece ser conhecido quanto à violação dos arts. 278, § 1º, e 458, II, do CPC.

Em suma, insurge-se o recorrente contra a falta de apreciação do pedido contraposto, o que ensejaria a nulidade do julgado, por ausência de fundamentação. Ocorre que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal **a quo** e não foram opostos embargos declaratórios para suprir a omissão e ventilar a questão federal. Incidem, na hipótese vertente, as Súmulas ns. 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

De resto, tenho que o recurso especial comporta conhecimento, por estarem prequestionadas as demais matérias alegadas pelo recorrente.

No que se refere à legitimidade ativa, entendo que a Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade para a cobrança da contribuição sindical rural.

Sobre o assunto, confira-se o seguinte julgado da Primeira Turma, **verbis**:

“Processual — Administrativo — Confederação Nacional de Agricultura — Contribuição sindical rural patronal — Cobrança — Legitimidade.

— A Confederação Nacional de Agricultura tem legitimidade para cobrar Contribuição Sindical Rural Patronal” (REsp n. 315.919-MS, Relator p/ o acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 05.11.2001, p. 91).

Quanto à alegada necessidade de filiação a sindicato, compartilho com o entendimento, na esteira da jurisprudência do Pretório excelso, de que a contribuição sindical rural é exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato.

Nesse sentido, transcrevo os seguintes precedentes da Corte Suprema, os quais corroboram o referido entendimento, **litteris**:

“Recurso extraordinário. Agravo regimental. Contribuições destinadas ao custeio de sindicatos. Exigibilidade.

1. A contribuição assistencial visa custear as atividades assistenciais dos sindicatos, principalmente no curso de negociações coletivas. A contribuição confederativa destina-se ao financiamento do sistema confederativo de representação sindical patronal ou obreira. Destas, somente a segunda encontra previsão na Constituição Federal (art. 8º, IV), que confere à assembléia geral a atribuição para criá-la. Este dispositivo constitucional garantiu a sobrevivência da contribuição sindical, prevista na CLT.

2. Questão pacificada nesta Corte, no sentido de que somente a contribuição sindical prevista na CLT, por ter caráter parafiscal, é exigível de toda a categoria independente de filiação.

3. Entendimento consolidado no sentido de que a discussão acerca da necessidade de expressa manifestação do empregado em relação ao desconto em folha da contribuição assistencial não tem porte constitucional, e, por isso, é insuscetível de análise em sede de recurso extraordinário.

4. Agravo regimental improvido” (RE n. 224.885-RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 06.08.2004, p. 52).

“Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, **in fine**, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no **caput** do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) — marcas características do modelo corporativista resistente —, dão a medida da sua relatividade (cf. MI n. 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE n. 146.733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694)” (RE n. 180.745-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 08.05.1998, p. 14).

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 662.033-RS (2004/0096749-5)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Bruno de Castro Winkler e outros

EMENTA

Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Cassação de liminar. Extinção do processo por ilegitimidade ativa. Fornecimento de medicamento, pelo Estado, à criança hipossuficiente, portadora de doen-

ça grave. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Arts. 5º, **caput**, 6º, 196 e 227, da CF/1988. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual ajuizou ação civil pública objetivando a proteção de interesses individuais indisponíveis (direito à vida e à saúde de criança ou adolescente), com pedido liminar para fornecimento de medicação (hormônio do crescimento recombinante TTO) por parte do Estado.

2. O art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Carta Magna (arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

3. Pela peculiaridade do caso e, em face da sua urgência, há que se afastarem delimitações na efetivação da medida socioprotetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena que a Administração Pública dê continuidade a tratamento médico, psiquiátrico e/ou psicológico de menor.

4. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares **inaudita altera pars**) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.

5. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (**periculum in mora** e **fumus boni iuris**), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles

bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

6. A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança com o do Adolescente — Lei n. 8.069/1990, em seus arts. 7^o, 98, I, e 101, V, em combinação com atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Constatação, também, da presença do **periculum in mora** (a manutenção do **decisum a quo**, determinando-se a suspensão do tratamento (fornecimento do medicamento), com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a presente medida não for outorgada, poderá não mais ter sentido a sua concessão, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor.

7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, visto que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF

9. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 08.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com fulcro no art. 105, III, a, da Carta Magna, contra acórdão assim espelhado (fl. 40):

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Julgamento pelo Relator. Jurisprudência dominante.

1. É lícito ao Relator prover ou desprover recurso com base na jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, nos termos do art. 557 do CPC. O entendimento contrário implicaria excluir do âmbito do art. 557 e da nova forma simplificada de julgar recursos no Tribunal toda e qualquer causa em que há intervenção do Ministério Público, prestando grande desserviço aos princípios da celeridade e da efetividade da jurisdição.

2. Agravo interno desprovido.”

Consta dos autos que o recorrente ajuizou ação civil pública, na qual o Juízo singular deferiu a antecipação da tutela postulada, com os seguintes dizeres (fl. 12):

“Dessarte, e como há prova inequívoca a demonstrar a verossimilhança da alegação de que o menino René Krachefski Nunes padece de *deficiência hormonal*, decorrente de tratamento radioterápico profilático no sistema nervoso central, necessitando urgentemente de reposição hormonal, por meio do *hormônio do crescimento recombinante TTO* (fls. 12 e 13), impõe-se a concessão da tutela pleiteada, uma vez que, tendo os pais do infante alegado dificuldades financeiras de arcar com a compra de tal medicação, se mostra evidente o risco de difícil ou improvável reparação, a afastar, inclusive, as barreiras legais contra a concessão de tutelas cautelares e antecipadas em desfavor da Fazenda Pública e, também, a exigência de licitação pública.” (Grifos e destaques do original)

Irresignado, o Estado do Rio Grande do Sul agravou, requerendo a concessão de efeito suspensivo, tendo o Relator **a quo**, por decisão monocrática, extinguido o processo, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa do MP, decisão essa que foi mantida pelo Colegiado de segunda instância.

Contra essa decisão, o *Parquet* gaúcho interpôs recurso especial, por entender ter havido negativa de vigência aos arts. 6^a do CPC e 25, IV, **a**, da Lei n. 8.625/1993, ao argumento de possuir legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública na qual se objetiva a proteção de interesses individuais indisponíveis, como é o caso do direito à vida e do direito à saúde de criança ou adolescente.

Oferecimento de contra-razões pela manutenção do **decisum a quo**.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): No que tange à violação dos dispositivos legais apontados, a matéria jurídica encartada foi devidamente debatida no **decisum a quo**, merecendo, assim, ser conhecido o apelo extremo.

A respeito do tema, tive a oportunidade de pronunciar-me quando do julgamento do REsp n. 325.337-RJ (2001/0067327-4), DJ 03.09.2001, onde desenvolvi os seguintes fundamentos, **verbis**:

“No caso em tela, o decisório objurgado entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à Aids, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei n. 9.313/1996 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento da Aids, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.

Com propriedade está a motivação encartada na r. sentença, pelo que a transcrevo (fls. 41/43):

‘O **thema decidendum** é repassado de sensibilidade e graveza: o direito à vida, o acesso à saúde, posta como dever do Estado. Diga-se, não se busca a cura para a moléstia que os autores carregam consigo, ‘o mal do século’ como dizem alguns, pois esta, infelizmente, a ciência ainda não logrou alcançá-la, mas, apenas, a esperança de um novo amanhã, uma vez que não há vida sem esperança, o que tonifica o dormir e acordar para o dia seguinte.

Os autores são portadores do vírus HIV e, não somente portadores, mas vítimas da doença pelo mesmo acarretada, como segue comprovado pela documentação adunada (fls. 21 **usque** 71), não contrariada pelo Réu, necessitando do fornecimento de medicamentos receitados como forma de combater a progressão da doença, os quais não vêm tendo acesso devido a sua carência de recurso, bem com a instável entrega dos mesmos nos postos de saúde, com risco ao agravamento do quadro produzido pela doença e comprometimento de sua saúde.

A quaestio é posta ao pregão dos dispositivos constitucionais que se consubstanciam nos arts. 5º e 196 da Carta Política (o direito ao sopro da preservação da vida).

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (Constituição Federal, art. 196 e, Estadual, art. 284).

Portanto, é dever do Estado, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde a todos os cidadãos. Tal norma não é simplesmente programática, mas também definidora de direito fundamental e tem aplicação imediata. A saúde é um direito assegurado constitucionalmente às pessoas, dado que inerente à vida, e o direito à vida é assegurado pela lei fundamental (art. 5^ª da CF), de aplicabilidade imediata ao teor do disposto no § 1^º do art. 5^ª da Constituição Federal.

A Carta Estadual, recepcionando a diretriz da Lei Maior (art. 284, CF), respalda, de forma expressa, a pretensão dos Autores, ao dispor que: 'A assistência farmacêutica faz parte da assistência global à saúde, e as ações a ela correspondentes devem ser integradas ao Sistema Único de Saúde, garantindo-se o direito de toda a população aos medicamentos básicos' (art. 296, CE).

Demais disso, o art. 3^º da Lei n. 9.313/1996, dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos, aos portadores de HIV e doentes de Aids, atribuindo também ao réu a responsabilidade por tais despesas. As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada, constituindo um sistema único. A Lei n. 9.313/1996, ao assegurar aos portadores do HIV e doentes de Aids, o direito de receber, gratuitamente, do SUS, toda a medicação necessária a seu tratamento, concede tom de efetividade ao texto constitucional.

Não há que se falar em ausência de previsão orçamentária, mero quadro organizatório, e de valor constitucional de somenos densidade em comparação com o direito à saúde, no dizer do ilustre Magistrado e Professor **Nagib Slaibi Filho**, e tampouco em violação ao princípio da independência dos poderes, posto no dever que tem a autoridade judiciária de reparar uma lesão de direito (art. 5^ª, XXXVI, da CF).

A imposterabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar assistência aos desamparados constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, enfraquecem e tomam por desmerecimento os obstáculos levantados pelo Estado do Rio de Janeiro.

Sobre o tema, na sonoridade do alto Pretório do País, merece registro excerto do despacho da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, na Medida Cautelar Pet na MC n. 1.246-SC:

‘Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, **caput**), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.’

Longe de caracterizar qualquer providência impeditiva por violação à vedação da realização de despesa sem previsão orçamentária e da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário na sua execução, o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da moléstia constitui o único meio capaz de salvar a vida, bem fundamental para onde deve ser direcionada a ação do Poder Público.

Ademais, ainda se esse direito não fosse acomodado numa regra escrita (**non scriptum**), estaria inata na morada da consciência dos que julgam (**sed nata**), com fincas no direito natural: **jus est arts boni et aequi** (o direito é arte do bem e do justo).

Não vejo como possível limitar o fornecimento dos medicamentos ao rol constante da Portaria Ministerial (Consenso — fls. 141/143), posto que cada paciente é avaliado individualmente e, conforme o seu estado clínico, é medicado de acordo com essa avaliação, médica, ou seja, com as condições existentes no momento do mesmo tratamento. Se a combinação de medicamentos, pela autoridade da chancela médica que a prescreve, é o melhor para o tratamento de determinado paciente, não pode o fornecimento desses medicamentos ficar limitado ao convencionado pelo Ministério da Saúde.’

Ademais, a matéria em apreço encontra-se uniforme e pacífica no seio desta Corte Superior. Confira-se a reiterada jurisprudência sobre o tema, **litteratim**:

‘Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento para fazer subir recurso especial. Fornecimento gratuito de medicamentos. Aids. Responsabilidade solidária do Estado e Município. Decisão una de Relator. Art. 557 do CPC, e art. 38 da Lei n. 8.038/1990. Precedentes.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial ajuizado, negando-lhe, assim, provimento.

2. São responsáveis, solidariamente, o Estado e o Município pelo fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de doentes de Aids e portadores do vírus HIV.

3. Desde a nova sistemática inserida no Código de Processo Civil, em seu art. 557, através da Lei n. 9.139, de 30.11.1995, passando pela recente Lei n. 9.756, de 17.12.1998, assim como o comando expresso no art. 38 da Lei n. 8.038/1990 (Lei dos Recursos no STF e STJ), assegurou-se ao Relator o condão de negar “seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

4. Este comando tem aplicação, *unicamente*, quando a matéria discutida estiver sumulada ou a jurisprudência predominantemente reiterada nos órgãos colegiados, mesmo existindo desarmonia isolada, no seio do respectivo Tribunal, do colendo STF e nos Tribunais Superiores. Precedentes.

5. Teses desenvolvidas pelo agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

6. Agravo regimental improvido.’

(AgRg no Ag n. 253.938-RS, Primeira Turma, deste Relator, DJ 28.02.2000)

‘Agravo regimental — Medicamentos — Responsabilidade entre Estado e Município.

— Pode o Relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente.

— Agravo improvido.’

(AgRg no Ag n. 246.642-RS, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ 16.11.1999)

O eminente Ministro Garcia Vieira, nas razões desenvolvidas que gerou a ementa acima reproduzida, assim se pronunciou:

‘O Município de Porto Alegre agrava-se do respeitável despacho de fls. 17/20, que não admitiu o processamento do recurso especial, ao entendimento de que:

‘Nesta via, o Município recorrente alega ofensa, pelo v. acórdão recorrido, do disposto na Lei Federal n. 9.313/1996, afirmando que inexistente solidariedade entre Estado e Município, no tocante ao fornecimento de recursos para a implementação da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de Aids, pois não existe, ainda, regulamentação da matéria, conforme preceituado na parte final do art. 2º da referida lei.

A não-existência da respectiva regulamentação não faz com que desapareça o direito preconizado na lei em tela. Este direito é que vem, de acordo com preceitos constitucionais, ali previsto, e a necessidade da regulamentação é um momento posterior ao estabelecimento abstrato deste direito.

Portanto, ao acolher o direito pleiteado, a v. decisão recorrida, de acordo com seus fundamentos, não reconhece a desnecessidade de regulamentação, mas entende necessário o atendimento, por parte do Estado e do Município, das despesas decorrentes do fornecimento de medicamentos aos carentes, em face das circunstâncias apresentadas.

Tal entendimento se resume na assertiva posta por decisões a respeito proferidas por este Tribunal, no sentido de que ‘não poderia previsão regulamentar restringir o âmbito de cobertura claramente posta na lei regulamentada’.

Ademais, a v. decisão debatida reconhece a concomitância da responsabilidade sobre a distribuição de medicamentos entre o Estado e o Município, de maneira paralela (ver art. 2º da Lei n. 9.313/1996), e não excludente, afastando, assim, a tese defendida pelo Município de ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação, questão, inclusive, repelida pela sentença monocrática.

Conclui-se, desta forma, pela inadmissão do recurso especial manejado pelo Município de Porto Alegre’ (fls. 18/19).’

Dessa forma, tenho por incensurável o v. aresto guerreado.”

Firmado o convencimento acima anotado, aplicável ao caso **sub examine**, identico, no pedido em apreciação, os pressupostos genéricos e específicos para a concessão da liminar.

A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n. 8.069/1990, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação com o atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Não é difícil constatar, também, a presença do **periculum in mora**, qual seja, a manutenção do **decisum a quo**, determinando-se a suspensão do tratamento (fornecimento do medicamento), com risco de dano irreparável à saúde do menor.

Cumpra registrar, não há o risco de se criar situação fática irreversível, ante a circunstância do provimento liminar ser outorgado. Penso que, numa situação assim, não seria próprio cogitar-se a respeito de “utilidade”, para o provimento a ser entregue a final. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

Acrescento que prejuízos irá ter o beneficiário se não lhe for deferida a liminar, visto que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplência do Poder Judiciário.

Nessa esteira, registro alguns julgados decididos por esta Corte Superior e pelo colendo STF:

Do STJ:

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Ato judicial. Concessão de medida liminar em ação civil pública. Obtenção de efeito suspensivo a agravo de instrumento, impossibilidade. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito à saúde. Obrigação do Estado de fornecer medicamentos necessários ao tratamento de crianças carentes e enfermas. Lei n. 8.069/1990.

I - É incabível a concessão de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra decisão judicial, salvo quando presente manifesta ilegalidade, inócurrenente no caso. Precedente do STJ.

II - Concessão de medida liminar em ação civil pública mediante decisão fundamentada e respaldada no art. 12 da Lei n. 7.374/1985, c.c. o art. 11, § 2º, da Lei n. 8.069/1990.

III - Recurso conhecido, porém, improvido.”

(ROMS n. 5.986-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 04.02.2002)

“Administrativo. Medicamentos para tratamento da Aids. Fornecimento pelo Estado. Obrigatoriedade. Afastamento da delimitação constante na Lei n. 9.313/1996. Dever constitucional. Precedentes.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à Aids, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei n. 9.313/1996 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e consequências acarretadas pela doença.

3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da Aids.

4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei n. 9.313/1996.

5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade.

6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

7. Precedentes da Primeira Turma desta Corte Superior.

8. Recurso improvido.”

(REsp n. 325.337-RJ, Primeira Turma, deste Relator, DJ 03.09.2001)

“Processual Civil. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento para fazer subir recurso especial. Fornecimento gratuito de medicamentos. Aids. Responsabilidade solidária do Estado e Município. Decisão una de Relator. Art. 557 do CPC, e art. 38 da Lei n. 8.038/1990. Precedentes.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial ajuizado, negando-lhe, assim, provimento.

2. São responsáveis, solidariamente, o Estado e o Município pelo fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de doentes de Aids e portadores do vírus HIV.

3. Desde a nova sistemática inserida no Código de Processo Civil, em seu art. 557, através da Lei n. 9.139, de 30.11.1995, passando pela recente Lei n. 9.756, de 17.12.1998, assim como o comando expresso no art. 38, da Lei n. 8.038/1990 (Lei dos Recursos no STF e STJ), assegurou-se ao Relator o condão de negar “*seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”.

4. Este comando tem aplicação, *unicamente*, quando a matéria discutida estiver sumulada ou a jurisprudência predominantemente reiterada nos órgãos colegiados, mesmo existindo desarmonia isolada, no seio do respectivo Tribunal, do colendo STF e nos Tribunais Superiores. Precedentes.

5. Teses desenvolvidas pelo agravante que se apresentam infrutíferas à reforma da decisão hostilizada, pelo que se denota a sua manutenção.

6. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no Ag n. 253.938-RS, Primeira Turma, deste Relator, DJ 28.02.2000)

Do STF:

“Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido.” (AgRg no RE n. 255.627-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ 23.02.2001)

“Paciente com HIV/Aids — Pessoa destituída de recursos financeiros — Direito à vida e à saúde — Fornecimento gratuito de medicamentos — Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, **caput**, e 196) — Precedentes (STF) — Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.

— O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria

Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional.

— O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes.

— O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, **caput**, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (AgRg no RE n. 271.286-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 24.11.2000)

“Mandado de segurança — Adequação — Inciso LXIX, do art. 5º, da Constituição Federal.

— Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental — direito líquido e certo — descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal.

Saúde — Aquisição e fornecimento de medicamentos — Doença rara.

— Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE n. 195.192-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 31.03.2000)

“Competência — Agravo de instrumento — Trânsito do extraordinário.

— A teor do disposto no § 2º do art. 544 do Código de Processo Civil, cabe ao Relator proferir decisão em agravo de instrumento interposto com a finalidade de alcançar o processamento do extraordinário. O crivo do Colegiado ocorre uma vez acionada a norma do art. 545, também do Código de Processo Civil, no que previsto agravo inominado contra a decisão prolatada.

Saúde — Promoção — Medicamentos.

— O preceito do art. 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.” (AgRg no Ag n. 238.328-RS, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 18.02.2000)

Este é o entendimento que perfilo, por entender ser o mais coerente.

Por tais razões, *dou* provimento ao recurso especial, pelo que fica vedada, até pronunciamento judicial futuro, qualquer suspensão no fornecimento do medicamento.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL N. 662.033-RS (2004/0096749-5)**

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Yassodara Camozzato e outros

Embargado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Ana Luiza Mercio Lartigau e outros

EMENTA

Processual Civil. Direito à saúde. Menor pobre. Obrigação do Estado. Ministério Público. Legitimidade.

1. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de menor pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de menor pobre. Precedentes: REsp n. 296.905-PB e REsp n. 442.693-RS.

3. O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

4. Embargos de declaração conhecidos e providos para afastar a omissão e complementar, com maior precisão, a fundamentação que determinou o provimento do recurso para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, determinando-se que a ação prossiga para, após instrução regular, ser o mérito julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de declaração e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e

Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 19 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 13.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de embargos de declaração (fls. 154/159) opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão (fls. 151/152) assim espelhado:

“Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Cassação de liminar. Extinção do processo por ilegitimidade ativa. Fornecimento de medicamento, pelo Estado, à criança hipossuficiente, portadora de doença grave. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Arts. 5º, **caput**, 6º, 196 e 227, da CF/1988. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o qual ajuizou ação civil pública objetivando a proteção de interesses individuais indisponíveis (direito à vida e à saúde de criança ou adolescente), com pedido liminar para fornecimento de medicação (hormônio do crescimento recombinante TTO) por parte do Estado.

2. O art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Carta Magna (arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização.

3. Pela peculiaridade do caso e, em face da sua urgência, há que se afastarem delimitações na efetivação da medida socioprotetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena que a Administração Pública dê continuidade a tratamento médico, psiquiátrico e/ou psicológico de menor.

4. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares **inaudita altera pars**) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico.

5. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (**periculum in mora** e **fumus boni iuris**), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

6. A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança com o do Adolescente — Lei n. 8.069/1990, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação com atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Constatação, também, da presença do **periculum in mora** (a manutenção do **decisum a quo**, determinando-se a suspensão do tratamento (fornecimento do medicamento), com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a presente medida não for outorgada, poderá não mais ter sentido a sua concessão, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor.

7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, visto que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

9. Recurso provido”.

Alega-se, em síntese, que:

a) o acórdão recorrido se encontra maculado por omissões relativas ao fato de superada a preliminar, ter a colenda Primeira Turma desta Corte Superior adentrado no mérito da controvérsia e deferido a liminar, sem que fosse observada a instância competente;

b) a causa não estava pronta para ser julgada, pois nenhuma prova havia sido produzida a fim de demonstrar a real necessidade do medicamento a ser fornecido pelo embargante a portador do vírus HIV;

c) o acórdão vergastado foi proferido **ultra petita**, haja vista que o recurso especial interposto pela embargada limitou-se a requerer seu provimento com o conseqüente retorno dos autos à origem para analisar a controvérsia quanto ao fornecimento ou não do medicamento em questão.

Requer, por fim, a procedência do presente recurso para os fins infirmados. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Recebo os embargos. Com razão a parte embargante. Há omissão no acórdão em não ter explicitamente definido a questão da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública contra o Poder Público para que seja este obrigado a fornecer medicamento (hormônio do crescimento recambiante TTO) à criança pobre que dele necessita, urgentemente, por encontrar-se submetida a tratamento de reposição hormonal, sob pena de dano irreversível ao seu sistema nervoso central.

Embora o acórdão embargado tenha implicitamente reconhecido a legitimidade do Ministério Público para a ação proposta, por ter provido o seu recurso, não expôs, de modo fundamentado, por ter assim decidido.

É sabido que, em se tratando de crianças e adolescentes, o art. 227 da CF e a Lei n. 8.069 de 1990 (arts. 4º e 11) asseguram, de modo amplo, o direito dos mesmos à saúde, o que lhes deve ser assegurado com absoluta prioridade, inclusive pelos serviços públicos.

A União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever constitucional de assegurar, especialmente, aos necessitados, o gozo da saúde, não só em respeito à dignidade humana dessas pessoas carentes, mas, também, por tal obrigação ser um postulado decorrente do regime democrático.

O direito à saúde é de natureza indisponível.

Configurado esse panorama jurídico na relação em debate, está em harmonia com o nosso sistema normativo a pretensão do Ministério Público de ser considerado parte legítima para promover a ação ora discutida.

Corretas estão, portanto, as razões desenvolvidas pelo recorrente às fls. 53/60, cujo inteiro teor transcrevo, por tê-las como fundamentos para decidir, com destaque para os precedentes jurisprudenciais citados.

Eis o afirmado pelo Ministério Público (fls. 53/60):

“Verifica-se que o **decisum**, ao entender ser o Ministério Público parte ilegítima para propor a presente ação, porquanto estaria pleiteando direito alheio em nome próprio sem expressa autorização legal, acabou por contrariar o art. 6º do Código de Processo Civil e negar vigência ao art. 25, inciso IV, letra **a**, da Lei n. 8.625/1993.

Segundo a Quarta Câmara Cível a ilegitimidade do Ministério Público decorre da ausência de previsão legal em pleitear direito alheio em nome próprio. No entanto, considerando o que preceituam os arts. 127, **caput**, e 129, inciso II, da Constituição Federal, não poderia a veneranda decisão considerar o órgão ministerial parte ilegítima ativa **ad causam** para pleitear, por meio de ação civil pública, o fornecimento de medicamento à pessoa determinada.

Saliente-se, por oportuno, que no presente feito busca-se direito da criança, condição ressaltada pela Constituição Federal, a qual atentou à sua proteção, assim como aos idosos e às pessoas deficientes, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de ampará-las, seja assegurando-lhes participação na comunidade, seja defendendo-lhes a dignidade, o *direito à vida, à saúde, à alimentação etc.*, consoante o disposto nos arts. 203, inciso I, e 227 da Constituição Federal.

Ademais, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao Ministério Público foi conferida legitimidade para *promover a ação para proteção de interesses individuais*, nos termos dos arts. 201, inciso V, e 208, incisos VI e VII, da Lei n. 8.069/1990. Portanto, nesse ponto, não diferencia a legislação se o interesse a ser perseguido é individual disponível ou indisponível, o que já seria suficiente para, aplicado ao caso dos autos, demonstrar a legitimidade ativa **ad causam** do Ministério Público.

Sobre a possibilidade da promoção de ação para pleitear direitos de crianças, assim já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

‘Apelação cível. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o fito de obrigar o estado a fornecer medicamentos a menor. 1. Preliminar de carência da ação por ausência de interesse de agir do MP, desnecessária a prova da necessidade dos medicamentos e de que não estejam eles sendo oferecidos. Impossível, ademais, que o pedido dos medicamentos seja feito por mero diletantismo. Presume-se que seja feito, isso sim, por existir real necessidade. Interesse de agir, por isso, existente. Preliminar rejeitada. 2. *Preliminar de carência de ação por ausência de legitimidade ativa do Ministério Público. Previsão, na própria*

Constituição Federal, de que ao Parquet cabe a defesa dos interesses indisponíveis, bem como de promover a ação civil pública, caso em tela. Previsão, também, na legislação institucional, na lei que rege a ação civil pública, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, deste **munus** ministerial. Preliminar também desacolhida. 3. Mérito. Criança acometida de doença fibrose cística. Necessidade de medicação e tratamento constantes. Impossibilidade de a família arcar com tais gastos. Necessidade comprovada. A norma do art. 227 da CF não está com a sua eficácia limitada **in totum**, uma vez que disciplinada pelo ECA. Existente a necessidade de previsão no orçamento para atendimento do pedido. Todavia, sendo a doença e a convalescente conhecidas da Administração, tem ela todas as condições de prever na proposta orçamentária referida despesa. Existente, também, a necessidade de licitação, mas sendo fato conhecido da Administração, deve ela efetivar o procedimento com a devida anterioridade. Ao não fazê-lo, deve, todavia, continuar mantendo o tratamento. Recurso desprovido. Decisão unânime.’

‘Apelação cível. Fornecimento de medicamento pelo Estado. Direito à saúde. Pessoa necessitada. Legitimidade do Ministério Público. O Poder Público, abrangendo todos os entes federados, tem responsabilidade constitucional solidária pela saúde e pelo fornecimento de medicação. *O Ministério Público, com fundamento na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, possui legitimidade para defender os direitos da criança e do adolescente.* Precedentes jurisprudenciais. Apelo improvido. Sentença confirmada.

(Fl. 8)’

Não obstante, cumpre referir que, mesmo que inexistisse o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda assim impunha-se o reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público, pois a Constituição Federal vigente, ao definir o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, em seu art. 127, **caput**, conferiu ao *Parquet* a legitimidade para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e *dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Cuida o dispositivo constitucional de notável avanço histórico, consolidando o Ministério Público como órgão de defesa e garantia dos interesses maiores, na busca da justiça e da paz social, por meio da efetivação da ordem jurídica lícita.

Segundo **Cristiano Chaves de Farias**: ‘Nesta hipótese de substituição processual (defesa, em juízo, de interesses individuais, mas que têm natureza

indisponível), excepciona-se a regra do CPC, 6º. Aqui o ‘MP atua no sentido de preservar um interesse pessoal e particular, mas cuja defesa é necessária à preservação da ordem jurídica justa e equilibrada. Há um interesse privado que afigura-se como relevante à manutenção dos princípios de igualdade perante a CF.

Enfim, como de há muito visualizava a genialidade de **Piero Calamandrei**, processualista peninsular cuja obra até hoje influencia nosso processo civil, ‘a participação do Ministério Público (como parte no processo civil) tem a finalidade de suprir a não-iniciativa das partes privadas ou de *controlar sua eficiência* (da iniciativa em juízo), sempre que, pela especial natureza das relações controvertidas (natureza *indisponível*), possa temer o Estado que o estímulo do interesse individual (...) possa faltar totalmente ou se dirigir a fins distintos do da observância da lei’.

A saúde, diga-se, configura-se direito *indisponível*, porquanto ninguém pode dispor da própria vida. Somente deste dispositivo já se verificaria a legitimidade do autor.

Ainda, o art. 129, inciso II, também da Carta Política confere ao Ministério Público o dever de zelar pelos direitos assegurados na Constituição Federal, entre eles, o direito à saúde e o dever de o Estado fornecer medicamentos à população necessitada.

Evidencia-se ser a causa de natureza pública e social, decorrendo, daí, a legitimação do autor.

Portanto, não há outra conclusão senão a de se tratar, no caso em tela, de direito *indisponível*, pois em jogo a vida de criança, debilitada em sua saúde (deficiência hormonal), necessitando urgentemente do medicamento a ser fornecido pelo Estado.

Por isso, tendo sido entregue ao Ministério Público a incumbência da ‘defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*’ (art. 127, **caput**, da CF), e configurando o direito à vida matéria de natureza *indisponível*, por simples exercício lógico, se vislumbra a plena legitimidade da Instituição para promover, em juízo ou fora dele, procedimentos tendentes a garantir e efetivar tal direito.

Nesses casos, farta a jurisprudência a conferir ao Ministério Público legitimidade para promover a competente ação para a defesa de direito individual *indisponível*:

‘Ação civil pública — Contratos de arrendamento mercantil — Instituição financeira — Sentença — Improcedência do pedido — Recursos —

Falta de interesse processual da financeira — Ilegitimidade do Ministério Público — Acolhimento da preliminar — Extinção do processo — Maioria — De acordo com o que preceitua o art. 499 do Código de Processo Civil, somente a parte vencida, o terceiro prejudicado ou o Ministério Público podem recorrer sendo que, estes dois últimos, nos casos explicitados nos §§ 1º e 2º do referido artigo. *A legitimidade do Ministério Público é evidente para ajuizar ações civis públicas quando — para proteção dos direitos constitucionais; para proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, em relação às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; em defesa de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.* (Grifou-se)

Ainda, desta feita segundo o Superior Tribunal de Justiça:

‘Recurso especial. Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Ministério Público Federal. Legitimidade

1. *Consoante entendimento preconizado por esta Corte, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, com vistas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na espécie a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais. Precedentes.*

2. *Recurso conhecido e provido.* (Grifou-se)

‘Constitucional, Processual Civil e Administrativo — Aplicação de medida socioprotetiva — Manutenção de tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico a menor pelo Estado (Município) — Obrigatoriedade — Afastamento das delimitações — Dever constitucional — art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente — arts. 196 e 227 da CF/1988 — Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF — 1. Recurso especial contra acórdão que negou liminar nos autos de ação de aplicação de medida socioprotetiva ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em favor de menor, de 09 anos de idade, à época, com o objetivo de que fosse garantido tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico do menor, a cargo do Município recorrido. 2. O art. 7º, c.c. os arts. 98, I, e 101, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dão plena eficácia ao direito consagrado na Constituição Federal (arts. 196 e 227), a inibir a omissão do ente público (União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico a menor necessitado, inclusive com

o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida verificada no caso dos autos se impõe de maneira imediata, em vista da urgência e conseqüências que possam acarretar sua não-realização. 3. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, há que se afastar delimitações na efetivação da medida socioprotetiva pleiteada, não padecendo de qualquer ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a continuidade de tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico de menor. 4. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares **inaudita altera pars**) é crucial para o próprio exercício da função jurisdicional, não devendo encontrar óbices, salvo no ordenamento jurídico. 5. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (**periculum in mora** e **fumus boni iuris**), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal. 6. A verossimilhança faz-se presente (as determinações preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n. 8.069/1990, em seus arts. 7º, 98, I, e 101, V, em combinação do atestado médico indicando a necessidade do tratamento postergado). Constatação, também, da presença do **periculum in mora** (a manutenção do **decisum a quo**, determinando-se a suspensão do tratamento já realizado desde agosto de 1999, com risco de dano irreparável à saúde do menor). Se acaso a medida for outorgada somente ao final do julgamento dos autos, poderá não mais ter sentido a sua outorga, haja vista a possibilidade de danos irreparáveis e irreversíveis ao menor amparado pelo provimento. 7. Prejuízos irá ter o menor beneficiário se não lhe for concedida a liminar, haja vista que estará sendo usurpado no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público. 8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF 9. Recurso provido’.

Por derradeiro, roborando o que até aqui dito, a Lei n. 8.625/1993, em seu art. 25, inciso IV, letra **a**, assim dispõe:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.'

Por essas razões, considerando-se que o Ministério Público está legalmente autorizado a agir na defesa de interesse individual indisponível, consoante o disposto nos arts. 127 e 129 da Constituição e art. 25, inciso IV, letra a, da Lei n. 8.625/1993, ou mesmo na defesa de interesse individual de criança, nos termos dos arts. 201, inciso V, e 208, incisos VI e VII, da Lei n. 8.069/1990, a decisão que negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão monocrática que entendeu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público, acabou por negar vigência ao dispositivo da Lei n. 8.625/1993 supramencionado e por contrariar o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil, impondo-se seja admitido o presente recurso e remetido à Corte Superior, a fim de que esta se manifeste acerca da legitimidade do Ministério Público.”

As contra-razões do Estado estão fortemente assentadas em situações que configuram direitos disponíveis. Não é o caso dos autos. A saúde, bem maior do cidadão, acima do próprio direito à liberdade, é um direito indisponível, cabendo ao Ministério Público protegê-lo, especialmente, quando dele necessitam as pessoas.

O Estado, ao se negar a essa prestação fundamental à criança pobre, nas circunstâncias dos autos, humilha a cidadania, descumpre o seu dever e ostenta praticar violento atentado à dignidade humana e à vida.

Esclareço que o recurso foi provido para o fim específico de reconhecer a legitimidade do Ministério Público, mantendo-se conseqüentemente, os efeitos da tutela antecipada concedida monocraticamente, prosseguindo-se com o feito para que, após regular processamento, seja o mérito apreciado oportunamente.

Por tais razões, recebo os embargos e dou-lhes procedência para, com a complementação dos seus fundamentos, afastar a omissão apontada, determinando a manutenção dos efeitos da tutela antecipada e o prosseguimento do feito para, após os atos de defesa, ser analisado o mérito.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 664.689-RJ (2004/0085620-5)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro — Detran/RJ

Procuradores: Patrícia Ferreira Baptista e outros

Recorridos: Hélio Ramiro Hargreaves Costa e outro

Advogada: Ana Beatriz Paz Pinaud Madruga

EMENTA

Recurso especial. Direito Administrativo. Emissão do certificado de licenciamento do veículo. Existência de débitos referentes ao IPVA. Impossibilidade.

1. É cediço em sede doutrinária que “na licença, cabe à autoridade tão-somente verificar em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos” (**Maria Sylvia Zanella di Pietro in** “Direito Administrativo”, 13ª ed., p. 212)

2. A licença é ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.

3. Havendo prévia notificação da infração, não há como exonerar-se do pagamento das multas para obter o licenciamento, posto que o § 2º do art. 131 da Lei n. 9.503/1997 condiciona a renovação da licença de veículo ao pagamento de tributos, encargos e multas de trânsito a ele vinculados.

4. Nesse sentido, dispõe o art. 131, § 2º do CTB:

Art. 131. O Certificado de Licenciamento anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo Contran.

(...)

§ 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.”

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 20.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Departamento Estadual de Trânsito — Detran-RJ, com fulcro no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, visando reformar o acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Mandado de segurança. Exigência do pagamento do tributo (IPVA) para transferência do veículo que configura ato que extrapola do poder de polícia da Administração, eis que atenta contra o direito constitucional de propriedade e, ainda, que sua cobrança pode ser efetuada pela via da execução fiscal. Recurso provido. Sentença reformada. Segurança concedida aos impetrantes.”

Depreende-se dos autos que Hélio Ramiro Hargreaves Costa e outro impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato coator do Presidente do Departamento Estadual de Trânsito — Detran-RJ, objetivando fosse efetivada a vistoria em seu veículo e a conseqüente expedição do Certificado de Licenciamento, sem o pagamento do IPVA relativo aos exercícios de 1996, 1997 e 1998.

A ordem pleiteada foi denegada em primeiro grau, sendo a r.sentença reformada nos termos da ementa acima transcrita.

Na presente impugnação especial alega o recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido violou o disposto nos arts. 535 do CPC, 124, VIII, 128 e 131, § 2º da Lei n. 9.503/1997 — Código de Trânsito Brasileiro.

Resultando o juízo de admissibilidade positivo do recurso, na instância de origem, ascenderam os autos ao egrégio STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso, eis que atendidos os pressupostos de admissibilidade, restando configurado o prequestionamento dos dispositivos tidos por violados.

Dispõe o art. 131, § 2º, do CTB:

Art. 131. O Certificado de Licenciamento anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro, no modelo e especificações estabelecidos pelo Contran.

(...)

§ 2º O veículo somente será considerado licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.”

Na hipótese dos autos, o impetrante foi devidamente notificado. Assim, havendo prévia notificação da infração, não há como esquivar-se do pagamento das multas para obter o licenciamento, posto que o § 2º do art. 131 da Lei n. 9.503/1997 condiciona a renovação da licença de veículo ao pagamento de tributos, encargos e multas de trânsito a ele vinculados.

É de sabença que a licença é ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.

Maria Sylvia Zanella di Pietro assim pondera sobre o tema:

“(…) na licença, cabe à autoridade tão-somente verificar em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos” (in “Direito Administrativo”, 13ª ed., p. 212)

Por seu turno, o ato vinculado significa que o administrador público só pode exercer seus poderes com base em critérios previstos no sistema jurídico, não podendo ultrapassar os limites impostos pela lei, ao contrário do ato discricionário que admite critérios de oportunidade e conveniência a serem auferidos pelo administrador.

Celso Antônio Bandeira de Melo, ao tecer comentários sobre a diferença entre o ato vinculado e o discricionário, afirma que:

“Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face

de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos 'discricionários', pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela, mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar." ("Curso de Direito Administrativo", 12ª ed. p. 368)

Dessarte, encontrando-se pendente pagamento de tributo incidente sobre a propriedade de veículo automotor, é correta a recusa da autoridade administrativa em emitir o respectivo certificado de licenciamento.

Isto posto, *dou provimento* ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 672.910-SP (2004/0092716-8)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Município de São Paulo

Procuradores: Elaine Rodrigues e outros

Recorrida: Girassol Indústria e Comércio de Plástico Ltda

Advogados: Caesar Augustus F. S. Rocha da Silva e outro

EMENTA

Processual Civil e Tributário — Locatário — Taxa de limpeza pública, conservação de vias e logradouros e combate a sinistros — Ausência de legitimidade ativa **ad causam** para figurar na relação jurídico-tributária — Precedentes do STJ.

1. O locatário, por não ostentar a condição de contribuinte, não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança objetivando o não-recolhimento de IPTU e taxas. Precedentes do STJ.

2. Cediço na Corte que o locatário é parte ilegítima para impugnar o lançamento do IPTU, porquanto não se enquadra na sujeição passiva como contribuinte e nem como responsável tributário.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 14 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Presidente e Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de São Paulo com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que deu provimento à apelação da empresa ora recorrida, nos termos do art. 34 do Código Tributário Nacional, assentando o entendimento segundo o qual o locatário de imóvel urbano é parte legítima para impetração de mandado de segurança contra ato de lançamento do IPTU e taxas de limpeza, conservação e combate a sinistros, assim ementado:

“Mandado de segurança — Taxas — Cobranças — Limpeza, conservação de vias e logradouros — Inconstitucionalidade — *Extinção em virtude de acolhimento de arguição de ilegitimidade de parte do locatário para a impetração do **mandamus*** — Inadmissibilidade — Aplicação dos arts. 34 do CTN e 93 da Lei n. 6.989/1966 — Recurso provido.” (Destaques nossos)

Noticiam os autos que Girassol Indústria e Comércio de Plásticos Ltda, na qualidade de locatária de imóvel situado no Município de São Paulo, impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento de Rendas Imobili-

árias do Município de São Paulo, objetivando o reconhecimento de seu direito líquido e certo ao não-recolhimento do IPTU e taxas, sustentando, na oportunidade, que as referidas taxas não comporiam serviços divisíveis, ostentando base de cálculo inconstitucional, na medida em que extraídas dos padrões que norteiam o IPTU.

A sentença (fls. 130/134) extinguiu o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, cassando a liminar deferida, reconhecendo a ilegitimidade ativa **ad causam**, sob o fundamento de que o locatário “em nenhuma hipótese” poderia assumir a condição de contribuinte, pelo fato de que não se vê obrigado a proceder ao pagamento do tributo diante da legislação tributária.

Irresignada, apelou a impetrante, tendo o Tribunal **a quo** dado provimento ao recurso, para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa, determinando ao juízo de primeiro grau que aprecie o mandado de segurança.

Inconformado o Município interpôs o presente recurso especial, sustentando, em síntese, negativa de vigência aos arts. 34 e 123 do CTN por ter o Tribunal de origem reconhecido a legitimidade da locatária para figurar no polo ativo do mandado de segurança.

Foram apresentadas contra-razões pela inadmissão do recurso (fls. 239/249).

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, o recurso especial há que ser conhecido posto que prequestionados os dispositivos de lei tidos por violados.

O recorrente aduz negativa de vigência aos arts. 34 e 123 do CTN, sustentando a ilegitimidade ativa da locatária para impetrar mandado de segurança objetivando afastar a exigência de pagamento das taxas de limpeza e conservação e de combate a sinistro incidentes sobre o imóvel onde é locatária.

Com efeito, os referidos artigos dispõem, **in verbis**:

“Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.”

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

O acórdão recorrido do egrégio Tribunal **a quo** consignou que o locatário, sendo possuidor do bem a qualquer título, tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança, em defesa de seu direito líquido e certo, mormente quando assume a responsabilidade pelo pagamento de impostos e taxas que recaiam sobre o imóvel.

Esse entendimento está em discordância com a jurisprudência desta Corte que está sedimentada no sentido de que o locatário não faz parte da relação jurídico-tributária, não cabendo a ele figurar na relação nem como sujeito ativo, nem como sujeito passivo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“Agravamento interno — Tributário — *Locatário* — *IPTU* — Ausência de legitimidade ativa **ad causam** para figurar na relação jurídico-tributária.

Convém consignar, desde logo, que o presente recurso não merece prosperar, porquanto a sedimentada jurisprudência desta Corte Superior aponta no sentido de que o *locatário* é alheio à relação jurídico-tributária, de modo que não cabe a ele nela figurar, seja como sujeito ativo, seja como passivo.

Mesmo diante de comprovação de que efetivamente a *locatária* suportava as exações em comento, descabe qualquer oposição nesse sentido contra a Fazenda Estadual, uma vez que a defesa fundada em contrato particular não tem o condão de legitimar aquele que nem sequer figura na relação jurídico-tributária. Agravamento interno a que se nega provimento.” (*AgRg no Ag n. 508.796-RJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 30.06.2004*)

“Processual Civil. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Legitimidade de *locatário*. Cabimento. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC.

1. Os embargos de declaração destinam-se a aclarar eventual obscuridade, resolver eventual contradição (objetiva: intrínseca do julgado) ou suprir eventual omissão do julgado, consoante art. 535 do CPC, de modo que, incorrente qualquer das hipóteses que ensejam a oposição deles, a inconformidade da embargante ressoa como manifesta contrariedade à orientação jurídica que se adotou no acórdão, o que consubstancia evidente caráter infringente, a que não se presta a via ora eleita.

2. O *locatário*, por não deter a condição de contribuinte, não possui legitimidade ativa para propor ação objetivando o não-recolhimento de *IPTU* e taxas.

3. Recurso especial conhecido, em parte, provido.” (*REsp n. 604.109-RJ, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 28.06.2004*)

“Processual Civil. Tributário. IPTU. Locatário. Legitimidade.

1. O *locatário* não é parte legítima para figurar no pólo passivo em demandas acerca da cobrança do IPTU.

2. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso sem provimento.” (REsp n. 124.300-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 25.06.2001)

“Tributário. IPTU. Locatário. Ilegitimidade ativa **ad causam**, extinção do processo. CPC, art. 267, VI. Precedentes.

1. O *locatário* é parte ilegítima para litigar sobre questões relativas ao pagamento do IPTU, pois não se reveste da condição de contribuinte, nem de responsável tributário.

2. Recurso especial improvido, mantendo-se a extinção do processo sem julgamento do mérito.” (REsp n. 228.626-SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 03.04.2001)

Deveras, a orientação traçada pelas Turmas de direito público do STJ, a exemplo do que restou consignado no julgamento do Recurso Especial n. 40.240-SP da relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira, é no sentido de que *a posse tributária é a que exterioriza o domínio, não aquela exercida pelo locatário ou pelo comodatário.*

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 718.269-MA (2005/0014141-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Estado do Maranhão

Procuradores: Luciana Cardoso Maia e outros

Recorrida: Luzia Madeiro Neponucena

Advogados: Sidney Filho Nunes Rocha e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Inabilitação em exame psicotécnico, posteriormente considerado ilegítimo por sentença judicial. Ação de indenização. Prazo prescricional. Termo inicial.

Data do ato ou fato lesivo. Princípio da **actio nata**. Interrupção do prazo prescricional pelo ajuizamento de demanda questionando a ilicitude da conduta. Dano moral. Inviabilidade, no caso, de examinar o valor da condenação (Súmula n. 7-STJ).

1. Em nosso sistema, o prazo prescricional está submetido ao princípio da **actio nata**: seu termo inicial é a data a partir da qual a ação poderia ter sido proposta. É assim também em relação às dívidas da Fazenda Pública, cujas ações, segundo texto expresso de lei, “prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem” (art. 1º do Decreto n. 20.910/1932).

2. No caso, a lesão ao direito, que fez nascer a pretensão à indenização, decorreu do ato que eliminou o candidato do concurso, razão pela qual o prazo da prescrição teve início na data da cientificação do ato lesivo.

3. Todavia, a propositura de demanda (mandado de segurança) para ver reconhecida a ilegitimidade do exame psicotécnico (e, portanto, da ilicitude da conduta do agente, que é pressuposto da responsabilidade civil, ainda que objetiva), constituiu causa interruptiva do prazo prescricional para a ação indenizatória, nos termos do art. 172, II, do CC/1916 (art. 202, I, do CC/2002) e do art. 219 do CPC.

4. Dano moral: inviabilidade, em recurso especial, de exame a respeito da adequação do valor indenizatório fixado, salvo quando verificada sua evidente desproporcionalidade. Aplicação da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Maranhão que, em ação objetivando a condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão de eliminação ilegal da demandante de concurso público, deu provimento à apelação, reformando a sentença que reconheceu a prescrição, em aresto assim ementado:

“Apelação cível. Concurso público. Inabilitação em exame psicotécnico. Reconhecimento judicial da ilegalidade da exigência. Início da contagem do prazo prescricional a partir do reconhecimento do direito da candidata à nomeação. Danos morais e materiais suficientemente comprovados. Recurso provido.

I - O prazo prescricional somente inicia-se com o reconhecimento do direito material a ser tutelado, portanto, somente com a declaração judicial de ilegalidade do exame psicotécnico é que começa a fluir o prazo prescricional para a propositura de eventual ação de indenização.

II - Uma vez afastada a prescrição, deve o órgão **ad quem** analisar todas as questões suscitadas no processo e rediscutidas na fase recursal, ainda que não tenham sido apreciadas na sentença por completo, de modo a satisfazer plenamente a prestação jurisdicional invocada.

III - A eliminação de candidato de concurso público por inabilitação em exame psicotécnico, posteriormente considerada ilegal, além de ocasionar diminuição no patrimônio do mesmo, causa-lhe, também, prejuízos de ordem moral, face ao constrangimento e frustração sofridos por ser considerado psicologicamente inapto para o exercício do cargo de promotor de justiça.

IV - Apelo provido” (fl. 545).

No recurso especial (fls. 590/599), alega-se violação aos arts. 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916 e 1º do Decreto n. 20.910/1932, ao argumento de que (a) o termo inicial da prescrição da pretensão contida nas ações propostas contra a Fazenda Pública é a data do ato ou do fato que as originam; (b) no caso, o direito da demandante foi violado quando foram convocados os candidatos aprovados no concurso subsequente àquele em que ocorreu sua reprovação, pois nesse momento ocorreu a preterição da ordem de nomeação; (c) dentro desses parâmetros, a ação foi proposta quando já prescrita a pretensão da ora agravada; (d) a jurisprudência do STJ é no sentido de que o dano moral deve ser estimado com parcimônia, evitando-se o enriquecimento indevido do lesado; (e) a indenização do dano moral revela-se elevada, pois a forte probabilidade de reprovação em concursos públicos

como o prestado pela ora agravada indica que a eliminação é fator relativamente previsível, de modo que a ocorrência de tal fato não acarreta dano psicológico de grandes proporções; (f) o constrangimento advindo da nomeação extemporânea para o cargo de promotor de justiça foi mitigado pela aprovação da ora agravada nos concursos seguintes para a carreira do Ministério Público e da magistratura.

Nas contra-razões, o recorrido afirma que (a) não está configurada a prescrição; (b) a apreciação do valor arbitrado a título de dano moral ensejaria o reexame do conjunto probatório dos autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em nosso sistema, o prazo prescricional está submetido ao princípio da **actio nata**, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (**Pontes de Miranda**, “Tratado de Direito Privado”, Bookseller Editora, 2000, p. 332), nascimento que, por sua vez, se dá com a violação do direito. O princípio foi consagrado, expressamente, no art. 177 do Código Civil de 1916, que fixou a seguinte regra geral:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.

O mesmo princípio está reproduzido, com ênfase, no art. 189 do novo Código Civil:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Relativamente às ações contra a Fazenda Pública, o princípio é o mesmo, conforme se pode verificar do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que regula a matéria:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

No caso, a lesão ao direito ocorreu com a eliminação da autora do concurso público para o cargo de Promotor de Justiça, em julho de 1990, do que veio ela a ser cientificada no dia 11 daquele mês. É esse o fato lesivo, com base no qual está sendo promovida a demanda indenizatória, conforme se pode verificar da própria petição inicial, onde se lê:

“Dessa forma, o ato ilícito do réu, em impedir a temporânea nomeação da autora para o cargo de promotora de justiça substituta, mediante a sua regular aprovação no concurso público respectivo, obriga-lhe a reparar o dano causado (...)” (fl. 25).

“Sem sombra de dúvida, o comportamento do réu em vedar o ingresso da autora no Ministério Público, mediante uma exigência evidentemente ilegal, mostrou-se ilícito, **contra jus**. (...) Destarte, não se pode negar que essa conduta abusiva causou lesão à autora, atingindo seu patrimônio e ferindo-lhes aspectos objetivos de sua esfera jurídica de direitos e interesses, mormente a honorabilidade e o nome profissional, forçando-a a experimentar toda a sorte de constrangimentos e frustrações. O comportamento abusivo do réu, pois, gerou para ele o dever de indenizar a autora, também sob o aspecto moral. A autora sofreu a humilhação de ver-se impedida de ingressar nos quadros do Ministério Público mesmo estando legitimamente habilitada a tanto” (fls. 28/29).

“Ademais, inegável também é o dano causado à autora pelas circunstâncias que cercaram os fatos narrados. Como declinado, a autora foi ‘eliminada’ em exame psicotécnico, que precedeu todas as demais fases do certame, neste só tendo prosseguido mediante liminar concedida em mandado de segurança na qual habilitou-se como litisconsorte ativa (doc. 20). Ora, é lógico que a ciência, por parte da autora, de sua reprovação em exame dessa natureza ocasionou-lhe profundos dissabores e tristezas. E o que dizer então da imagem da autora ante os demais concorrentes e colegas de profissão? Daquele momento em diante, todos passariam a duvidar de suas aptidões psicológicas para o exercício de um cargo público!” (fl. 29).

2. Todavia, é fato inconteste que, cientificada do ato lesivo, a autora litisconsorciou-se a outros candidatos em idêntica situação, promovendo mandado de segurança para ver reconhecida a ilegitimidade do exame psicotécnico, demanda essa que, sendo procedente (como acabou sendo), atestaria a ilicitude do ato que a desclassificou do certame. Em outras palavras: a candidata excluída do concurso não ficou inerte: foi ao Judiciário para ver reconhecida a ilicitude da conduta do Estado. Ora, pendente ação judicial, fica interrompido o prazo de prescrição, como estabelecem o art. 172, I, do Código Civil de 1916 (reproduzido pelo art. 202, I, do Código de 2002) e o art. 219 do CPC, aplicáveis ao mandado de segurança, interrupção essa que deve ser entendida, não apenas em relação ao específico pedido formulado naquela demanda, mas também a outros mais que dele dependam, como é o caso. Com efeito, a ilicitude da conduta (que não se confunde com culpa), objeto da ação mandamental, é um dos pressupostos necessários da responsabilida-

de civil, mesmo da objetiva (**Sérgio Cavaliéri Filho**, “Programa de Responsabilidade Civil”, 5ª ed., Malheiros, p. 143). Como a causa interruptiva persistiu até o trânsito em julgado da decisão final de procedência da demanda, em 1997 e tendo sido proposta a presente ação indenizatória em 2001, não houve prescrição.

3. No que tange à indenização por danos morais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de somente admitir a revisão do arbitramento nas hipóteses de fixação em montante exorbitante ou irrisório. Quando o valor fixado estiver adequado a parâmetros de razoabilidade, torna-se inviável a alteração em recurso especial, por demandar, necessariamente, o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, incidindo a vedação estabelecida pela Súmula n. 7-STJ. Foi esse o entendimento adotado, entre outros, nos seguintes julgados: AgRg no Ag n. 261.760-RS, Quarta Turma, Ministro Barros Monteiro, DJ 17.06.2002; REsp n. 453.703-MT, Quarta Turma, Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 1ª.12.2003; REsp n. 480.693-RS, Terceira Turma, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 28.10.2003; AgRg no Ag n. 422.779-MG, Terceira Turma, Ministro Castro Filho, DJ 07.10.2002. No caso, a condenação ao pagamento de R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais) não se mostra exorbitante. Nesse ponto, o recurso não pode ser conhecido.

4. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 720.953-SC (2005/0015246-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Vera Lúcia Bicca Andujar e outros

Recorridos: Angela Tenfen e outros

Advogados: Fernando Gouvêa e outros

EMENTA

Processo Civil. Sentença inconstitucional. Embargos à execução. Exegese e alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC. Inaplicabilidade às sentenças sobre correção monetária do FGTS.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia

da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

2. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme à Constituição (2ª parte).

3. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, **v.g.**, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

5. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas **lato sensu**, às quais têm aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.

6. Á luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE n. 226.855-7, Ministro Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF

não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme à Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais — a antiga ou a nova — deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

7. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 28 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 22.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial contra acórdão que, em execução de sentença sobre diferenças de correção monetária do FGTS, assim decidiu:

“I - Da inexigibilidade parcial do título

O art. 741, parágrafo único, do CPC, acrescentado pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001, não possui força retroativa para fulminar a eficácia de coisa julgada anterior à sua entrada em vigor, pois ‘o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva’ (Precedente do STF — ADIn n. 493-0-DF). É o que ocorre no caso dos autos, pois o trânsito em julgado da decisão exequenda deu-se em momento anterior ao da entrada em vigor do dispositivo referido.

Além do mais, não merece prosperar a intenção da CEF de aplicar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 226.855-RS, de 31.08.2000 ao caso em questão, porque, como é sabido, não houve produção de efeitos **erga omnes** e sim, tão-somente, entre as partes. É de considerar-se, também, que os embargos não podem servir como ação rescisória, por ser vedada a rediscussão, em sede de execução, de matéria já decidida no processo principal, sob pena de ofensa à garantia constitucional da coisa julgada.

Assim, não há como acolher a interpretação que busca emprestar a CEF ao parágrafo único do art. 741 do CPC, mesmo porque o dispositivo legal em discussão entrou em vigor quando já proferida a decisão exequenda, razão pela qual não há que se falar em sua incidência à espécie, em respeito ao princípio da segurança jurídica, onde a solução dos litígios, já acobertada pelo manto da coisa julgada, não pode ficar à espera, sempre, do posicionamento da excelsa Corte” (fls. 370/371).

O recurso especial apresentado pela CEF (fls. 374/378) vem fundado na alínea **a** do permissivo constitucional. Alega-se violação do parágrafo único do art. 741 do CPC, cuja redação foi dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ao fundamento de que (a) não se pode afastar a sua aplicabilidade ao caso “eis que a regra sob enfoque é de natureza processual, de aplicação imediata, alcançando todos os processos em curso, ainda que em sede de recurso extraordinário” (fl. 376); (b) a coisa julgada não tem caráter absoluto, eterno ou intocável, mas sim relativo, podendo, inclusive, ser objeto de impugnação por meio de ação rescisória; (c) dispondo a CEF do direito de ajuizar ação rescisória para adequar título judicial ao entendimento firmado pelo STF, a utilização de embargos do devedor, fundados na inexigibilidade do título executivo judicial, atenderia ao princípio da economia processual, evitando maiores delongas na entrega da correta prestação jurisdicional; (d) não se pode considerar inconstitucional a MP n. 2.180-35/2001, eis que a mesma foi editada anteriormente à edição da EC n. 32/2001, que proibiu a edição de medidas provisórias em matéria processual.

Em contra-razões, os recorridos propugnam pela manutenção do julgado, sob os seguintes fundamentos: (a) não se pode aplicar o disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC às sentenças proferidas antes do início da vigência da MP n. 2.180-35/2001; (b) nos termos do art. 610 do CPC, é defeso rediscutir em embargos à execução matéria já decididas no processo de conhecimento; (c) a lei que rege a ação rescisória é a lei vigente no dia do trânsito em julgado da sentença rescindenda, devendo ser aplicada essa mesma regra nos embargos à execução fundados em hipótese de inexigibilidade do título; (d) a decisão proferida pelo STF no julgamen-

to do RE n. 226.855-7-RS ocorreu em controle difuso, razão pela qual não tem efeitos **erga omnes** e vinculante que autorizem desconstituir decisões contrárias.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Impõe-se, para a solução do caso, investigar o sentido e o alcance do disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, que assim dispõe: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexecutável o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”.

Há polêmica a respeito dele na doutrina e na jurisprudência. Por um lado, há os que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada (v.g.: **Nelson Nery Júnior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, “Código de Processo Civil Comentado”, 8ª ed., SP, RT, 2004, p. 1.156; **Dalton Luiz Dallazem**, Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, Revista Dialética de Direito Processual — RDDP, 14:21). É posicionamento que tem como pressuposto lógico — expresso ou implícito — a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado. Eis, sumariadas, as razões de **Humberto Theodoro Jr.**, defensor dessa corrente:

“A inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito **erga omnes** na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do Judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis

com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja a sentença dispendo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a **res judicata**, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado” (“A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional”, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 89, jan.-jun. 2004, Belo Horizonte (MG), pp. 94/95).

Também essa corrente merece críticas. Ela confere aos embargos à execução uma eficácia rescisória muito maior que a prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, eficácia essa que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio, portanto, não nesse dispositivo infraconstitucional, mas diretamente na Constituição. Ademais, a se admitir a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria eliminado, de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, o princípio da coisa julgada, que também tem assento na Constituição. Além desse princípio, comprometer-se-ia um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, eis que se daria oportunidade à permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores). Em suma, propiciar-se-ia, em matéria constitucional, a perene instabilidade do julgado, dando razão à precisa crítica de **Barbosa Moreira**:

“Suponhamos que um juiz convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio enten-

dimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda?” (“Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material, Revista Dialética de Direito Processual — RDDP, n. 22, pp. 108/109).

2. **In medio virtus.** Entre as duas citadas correntes (que, com suas posições extremadas, acabam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, o da supremacia da Constituição ou o da coisa julgada) estão os doutrinadores que, reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo, buscam dar-lhe o alcance compatível com o seu enunciado. Mesmo entre esses, todavia, há divergências. Há quem sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que (a) houver precedente do STF; (b) em controle concentrado de constitucionalidade; (c) declarando (ainda que sem redução de texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda (nesse sentido, **v.g., Araken de Assis**, “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, Revista Dialética de Direito Processual — RDDP 4:9-27). E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abarcando não apenas as situações referidas, mas também (a) quando a sentença exequenda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado (CF, art. 52, X); e também (b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF em controle concentrado (nesse sentido, **v.g.: Eduardo Talamini**, “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único)”, RePro 106:38-83). Ambas as correntes — e nisso merecem crítica — embasam suas conclusões apenas em função da eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionalidade, só admitindo o cabimento de embargos rescisórios nos casos em que o precedente do STF tenha eficácia **erga omnes**, direta (em ações de controle concentrado) ou indireta (por via de resolução do Senado).

3. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de dispositivo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força rescisória também aos embargos à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso.

Para estabelecer, mediante exegese específica, o conteúdo e o alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC, duas premissas essenciais devem ser consideradas:

(a) a de que ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade; e (b) a de que esse vício específico tem como nota característica a de ter sido reconhecido em precedente do STF.

4. Realmente, o novo instrumento rescisório não tem a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à Constituição em variadas situações, que vão além das que resultam do controle da constitucionalidade das normas. A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica norma constitucional considerada não auto-aplicável, ou (d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.

A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Trata-se de solução para situações especiais, e, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade não especificados naquele dispositivo. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da “relativização da coisa julgada”, com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns admitindo a “relativização” (v.g.: **José Augusto Delgado**, “Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais”, in “Coisa Julgada Inconstitucional” — Coord. **Carlos Valder do Nascimento**, RJ, América Jurídica, 2002; **Humberto Theodoro Jr.** e **Juliana Cordeiro de Faria**, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in “Coisa Julgada Inconstitucional” — Coord. **Carlos Valder do Nascimento**, cit., p. 83; **Cândido Dinamarco**, “A nova era do Processo Civil”, Malheiros, 2003, pp. 220/266; **Tereza Arruda Alvim Wambier** e **José Miguel Garcia Medina**, “O Dogma da Coisa Julgada — Hipóteses de relativização”, RT, 2003), e outros negando-a peremptoriamente (v.g.: **Ovídio A. Batista da Silva**, “Coisa julgada relativa?”, RDDP 13:102-112; **José Carlos Barbosa Moreira**, “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, Revista Dialética de Direito Processual — RDDP, n. 22, pp. 91/111; **Luiz Guilherme Marinoni**, “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da

relativização da coisa julgada material)”, *Gênese* — Revista de Direito Processual Civil 31: 142-162). Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descarta a adoção, para tanto, do procedimento do art. 741, parágrafo único, do CPC, mesmo que a hipótese extrapole dos limites nele estabelecido. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado — por imposição do princípio da instrumentalidade — o que melhor atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destina o referido mecanismo.

A força rescisória dos embargos à execução restringe-se, conforme expressa o texto normativo, a “(...) título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”. São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização desse novo mecanismo de rescisão: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei à situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional.

Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, parcial ou integral. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme à Constituição.

A “redução de texto” é o efeito natural mais comum da afirmação inconstitucionalidade da norma em sistemas, como o nosso, em que tal vício importa nulidade: se o preceito inconstitucional é nulo, impõe-se seja extirpado do ordenamento jurídico, o que leva à conseqüente “redução” do direito positivo.

Há situações, todavia, em que a pura e simples redução de texto não se mostra adequada ao princípio da preservação da Constituição e da sua força normativa. A técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada justamente em situações dessa natureza, em que a norma é válida (= constitucional) quando aplicada a certas situações, mas inválida (= inconstitucional) quando aplicada a outras. O reconhecimento dessa dupla face do enunciado normativo impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade parcial (= aplicação a certas situações) se dê sem a eliminação (= redução) do preceito normativo, a

fim de que fique preservada a aplicação da parte (= às situações) tida por constitucional.

É assim também a técnica de interpretação conforme à Constituição, que consiste em “declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição” (**Gilmar Ferreira Mendes**, “Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha”, 4ª ed., SP, Saraiva, p. 317). Trata-se de instituto hermenêutico “visando à otimização dos textos jurídicos, mediante agregação de sentidos, portanto, produção de sentido” (**Lênio Luiz Streck**, “Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito”, 2ª ed., RJ, Forense, 2004, p. 580), e que tem como função preservar a constitucionalidade da interpretação “quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição” (**J. J. Gomes Canotilho**, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 2ª ed., Almedina, p. 1.099). Também nessa técnica ocorre, em maior ou menor medida, declaração de inconstitucionalidade: ao afirmar que a norma somente é constitucional quando interpretada em determinado sentido, o que se diz, implícita mas necessariamente, é que a norma é inconstitucional quando interpretada em sentido diverso. Não fosse para reconhecer a existência e desde logo repelir interpretações inconstitucionais, não haveria necessidade de utilização dessa técnica. Bastaria que se declarasse, simplesmente, a constitucionalidade da norma, julgando improcedente (e não, como faz o STF, procedente em parte) a ação direta de inconstitucionalidade (sobre o tema, que não é pacífico na doutrina, ver: **Amaral Júnior, José Levi Mello do**. “Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade”, SP, RT, 2002, pp. 101/103). Aliás, isso fica mais claro quando se tem em conta que a norma nada mais é, afinal, do que o produto da interpretação. “A interpretação”, escreveu **Eros Grau**, “é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. (...) Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)” (**Eros Roberto Grau**. “Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito”, 2ª ed., SP, Malheiros, 2003, p. 78). E observa, mais adiante: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser — a interpretação — uma atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em

normas. Observa **Celso Antônio Bandeira de Mello** (...) que ‘(...) é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação. De resto, **Kelsen** já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete, (...)’. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. (...) As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando — através e mediante a interpretação — são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem — elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem (...)” (**op. cit.**, p. 80). À luz dessas considerações é que se tem como certo que a interpretação conforme a Constituição é também uma técnica de declaração de inconstitucionalidade: ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação o que se faz é (a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (= a que é produzida por interpretação segundo a Constituição) e, ao mesmo tempo e como consequência, (b) declarar a inconstitucionalidade de outra, ou de outras normas (= a que é produzida por interpretação diversa).

O que se busca evidenciar, em suma, é que as três hipóteses figuradas no art. 741, parágrafo único, do CPC, supõem a aplicação de norma inconstitucional: ou na sua integralidade, ou para a situação em que foi aplicada, ou com o sentido adotado em sua aplicação.

5. Por outro lado, a segunda característica qualificadora da inconstitucionalidade que dá ensejo à aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, é a de que ela tenha sido reconhecida pelo STF. Já se disse que o novo mecanismo de rescisão visa solucionar, nos limites que estabelece, situações concretas de conflito entre o princípio da supremacia da Constituição e o da estabilidade das sentenças judiciais. E o fez mediante inserção, como elemento moderador do conflito, de um terceiro princípio: o da autoridade do Supremo Tribunal Federal. Assim, alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas à rescisão por via de embargos, dispensada a ação rescisória própria. A existência de precedente do STF representa, portanto, o diferencial indispensável a essa

peculiar forma de rescisão do julgado. Tem razão **Eduardo Talamini**, no particular, quando observa que o parágrafo do art. 741 contém, também na sua segunda parte, um enunciado implícito da existência de anterior pronunciamento do STF, devendo ser entendido, conseqüentemente, do seguinte modo: “...título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas, *por aquela mesma Corte*, como incompatíveis com a Constituição Federal” (**op. cit.**, p. 57).

Aliás, a inserção desse elemento diferenciador não é novidade em nosso sistema. Ela representa mais uma das várias hipóteses de valorização dos precedentes já consagradas no direito positivo, acompanhando uma tendência evolutiva nesse sentido percebida e anotada pela doutrina (**v.g., José Rogério Cruz e Tucci**, “Precedente judicial como fonte do direito”, SP, RT, 2004, p. 282). Também na ação rescisória em matéria constitucional o princípio da supremacia da Constituição, aliado ao da existência de precedente do STF, constituem um referencial significativo, conforme reconheceu o STJ em várias oportunidades como, **v.g.**, em precedente em que se destacou:

“Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que ‘violou literal disposição de lei’, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. (...) Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). (...) Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula n. 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. (...) A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. (...) Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula n. 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é con-

trária a pronúncia do STF” (REsp n. 479.909, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 23.08.2004).

Pouco importa, para os fins previstos no art. 741, parágrafo único, do CPC, a época em que o precedente do STF foi adotado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, distinção que a lei não estabelece. A tese de que somente se poderia considerar, para esse efeito, os precedentes supervenientes à sentença exequenda, não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade.

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo e, ademais, nem é cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme à Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, essas também com natural vocação expansiva, conforme tivemos oportunidade de mostrar em sede doutrinária (**Teori Albino Zavascki**, “Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, SP, RT, 2001, p. 25). A recomendação de nossa doutrina clássica — de que a eficácia **erga omnes** das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerado “efeito natural da sentença” (**Lúcio Bittencourt**, “O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis”, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 143; **Castro Nunes, José**. “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 592) —, está ganhando campo no plano legislativo e jurisprudencial. Relativamente à ação rescisória em matéria constitucional, conforme já se referiu, os precedentes do STF atuam com idêntica força, pouco importando a natureza do processo do qual emanam. É assim também para os fins do art. 481, parágrafo único, do CPC, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.

Deve-se aplaudir a aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (**Sotelo, José Luiz Vasquez**. “A jurisprudência vinculante na *common law* e na *civil law*”, in “Temas Atuais de Direito Processual Ibero-America-

no”, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374) e que, entre nós, está conduzindo, no plano do direito infraconstitucional, ao reconhecimento da idêntica força de autoridade às decisões do STF, em qualquer das circunstâncias processuais em que são proferidas. Não é por outra razão, aliás, que vozes importantes se levantam para sustentar o simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988” (“O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165).

6. Quanto à questão do direito intertemporal, está assentada a inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência. Com efeito, o parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001. Sendo norma de natureza processual tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Todavia, não pode ser aplicada retroativamente. Como todas as normas infraconstitucionais, também ela está sujeita à cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. Há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada, e que não previa a modalidade de sua rescisão por via de embargos. É nesse sentido a jurisprudência do STJ, como se pode ver, **v.g.**, dos seguintes precedentes: REsp n. 667.362-SC, Primeira Turma, Ministro José Delgado, julgamento em 15.02.2005; REsp n. 651.429-RS, Quinta Turma, Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 18.10.2004; REsp n. 718.432, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

7. Também está reconhecida a aplicação subsidiária do dispositivo às ações executivas **lato sensu**. Os embargos constituem instrumento processual típico de oposição à ação de execução. É o que estabelece o art. 736 do CPC: “Art. 736. O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal”. Portanto, não cabem embargos de devedor se não houver ação autônoma de execução, na forma disciplinada no Livro II do Código de Processo. Ocorre que, no atual regime processual, em se tratando de

obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são, segundo a linguagem da doutrina, “executivas **lato sensu**”, a significar que o seu cumprimento se operacionaliza como simples fase do próprio processo cognitivo original. Dispõe, com efeito, o art. 644 do CPC, na redação dada pela Lei n. 10.444/2002, que “a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”. E o art. 461, por sua vez, estabelece que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, providências essas que serão cumpridas desde logo, independentemente da propositura de ação de execução. Para tanto, pode o juiz “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º) e, ainda, “... determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (§ 5º). Esse mesmo regime é aplicável às obrigações de entregar coisa, a teor do que prevê o art. 461A do Código.

Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender, nesses casos. Com efeito, não se pode descartar que, na prática de atividades executivas de sentença relativas a obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, haja excessos ou impropriedades ou outras das hipóteses elencadas no art. 741 do CPC. Se não se assegurasse ao demandado o direito de se opor a tais medidas, estar-se-ia operando ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, IV). Ao contrário de negar o direito de se defender, o atual sistema o facilita. É que, inexistindo ação autônoma de execução, a defesa do devedor pode ser promovida e operacionalizada como mero incidente do processo, dispensada a propositura da ação de embargos. Bastará, para tanto, simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva. Terá o devedor, ademais, a faculdade de utilizar as vias recursais ordinárias, notadamente a do agravo, quando for o caso.

Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para os embargos à execução fundada em título judicial, de que trata o já referido art. 741 do CPC, aí incluída a hipótese de inexigibilidade do título, prevista no parágrafo único. É inevitável e imperioso, no particular, que, nos termos do art.

644 do CPC, haja aplicação subsidiária desse dispositivo às ações executivas **lato sensu** (nesse sentido: REsp n. 738.424, Primeira Turma, julgado em 19.05.2005, Relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki).

8. Em suma, a eficácia rescisória dos embargos à execução, prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, está submetida aos seguintes pressupostos: a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma integralmente inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do dispositivo); e (b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme à Constituição (2ª parte). Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, **v.g.**, quando o título executivo: a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicou preceito da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixou de aplicar preceito da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC, as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas **lato sensu**, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.

9. À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE n. 226.855-7, Ministro Moreira Alves, RTJ 174:916-1.006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme à Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais — a antiga ou a nova — deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a delibera-

ção tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

10. Pelas considerações expostas, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 758.266-MG (2005/0095634-3)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrentes: Malacco Amarante Comércio Exterior Ltda e outros

Advogados: Ana Isabel Campos Portugal e outros

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Carlos José da Rocha e outros

EMENTA

Execução fiscal. Embargos à execução. Garantia do juízo. Penhora insuficiente.

1. Efetivada a penhora por oficial de justiça e dela sendo intimado o devedor, atendido estará o requisito de garantia para a oposição de embargos à execução. A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar “em qualquer fase do processo” (Lei n. 6.830/1980, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos embargos. Precedentes: AgRg no Ag n. 602.004-RS, Primeira Turma, Ministra Denise Arruda, DJ 07.03.2005 e AgRg no Ag n. 635.829-PR, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 18.04.2005.

2. Cumpre considerar que os embargos à execução, visando ao reconhecimento da ilegitimidade do débito fiscal em execução, têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, a insuficiência ou mesmo a inexistência de garantia não acarreta necessariamente a extinção do processo. Interpretação sistemática e teleológica do CPC, permite o entendimento de que a rejeição dos embargos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse en-

tendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 04 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 22.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

Apelação. Embargos à execução. Realizada a penhora em pequena fração do valor exequendo, não há como se admitir esteja garantido o juízo. Assim, de ofício, extinguem-se os embargos.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fl. 127).

No recurso especial (fls. 146/152), as recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 16, III, § 1º, da Lei n. 6.830/1980 e 737, I, do CPC, alegando, em síntese, que (a) para a oposição dos embargos de devedor, a lei não exige que a penhora seja do montante integral do crédito tributário executado, não cabendo ao julgador fazê-lo (fl. 149), (b) restou **ultra petita** o julgamento realizado pelo Tribunal **a quo** e (c) ocorreu transgressão ao princípio da vedação da **reformatio in pejus**.

Em contra-razões (fls. 178/184), alega-se que os acórdãos paradigmas não abrangem especificidades do acórdão atacado. No mais, pugna pela integral manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Quanto ao dissídio jurisprudencial, respeitadas estão as exigências dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. Assim, não merecem prosperar os argumentos do recorrido no ponto.

2. A jurisprudência da Primeira Seção admite o ajuizamento dos embargos do devedor mesmo diante de penhora insuficiente. Nesse sentido:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Execução fiscal. Garantia do juízo. Penhora insuficiente. Admissibilidade dos embargos à execução. Reforço que poderá ser deferido em qualquer fase do processo.

1. Conforme se observa do acórdão recorrido, a lide diz respeito à admissibilidade de embargos à execução opostos sem que tenha sido integralmente garantida a execução. Assim, ao contrário do sustentado pela Fazenda Nacional, não se trata de ausência de penhora.

2. É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal no sentido de que a garantia parcial da execução não pode obstar a admissibilidade dos embargos de devedor, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

3. ‘A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar ‘em qualquer fase do processo’ (Lei n. 6.830/1980, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos embargos’. (AGRg n. 585.298-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 1ª.07.2004).

4. Agravo improvido.” (AgRg no Ag n. 602.004-RS, Primeira Turma, Ministra Denise Arruda, DJ 07.03.2005)

“Tributário. Penhora insuficiente. Embargos à execução fiscal. Processamento. Súmula n. 83-STJ.

1. Jurisprudência remansosa desta Corte no sentido de que a insuficiência de penhora não é causa suficiente para determinar a extinção dos embargos à execução.

2. Súmula n. 83-STJ: ‘Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’.

3. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag n. 635.829-PR, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 18.04.2005).

A decisão de simplesmente extinguir o processo sem julgar-lhe o mérito representa, nas circunstância, uma solução que não atenta para a real natureza dos embargos. Discorrendo, em sede doutrinária, sobre o disposto no § 1º do art. 585 do CPC, observamos o seguinte:

“Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução, o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação. O meio típico de que dispõe para isso é a ação de embargos de devedor (CPC, art. 736), que, proposta na devida oportunidade (art. 738) e, se for o caso, com garantia do juízo (CPC, art. 737), tem eficácia especial de suspender os atos executivos até seu julgamento (CPC, art. 739, § 1^o). Todavia, referido prazo não é decadencial, a não ser no que se refere ao direito de suspender a execução. Assim não tendo sido proposta a ação de embargos ou tendo o respectivo processo sido extinto sem julgamento do mérito, nada impede que o devedor intente outra ação cognitiva com aquele mesmo propósito, embora sem a eficácia de suspender a ação executiva, cujos atos podem ser paralelamente praticados. Não tem sentido, por exemplo, que se iniba o acesso ao Judiciário do executado que, tendo interesse em desconstituir o título executivo, não dispõe de bens para oferecer em penhora e assim ajuizar embargos suspensivos. Seu direito de ação, nesse caso, poderá ser exercido independentemente de garantia do juízo, pelo rito comum, sendo que o efeito suspensivo da execução, nas circunstâncias, opera-se por outra causa: pela falta de bens penhoráveis (CPC, art. 791, III).

Os embargos do devedor têm natureza de ação de conhecimento, razão pela qual não podem reproduzir o pedido ou a causa de pedir de outra ação cognitiva eventualmente já proposta. Isso configuraria litispendência. A solução, nestas circunstâncias, é a de dar à ação anterior o tratamento que se daria à ação de embargos, inclusive com suspensão da execução, o que somente poderá ser negado se o devedor não promover a garantia do juízo, com o depósito ou a penhora, nos casos em que a lei assim o exigir” (“Comentários ao Código de Processo Civil” — volume 8, 2^a ed., SP, RT, 2003, pp. 227/228).

Bem se vê, à luz desse entendimento, que os embargos à execução, propostos com o objetivo de ver declarada a ilegitimidade do débito fiscal em execução, têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Justamente por isso, não teria sentido extingui-lo, sem exame de mérito, por insuficiência de garantia. Uma visão sistemática e teleológica do CPC certamente permite o entendimento de que, mesmo sem garantia alguma, os embargos podem ser recebidos e processados como ação cognitiva autônoma, ainda que sem suspender a execução. Esse entendimento estaria compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evitaria a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior, só mudando o nome (de embargos para anulatória).

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que aprecie a apelação dos ora agravantes.

É o voto.
