

Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 404.715 — SP (2001/0096828-9)**

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Agravante: Recreio Vale Verde Empreendimentos Imobiliários Ltda

Advogado: Walter Gomes Franca

Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo

Procuradores: Geraldo Horikawa e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Arts. 165, 458 e 535 do CPC. Ausência de violação. Desapropriação indireta. Restrições administrativas. Leis ns. 898/1975 e 1.172/1976. Parque Represa Billings. Inexistência de direito à indenização.

1. Afasta-se a negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão recorrido examinou e decidiu fundamentadamente os pontos suscitados pela parte recorrente.

2. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes das Leis ns. 898/1975 e 1.172/1976, editadas pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.

3. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido, sabidamente, imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas por leis estaduais.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e negar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr.

Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente justificadamente o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 03.11.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto por Recreio Vale Verde Empreendimentos Imobiliários Ltda contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento com base nos fundamentos a seguir aduzidos: i) o Tribunal **a quo** examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas; ii) incidência da Súmula n. 07-STJ; iii) ausência de similitude fática entre o acórdão proferido pelo Tribunal de origem e os acórdãos paradigmas.

Em suas razões, a agravante insiste na tese de violação dos arts. 535, incisos I e II; 165 e 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil, tendo em vista a ausência de fundamentação legal do acórdão recorrido.

Em adição, aduz que a errônea valoração das provas carreadas aos autos não respeitou o direito de propriedade (art. 524 do Código Civil de 1916) e afrontou o art. 159 do Código Civil de 1916.

Alega que não se busca o revolvimento de provas, mas sim a correta qualificação jurídica das provas, pois “claro ficou que a aquisição foi posterior sim, às restrições, contudo o que se está pretendendo ver decidido por Vossas Excelências é se tal fato, impede o direito da agravante de receber indenização por conta das restrições criadas à propriedade”.

Colacionando julgados desta Corte, sustenta a existência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas, ao tempo em que defende “o direito de o adquirente obter a devida indenização em razão das restrições à propriedade, ainda que a aquisição tenha ocorrido depois da criação das restrições, o que se concede em razão de este se sub-rogar nos mesmos direitos que possuía o antigo proprietário”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Recreio Vale Verde Empreendimentos Imobiliários Ltda ajuizou, em 04 de maio de 1995, ação objetivando indenização em virtude de restrição administrativa imposta pelas Leis Estaduais ns. 898/1975 e 1.172/1976, em área de sua propriedade, localizada no Parque Represa Billings, adquirida em 08.01.1987, que tornaram a região de proteção de mananciais.

O r. Juízo de primeiro grau condenou a Fazenda do Estado de São Paulo a pagar a importância de R\$ 5.643.696,00 (cinco milhões, seiscentos e quarenta e três mil e seiscentos e noventa e seis mil reais) a título de indenização pela perda da área.

Irresignada, a ora agravada interpôs recurso de apelação o qual restou provido para reconhecer a inexistência do direito à indenização, uma vez que a aquisição da propriedade ocorreu após as restrições administrativas impostas por legislação estadual.

Subseqüentemente, foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados.

Em 02.08.2004, neguei provimento ao agravo de instrumento com base na Súmula n. 07-STJ e na ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e paradigmas.

No presente recurso, a agravante insiste na tese de violação dos dispositivos da lei adjetiva e no direito à indenização em face da desapropriação indireta existente.

A irrisignação não merece prosperar.

Inicialmente, entendo que a violação dos arts. 535, incisos I e II; 165 e 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil não restou configurada, uma vez que o Tribunal **a quo** examinou e decidiu fundamentadamente os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, portanto, por que se cogitar de negativa da prestação jurisdicional.

As Leis ns. 898/1975 e 1.172/1976 criaram restrições às propriedades particulares consideradas como área de proteção. Com efeito, esta Corte firmou o entendimento de que as limitações administrativas, quando demonstrada a existência de efetivo prejuízo diante da vedação do uso, gozo e fruição da propriedade particular, constituem verdadeira desapropriação indireta, razão pela qual se impõe a indenização.

Há que ser destacado que, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda de imóvel, ocorrida em 08.01.1987, já incidiam sobre ele, há mais de 10 anos, as restrições impostas pelas mencionadas leis estaduais, assim

bem destacou a decisão recorrida que “a propriedade foi transmitida à demandante depois das normas criadoras das restrições de uso do solo entrarem em vigor. Em outras palavras, ao ser efetuada a compra, a ora recorrida já tinha conhecimento das restrições impostas pela lei. Descabe, portanto, buscar do Estado a indenização pela suposta desvalorização do bem. Este último, que continua pertencendo à apelada e podendo ser por ela utilizado, respeitadas as restrições que já existiam quando da transmissão da propriedade, não sofreu qualquer desvalorização por ato estatal, que já não existisse quando da aquisição pela demandante.”

Ora, se quando da aquisição do imóvel pela recorrente, já incidiam sobre ele, conforme se infere do delineamento fático do acórdão, as restrições administrativas, forçoso é concluir que, na fixação do preço do negócio, tal gravame restou considerado.

Assim, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário, não se pode, por meio do remédio jurídico da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que a recorrente, à toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas pelas mencionadas leis estaduais.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo regimental para conhecer do agravo de instrumento e negar provimento ao recurso especial.*

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. 656.403 — MG (2005/0016133-7)**

Relator: Ministro Castro Meira

Agravante: Clube Atlético Mineiro

Advogados: Tiago de Oliveira Brasileiro e outros

Agravado: Município de Belo Horizonte

Procuradores: Júnia Paulino Franco Brener e outros

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Supedâneo constitucional. Súmula n. 126-STJ. Decisão agravada. Fundamento inatocado. Súmula n. 182-STJ.

1. Não prospera o agravo interposto, pois não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria de cunho constitucional, de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da Constituição Federal.

2. O acórdão concluiu pela inexistência de lesão ao art. 5º, LV, da CF. “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Súmula n. 126-STJ).

3. Além disso, a decisão que negou seguimento ao especial, sustentou o descumprimento dos requisitos legais à admissão do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, o que inviabiliza a apreciação do apelo extremo ante o disposto na Súmula n. 182-STJ, “é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.”

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 05 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de agravo regimental que combate decisão que negar provimento ao agravo de instrumento, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

“Processual Civil. Agravo de instrumento. Decisão agravada. Fundamento inatacado. Súmula n. 182-STJ.

1. Ante o disposto na Súmula n. 182-STJ, 'é inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.'

2. Agravo não conhecido" (fl. 161).

Sustenta o agravante que não seria necessário combater todos os fundamentos da decisão agravada, porquanto seriam eles independentes e autônomos. Por conseguinte, aduz que o agravo deve ser provido, uma vez que, embora não tenha sido demonstrado o dissídio jurisprudencial, restou comprovada violação a dispositivo de Lei Federal. Alega ainda que a Certidão de Dívida Ativa — CDA, na qual se funda a execução concernente ao IPTU, seria nula, pois não teria sido instaurado o Processo Tributário Administrativo — PTA imprescindível à emissão da sobredita certidão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): **Ab initio**, da simples leitura do acórdão recorrido, percebe-se que a questão em tela fora solvida na instância ordinária sob enfoque constitucional, o que inviabiliza a utilização da via especial. Confirma-se o seguinte excerto do voto condutor do aresto:

“Preliminar de cerceamento de defesa por ausência do PTA.

Referida preliminar não procede.

Não há cerceamento de defesa no procedimento executivo adotado pela apelada. A cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e das Taxas de Serviços Urbanos (TSU) é feita anualmente, não havendo necessidade de instauração de processo administrativo para cada contribuinte, bastando-se valha a municipalidade das informações constantes da inscrição que o próprio contribuinte faz perante o cadastro municipal.

Nesses casos, a Fazenda possuidora de cadastro dos contribuintes, periodicamente emite notificação de lançamento para que seja efetuado o pagamento do IPTU. Se o contribuinte deixa de efetuar o pagamento, não se manifesta impugnando a cobrança do imposto, ocorre a sua inscrição na dívida ativa, sem qualquer procedimento prévio, não havendo qualquer afronta ao disposto no art. 5º, LV, da CF/1988, prevalecendo, assim, a presunção legal de certeza e liquidez dos títulos executados.

Rejeito-a” (fl. 97).

Assim, não merece guarida a pretensão do agravante. Como se vê, o acórdão concluiu pela inexistência de lesão ao art. 5º, LV, da Carta Magna, para afastar a

alegada ofensa ao direito de defesa. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria de cunho constitucional, de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da Constituição Federal, e também não consta dos autos referência à interposição de recurso extraordinário, só interposto pelo Município de Belo Horizonte, o que faz incidir o enunciado da Súmula n. 126-STJ:

“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Veja-se também que o agravante deixou de combater um dos pontos em que se fundou a decisão agravada, a saber, o descumprimento dos requisitos legais à admissão do recurso especial pela alínea **c** do permissivo constitucional, o que inviabiliza a apreciação do apelo extremo. Agora não é mais o momento de desistir do recurso pela alínea **c** do permissivo constitucional. Ao examinar a decisão que negou trânsito ao recurso, deveria ao menos combater tal fundamento, e não simplesmente omitir-se. Se a parte não tinha interesse no seu exame, deveria interpor o especial apenas pela alínea **a**. Não deve o agravante limitar-se a afirmar o desacerto da decisão agravada, mas há de confrontar os argumentos nela desenvolvidos com aqueles que entende serem os corretos. Em consequência, está obrigado a impugnar todos os pontos do **decisum**.

A respeito do tema, aplica-se o disposto na Súmula n. 182-STJ: ‘É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.’

Confira-se o seguinte precedente desta Corte:

“Agravo regimental no recurso especial. Compensação. Finsocial. Razões do agravo regimental divorciadas dos fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula n. 182 do Supremo Tribunal Federal.

A decisão recorrida apóia-se na incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal ante a deficiência na fundamentação do recurso especial.

Da leitura das razões do presente agravo regimental, verifica-se que a agravante apenas afirma que a matéria discutida no recurso especial está prequestionada.

Se as razões recursais estão divorciadas dos fundamentos da decisão agravada e são mera repetição das razões do recurso especial, aplica-se a Súmula n. 182 do colendo Superior Tribunal de Justiça (‘É inviável o agravo

do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada’).

Agravo regimental não-conhecido” (AgRg no REsp n. 476.395, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 18.10.2004).

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
N. 581.855 — DF (2003/0155096-6)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Agravante: Iracema Canabrava Rodrigues Botelho

Advogado: Juarez Rocha Botelho

Agravada: Caixa Econômica Federal — CEF

Advogados: Flávio Silva Rocha e outros

EMENTA

Processual Civil e Administrativo — Agravo regimental — FGTS — Expurgos inflacionários — Índices de fevereiro/1989, março/1990, junho/1990, julho/1990, janeiro/1991 e março/1991.

1. As Turmas da Primeira Seção são acordes quanto à aplicação do índice de 10,14% (fevereiro/1989), decorrente da interpretação dada por esta Corte quanto ao expurgo de janeiro/1989 (REsp n. 43.055-0/SP).

2. Seguindo orientação do STF, o STJ, a partir do julgamento do REsp n. 282.201/AL, vem decidindo pela aplicação do BTNf em junho e julho/1990 e da TR em março/1991.

3. Inexistência de direito à diferença de correção monetária relativamente aos meses de março, junho e julho/1990 e janeiro e março/1991.

4. Agravo regimental provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, “retificando-se o julgamento da sessão do dia 02.09.2004, para correção de erro material constante do voto, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Vencido, preliminarmente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.” Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira.

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

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 28.02.2005

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial, por estar em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte.

Inconformada, assevera a agravante que nem a decisão do STF no RE n. 226.855-7, nem o entendimento consolidado na Súmula n. 252-STJ contêm motivação suficiente para a rejeição do pedido.

Afirma, em relação aos índices de 84,32% (março/1990), 13,69% (janeiro/1991) e 13,90% (março/1991), não deferidos pelo Tribunal **a quo**, que o STF não se pronunciou acerca dos referidos índices, visto que não foram objeto do pedido, não emitindo assim qualquer juízo de valor a respeito.

Sustenta, ainda, que a Súmula n. 252-STJ não consolidou entendimento contrário a essa pretensão e que esta Corte tem se pronunciado, reiteradamente, admitindo a necessidade da aplicação dos referidos índices nas contas fundiárias.

Quanto aos índices de 10,14% (fevereiro/1989), 9,55% (junho/1990) e 12,92% (julho/1990), alega que a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido da procedência do pedido, traz à colação vários julgados que corroboram a sua tese.

Havendo posições divergentes nas Turmas de Direito Público, nos termos do art. 34, XII, do RISTJ, proponho seja afetado o presente recurso à Seção, a fim de uniformizar-se a jurisprudência.

É o relatório.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Tem razão a agravante, pois o STF, no RE n. 226.855-7, e o STJ, pela Súmula n. 252, não examinaram as teses em torno dos seguintes expurgos inflacionários: 10,14% (fevereiro/1989), 84,32% (março/1990), 9,55% (junho/1990), 12,92% (julho/1990), 13,69% (janeiro/1991) e 13,90% (março/1991).

Para solucionar a controvérsia, verifico, inicialmente, que a jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários, mediante aplicação do IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991 e do INPC de fevereiro/1991 a dezembro/1991.

As Turmas que compõem a Primeira Seção são acordes quanto à aplicação do índice de 10,14% (fevereiro/1989), como demonstram os seguintes arestos:

Processual Civil. FGTS. Expurgos inflacionários. Embargos de declaração decididos por maioria. Aplicação de multa (art. 538, § 1º do CPC). Embargos infringentes. Descabimento.

1. Se a resposta a embargos declaratórios não complementa o acórdão da apelação, não cabem embargos infringentes, mesmo quando tomada por maioria.

2. Não se expõe a embargos infringentes acórdão que, no julgamento de embargos declaratórios impõe a multa cominada pelo art. 538, § 1º, do CPC.

3. A propósito dos índices de atualização, adota-se o IPC, salvo em relação aos Planos Bresser (junho/1987); Collor I (maio/1990) e Collor II (fevereiro/1991) (RE n. 226.855-7 e Súmula n. 252-STJ). A redução do IPC de janeiro de 1989 (42,72%), implica em automática ampliação do IPC de fevereiro do mesmo ano para 10,14%, conforme decisão da Corte Especial no REsp n. 43.055/Sálvio.

(REsp n. 532.585/MG, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ de 1º.09.2003, p. 240)

Processo Civil. Embargos de declaração. FGTS. Expurgos inflacionários. IPC de fevereiro/1989: 10,14%. Reflexo da redução do índice aplicado em janeiro/1989. Precedente da Corte Especial (REsp n. 43.055-0/SP)

1. Com a redução do IPC de janeiro/1989, de 70,28% para 42,72% (REsp n. 43.055-0/SP), há reflexo na aplicação do IPC de fevereiro/1989, devendo ser considerado o índice de 10,14% — Precedentes desta Corte.

2. Embargos de declaração acolhidos, sem alteração quanto à conclusão do **decisum**.

(EDcl no REsp n. 159.558/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, DJ de 08.03.2000, p. 97)

Fora a peculiaridade relativa aos expurgos de janeiro e fevereiro/1989, em razão do precedente da Corte Especial (REsp n. 43.055-0/SP), nos demais períodos questionados, os percentuais devidos são:

Índice de Preços ao Consumidor — IPC/IBGE

	1986	1987	1988	1989	1990	1991
Janeiro		16,82 %	16,51 %	70,28 %	56,11 %	19,91 %
Fevereiro		13,94 %	17,96 %	3,60 %	72,78 %	21,87 %
Março	(-) 0,11 %	14,40 %	16,01 %	6,09 %	84,32 %	
Abril	0,78 %	20,96 %	19,28 %	7,31 %	44,80 %	
Maiο	1,40 %	23,21 %	17,78 %	9,94 %	7,87 %	
Junho	1,27 %	26,06 %	19,53 %	24,83 %	9,55 %	
Julho	1,19 %	3,05 %	24,04 %	28,76 %	12,92 %	
Agosto	1,68 %	6,36 %	20,66 %	29,34 %	12,03 %	
Setembro	1,72 %	5,68 %	24,01 %	35,95 %	12,76 %	
Outubro	1,90 %	9,18 %	27,25 %	37,62 %	14,20 %	
Novembro	3,29 %	12,84 %	26,92 %	41,42 %	15,58 %	
Dezembro	7,27 %	14,14 %	28,79 %	53,55 %	18,30 %	

Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC

	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Janeiro	20,95 %	25,92 %	28,77 %	41,32 %	1,44 %	1,46 %
Fevereiro	20,20 %	24,48 %	24,79 %	40,57 %	1,01 %	0,71 %
Março	11,79 %	21,62 %	27,58 %	43,08 %	1,62 %	0,29 %
Abril	5,01 %	20,84 %	28,37 %	42,86 %	2,49 %	0,93 %
Maiο	6,68 %	24,50 %	26,78 %	42,73 %	2,10 %	1,28 %
Junho	10,83 %	20,85 %	30,37 %	48,24 %	2,18 %	1,33 %
Julho	12,14 %	22,08 %	31,01 %	7,75 %	2,46 %	1,20 %
Agosto	15,62 %	22,38 %	33,34 %	1,85 %	1,02 %	0,50 %
Setembro	15,62 %	23,98 %	35,63 %	1,40 %	1,17 %	0,02 %
Outubro	21,08 %	26,07 %	34,12 %	2,82 %	1,40 %	0,38 %
Novembro	26,48 %	22,89 %	36,00 %	2,96 %	1,51 %	0,34 %
Dezembro	24,15 %	25,58 %	37,73 %	1,70 %	1,65 %	

Trago, agora, os fatores de correção constantes da Tabela JAM (juros e atualização monetária), aplicados às contas vinculadas do FGTS:

Tabela de Índices de JAM Creditados nas Contas Vinculadas de FGTS — Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

DATA	TAXA 3%	TAXA 4%	TAXA 5%	TAXA 6%
1º.04.1990	0,847745	0,849234	0,850709	0,852171
(...)				
1º.07.1990	0,098803	0,099688	0,100565	0,101435
1º.08.1990	0,110632	0,111526	0,112413	0,113292
(...)				
1º.02.1991	0,205065	0,206035	0,206997	0,207951
(...)				
1º.04.1991	0,087675	0,088551	0,089420	0,090281

A partir dos dados oficiais trazidos acima, passo a um estudo comparativo entre os percentuais, lembrando que o índice de correção monetária de um mês era aplicado no mês subsequente:

NCIA	IPC/INPC	MÊS DE ATUALIZAÇÃO	ÍNDICE APLICADO PELA CEF (COM JUROS DE 3% aa)	ÍNDICE DEVIDOS (COM JUROS DE 3% aa)
MAR/90	84,32%	ABR/90	0,847745 = 84,77%	0,847745 = 84,77%
JUN/90	9,55%	JUL/90	0,098803 = 9,88%	0,098201 = 9,82%
JUL/90	12,92%	AGO/90	0,110632 = 11,06%	0,157046 = 13,19%
JAN/91	19,91%	FEV/91	0,205065 = 20,50%	0,202056 = 20,20%
MAR/91	11,79%	ABR/91	0,087675 = 8,76%	0,120656 = 12,06%

Cálculos Pertinentes:

Março/90	=>	$1,8432 \times 0,002466 = 0,0045453312 + 1,8432 = 1,847745 = 84,77\%$
Junho/90	=>	$1,0955 \times 0,002466 = 0,002701503 + 1,0955 = 1,098201 = 9,82\%$
Julho/90	=>	$1,1292 \times 0,002466 = 0,0027846072 + 1,1292 = 1,131984 = 13,19\%$
Janeiro/91	=>	$1,1991 \times 0,002466 = 0,0029569806 + 1,1991 = 1,202056 = 20,20\%$
Março/91	=>	$1,1179 \times 0,002466 = 0,0027567414 + 1,1179 = 1,120656 = 12,06\%$

Observação: O fator 0,002466 constante nos cálculos acima corresponde aos juros mensais proporcionais que, cumulativamente, perfazem o total de 3% ao ano; a cef, ao lançar na tabela JAM o fator de correção, exclui o inteiro (ex.: 0,847745 e não 1,847745) por não incluir o principal, destacando o montante relativo à correção monetária.

CONCLUSÃO

A partir da análise comparativa procedida, observa-se que, relativamente ao mês de março/1990, foi aplicado o índice correto; quanto a junho/1990 e janeiro/1991, o percentual aplicado foi superior ao índice da inflação.

Conclui-se, pois, que além dos expurgos inflacionários contidos na Súmula n. 252-STJ, ainda são devidos: 10,14% (fevereiro/1989), 12,92% (julho/1990) e 11,79% (março/1991).

Com essas considerações, dou parcial provimento ao agravo regimental.

VOTO-PRELIMINAR VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Senhores Ministros, fico vencido. E o faço por entender inconstitucional o § 1^o-A do art. 557 do CPC. Penso que infringe a Constituição, negando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos julgamentos e a presença do advogado na Tribuna.

No caso dos autos, vencido na argüição de inconstitucionalidade, tenho por ilegal e nulo o procedimento adotado. É que julgado e provido monocraticamente o agravo de instrumento convolado em recurso especial (art. 557, § 1^o-A), poderá utilizar-se a parte vencida do agravo que se diz “interno” ou “legal”. E, se não houver retratação, “o Relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento” (§ 1^o do art. 557).

Indago, qual o objeto do agravo? O mérito da causa? Nos termos do parágrafo primeiro, não. É que, se “provido o agravo, o recurso terá seguimento”. Qual recurso? Por certo o recurso especial, pois o agravo já terá sido provido.

Negando provimento ao agravo, a decisão será de mérito? Poderá validar-se o julgamento de agravo, recurso de decisões interlocutórias, sem a contraminuta do agravado, sem a publicação de pauta e sem a possível participação de advogado? Creio que não.

Demais, da decisão exarada, com apoio no § 1^o-A do art. 557, não caberá agravo regimental, por isso que ele se limita a reformar a decisão de admissibilidade ou não do recurso pelo Relator.

À vista do exposto e preliminarmente, dou provimento ao agravo para anular a decisão agravada.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Em sessão datada de 02.09.2004, esta Turma deu parcial provimento a agravo regimental da autora, reconhecendo a existência dos expurgos inflacionários de fevereiro/1989 (10,14%), julho/1990 (12,92%) e 11,79% (março/1991).

Contudo, evidencio a existência de erro material no julgamento pretérito, relativamente aos expurgos de julho/1990 e março/1991, porque não atentou a Turma para o fato de que a Primeira Seção, a partir do julgamento do REsp n. 282.201/AL em 27.05.2002, vem seguindo a orientação do STF para a correção monetária relativa aos Planos Collor I e II, de modo que os índices aplicáveis às contas vinculadas são o BTNf em junho e julho/1990 e a TR em março/1991. Esta é a ementa do julgado:

Recurso especial — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS — Índices — Aplicação da Súmula n. 252 do STJ — Pronunciamento acerca dos meses de junho e julho de 1990 e março de 1991.

1. Os índices de junho e julho de 1990 e de março de 1991 devem adequar-se ao posicionamento adotado na Suprema Corte para os meses em que vigoraram os “Planos Collor I e II”. Assim, devem ser observados o BTNf para junho e julho/1990 e a TR para o mês de março/1991.

2. Cumpre ressaltar que não se trata de inflexão da TR à guisa de correção monetária pura e simplesmente na falta de outros índices de atualização. **In casu**, dá-se a incidência da TR porque foi especificamente escolhida pelo legislador para remuneração do FGTS (cf. art. 17, c.c. o art. 12, ambos da Lei n. 8.177/1991).

3. Recurso conhecido e provido, em parte, quanto à não-incidência do IPC na correção referente aos meses de junho de 1987 (“Plano Bresser”), maio, junho e julho de 1990 (“Plano Collor I”) e fevereiro e março de 1991 (“Plano Collor II”), e também para afastar o IPC de janeiro de 1989 da condenação, por não ter feito parte do pedido na inicial.

4. Recurso provido para estabelecer a correção dos saldos do FGTS nos meses de junho e julho de 1990, com base na variação nominal do BTN e, no mês de março de 1991, pela TR.

5. As partes arcarão com as verbas de sucumbência, incluídos os honorários advocatícios, tais quais fixados na origem, na proporção do corresponsivo decaimento.

(Primeira Seção, Relator Ministro Franciulli Netto, unânime, DJ de 29.09.2003, p. 141)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes julgados posteriormente na Primeira Seção: Pet n. 2.619/RJ (Relator Ministro Castro Meira), EREsp n. 564.784/AL (Relator Ministro Franciulli Netto) e EREsp n. 562.528/RN.

Assim, temos:

Índices mencionados na jurisprudência da Primeira Seção:

	1990 BTNf
Março	
Junho	9,61 %
Julho	10,79 %

Tabela de Índices de JAM Creditados nas Contas Vinculadas de FGTS — Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

DATA	TAXA 3%
1º.04.1990	0,847745
(...)	
1º.07.1990	0,098803
1º.08.1990	0,110632
(...)	
1º.02.1991	0,205065
(...)	
1º.04.1991	0,087675

Conclui-se, pois, que a CEF aplicou corretamente os percentuais tidos pela Primeira Seção como corretos, inexistindo, portanto, expurgo inflacionário a favor do titular da conta vinculada nos meses de junho/1990, julho/1990 e março/1991.

Dessa forma, corrigindo o evidenciado erro material, retifico o conteúdo do julgamento, mantendo, contudo, o resultado anterior, com o parcial provimento do agravo regimental.

MEDIDA CAUTELAR N. 5.177 — RS (2002/0068028-2)

Relator: Ministro Castro Meira

Requerente: Fernanda Freire Costa

Assistida por: Aniano Bezerra Cavalcanti da Silva Costa Neto

Advogada: Fabrícia de Castro Feital

Requerida: Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS

EMENTA

Administrativo. Medida cautelar. Recurso especial. Efeito suspensivo. Servidor militar. Transferência. Dependente originário de estabelecimento particular. Matrícula em instituição de ensino público. Impossibilidade. Art. 1º da Lei n. 9.536/1997. Inconstitucionalidade. STF. ADI n. 3.324/DF

1. A Primeira Seção e as Turmas de Direito Público deste Tribunal Superior firmaram o entendimento de que aos acadêmicos de nível superior originários de estabelecimento particular de ensino seria assegurada a matrícula em instituição pública no caso de o seu genitor, servidor militar, ser transferido no interesse da Administração.

2. Ocorre que, em 16.12.2004, no julgamento da ADI n. 3.324/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o colendo STF declarou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, sem redução do texto, no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, encerrando a cláusula “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino” a observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congênera, isto é, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública (Informativo n. 374).

3. Medida cautelar improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e João

Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

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

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de medida cautelar, com pedido de liminar, proposta por Fernanda Freire Costa, objetivando a concessão de efeito suspensivo a recurso especial que manifestou com esteio na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Administrativo. Ensino superior. Transferência de estabelecimento de ensino particular para outro de ensino público. Impossibilidade.

Embora a lei assegure aos dependentes dos servidores públicos estudantes a transferência, independente da existência de vagas, impõe-se que as instituições sejam congêneres.

Dessa forma, descabe postular-se a transferência de universidade particular para a universidade pública.

Precedentes do STJ.

Provimento da apelação e da remessa oficial.”

Noticiam os autos que a requerente vinha cursando Direito, no Centro de Ensino Unificado do Estado do Maranhão, até o momento em que seu pai, servidor do Exército Brasileiro foi transferido, **ex officio**, da Cidade de São Luís — MA para a Cidade de Porto Alegre — RS, quando, por meio de liminar concedida em sede de ação mandamental, conseguiu garantir a sua matrícula na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ora requerida.

Em grau de apelação, entendeu o Tribunal **a quo** ser inadequada a transferência de aluno da rede particular de ensino para a universidade pública, na hipótese em que existente instituição congênera daquela de procedência, na Cidade de destino do servidor.

Daí a proposição da medida cautelar vertente, donde se está a pretender o atribuir de efeito suspensivo a recurso especial, o que possibilitará à requerente continuar os seus estudos no curso de Direito da universidade requerida, até o julgamento final do apelo extremo.

A liminar pleiteada foi deferida às fl. 82/85.

Irresignada com a concessão de efeito suspensivo ao apelo extremo, a Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul interpôs agravo regimental (fls. 98/102), ao qual foi negado seguimento, por manifesta intempestividade (fls. 104/105).

Às fls. 107/116, a requerida apresentou contestação. Alegou, em síntese, que:

“Se a autora fosse oriunda de uma universidade pública teria preenchido os requisitos de ingresso para o ensino público, sujeitando-se tanto quanto outros brasileiros a um processo seletivo com as mesmas características. No entanto, é egressa de uma universidade privada cujas características do vestibular, repisamos, se distinguem das universidades públicas. Mais, ao assegurar o direito de transferência, a Lei n. 9.536/1996 o fez com base no interesse público que se traduz na garantia de que o servidor removido por necessidade do serviço não fosse prejudicado, nem mesmo seus dependentes. Agora bem, querer privilegiá-lo, colocando-lhe em situação de desigualdade não foi nem poderia ser o espírito da lei” (fl. 112).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Inicialmente, verifica-se que o recurso, a que se reporta a cautelar, preenche os requisitos extrínsecos necessários à abertura da via especial: é tempestivo, houve o preparo e está devidamente prequestionada a matéria federal em debate.

A controvérsia consiste em saber se filho de militar transferido, por motivo de necessidade de serviço, tem direito à matrícula em instituição pública de ensino quando originário de estabelecimento particular de nível superior.

A matéria não é nova neste Tribunal Superior. Contudo, merece ser analisada sob a ótica da recente orientação firmada pelo Pretório excelso, contrária à tese sustentada pela requerente.

A Primeira Seção e as Turmas de Direito Público deste Tribunal Superior firmaram o entendimento de que aos acadêmicos de nível superior originários de estabelecimento particular de ensino seria assegurada a matrícula em instituição pública no caso de o seu genitor, servidor militar, ser transferido no interesse da Administração.

Neste sentido, os seguintes julgados:

“Embargos de divergência no recurso especial. Pressupostos de admissibilidade. Ensino. Direito à matrícula de dependente de militar transferido independentemente da natureza da universidade.

1. O militar removido **ex officio** e no interesse da Administração Pública tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, ainda que originariamente tenha ingressado em faculdade particular, e no novo domicílio haja instituição congênera. Aplicação do art. 1º da Lei n. 9.536/1997. Inaplicabilidade do art. 99 da Lei n. 8.112/1990. Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. A premissa dos embargos de divergência é exatamente a discrepância jurisprudencial à luz do escopo uniformizador do STJ.

3. Divergência superada. Incidência do Verbete n. 168 da súmula do STJ. ‘Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão embargada.’

4. Agravo regimental improvido” (AEREsp n. 391.048/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 22.03.2004).

“Administrativo — Transferência de estudante — Servidor militar.

1. Dentre as restrições à transferência, uma delas desgarra-se da Lei n. 9.536/1997 para sedimentar-se na Lei n. 8.112/1990.

2. A lei que disciplina a situação jurídica do servidor público, permitindo a transferência do mesmo, quando estudante, na hipótese de mudança de domicílio em razão do serviço, exige que sejam os estabelecimentos congêneros.

3. Não estando os servidores militares sujeitos ao regime da Lei n. 8.112/1990, mas sim ao Estatuto dos Militares, não se pode estender a norma restritiva do art. 99 para atingi-los.

4. Os militares e seus dependentes, em matéria de transferência de estabelecimento de ensino, sujeitam-se exclusivamente às restrições da Lei n. 9.536/1997.

5. Atendidas as exigências legais, deve ser deferida a transferência.

6. Recurso especial improvido” (REsp n. 400.057/DF — Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 04.11.2002).

No mesmo diapasão, confirmam-se: REsp n. 362.229, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 21.03.2002; e AgRg no REsp n. 388.942/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.06.2003.

Ocorre que, em 16.12.2004, no julgamento da ADI n. 3.324/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o colendo STF assentou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.536/1997, sem redução do texto, no que se lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, encerrando a cláusula “entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino”

a observância da natureza privada ou pública daquela de origem, viabilizada a matrícula na congênera, isto é, dar-se-á a matrícula em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou o dependente for egresso de instituição pública (Informativo n. 374).

Do voto condutor proferido na citada ação direta de inconstitucionalidade, é elucidativo transcrever o seguinte excerto:

“Sim, é consentânea com a Carta da República previsão normativa asseguradora, ao militar e ao dependente estudante, do acesso à instituição de ensino na localidade para onde é removido. Todavia, a transferência do local do serviço não pode se mostrar verdadeiro mecanismo para lograr-se a transposição da seara particular para a pública, sob pena de se colocar em plano secundário a isonomia — artigo 5º, cabeça e inciso I —, a impessoalidade, a moralidade na Administração Pública, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior, prevista no inciso I do art. 206, bem como a viabilidade de chegar-se a níveis mais elevados do ensino, no que o inciso V do art. 208 vincula o fenômeno à capacidade de cada qual. Há mais. Sobressai a contrariedade ao princípio isonômico, no que vieram a ser tratados, de forma desigual, civis e militares, sem que o fator de discriminação mereça agasalho. Enquanto, à luz do art. 99 da Lei n. 8.112/1990, a transferência de civis há de observar a similitude, a igualdade de situações, procedendo-se à matrícula em instituição congênera àquela de origem, os servidores militares têm algo que não lhes homenageia a postura elogiável notada na defesa do respeito a prerrogativas e direitos, ou seja, contam com verdadeiro *plus*, que é a passagem automática, em virtude da transferência, de uma situação onerosa e que veio a ser alcançada ante parâmetros singulares, para a reveladora de maior vantagem, presentes a gratuidade e a envergadura do ensino. Considerada a autonomia universitária, tomada em sentido maior, admite-se, é certo, a adequação do princípio da legalidade, a submissão à lei, mas indispensável é que se tenha disciplina calçada na proporcionalidade” (acórdão pendente de publicação).

Ante a declaração de inconstitucionalidade da norma que ampara a pretensão da requerente, forçoso concluir pela ausência da fumaça do bom direito e, conseqüentemente, decidir pela improcedência da medida cautelar.

Ante o exposto, *julgo improcedente a medida cautelar, prejudicada a liminar deferida, condenando a requerente em 10% (dez por cento) do valor oferecido à causa a título de honorários advocatícios.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 121.756 — PR (1997/0014763-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrentes: Moinho Londrina S/A e outros

Advogados: José Carlos Busatto e outros

Recorrente: Selmi e Companhia Ltda

Advogados: Romeu Saccani e outro

Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral e Arrumadores de Londrina

Advogada: Márcia Aparecida Pessoa

Interessados.: Irmãos Balan e Companhia Ltda

Advogados: Annivaldo Costa e outro

Interessados.: J. Alves Veríssimo S/A Indústria Comércio e Exportação e outro

Advogado: Marco Antônio de A. Campanelli

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Contribuição sindical. Empregados. Recolhimento. Critério da preponderância da atividade do empregador. Arts. 581 e seguintes da CLT.

1. A contribuição sindical dos empregados é recolhida pelo empregador, mediante desconto em folha de salários, ao sindicato relacionado à atividade preponderante da empresa.

2. Não possuindo o empregador atividade preponderante, deverá a contribuição dos empregados ser recolhida aos sindicatos representativos das diversas categorias profissionais ou econômicas existentes no estabelecimento.

3. A contribuição sindical devida pelos trabalhadores autônomos e profissionais liberais é recolhida diretamente por eles às respectivas entidades sindicais.

4. Caso o empregado, no exercício da liberdade sindical, opte por contribuir ao respectivo sindicato, deverá comunicar o empregador para que deixe de proceder aos descontos em folha de salários.

5. O empregador, até que o empregado comunique que está contribuindo para o sindicato respectivo e apresente o comprovante de quitação, deverá descontar a contribuição e recolhê-la ao sindicato relacionado à atividade preponderante da empresa.

6. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos e lhes dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 22 de março de 2005 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ de 30.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recursos especiais interpostos por Moinho Londrina S/A e outros e Selmi e Companhia Ltda, o primeiro fundado na alínea **c** e o segundo nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição da República, que desafiam acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

“Sindicato — Contribuição sindical — Devida pelos empregados — Falta de interesse de agir — Ilegitimidade passiva **ad causam** — Inépcia da petição inicial — Rejeição — Recurso adesivo improvido — Cerceamento de Defesa — Não-requisição de documento — Requisição em segundo grau de jurisdição — Falha sanada — Mérito — Distinção entre contribuição sindical e assistencial — Caráter compulsório da primeira e facultativo da segunda — Não se cogita de critério de preponderância na atividade do empregador na contribuição sindical devida pelo empregador — Recurso do autor provido.

A questão em debate versa sobre contribuição sindical legal e obrigatória para todos os trabalhadores (o antigo imposto sindical), prevista nos arts. 578 e 579 da CLT e que independe de filiação ao sindicato, conforme estabelece o art. 545, parte final da CLT. É contribuição obrigatória e não facultativa.

Na contribuição sindical devida em razão da atividade do empregado não se cogita do critério de preponderância da atividade do empregador. Esta se perquire somente para o caso de contribuição sindical devida pelo empregador, na forma do art. 581, § 2º, da CLT. Neste sentido lição de **Mozart Vitor Ruspomano** (“Comentários à CLT”, 1990, comentários ao art. 581, p. 686)” — fls. 504/505 —.

Sustentam os recorrentes Moinho Londrina S/A e outros divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e diversos precedentes que invocam. Segundo entendem, “somente cabe o recolhimento da contribuição sindical do empregado para sindicato da sua profissão na hipótese de profissionais liberais ou ainda, quando não houver preponderância na atividade do empregador” (fl. 519). Nos demais casos, concluem que o empregado deve recolher a contribuição para a entidade sindical relacionada à atividade preponderante da empresa para a qual presta serviços.

Selmi e Companhia Ltda alega negativa de vigência aos arts. 511 e 581, § 2º, da CLT. Argumenta que “o empregador fica obrigado a recolher a contribuição devida pelo empregado ao sindicato representante da categoria identificada pela atividade preponderante da empresa” (fl. 548). Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial.

Contra-razões apresentadas às fls. 563/570.

Admitido na origem os recursos (fls. 603/607), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Wagner Gonçalves, opina pelo provimento de ambos os recursos (fls. 614/619).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

O Tribunal de origem concluiu que a contribuição sindical devida pelos trabalhadores não se vincula à atividade preponderante da empresa, devendo ser cobrada pelo sindicato representativo da categoria profissional ou econômica de cada um dos empregados.

Os recorrentes sustentam que “somente cabe o recolhimento da contribuição sindical do empregado para sindicato da sua profissão na hipótese de profissionais liberais ou ainda, quando não houver preponderância na atividade do empregador”.

Resume-se a discussão, portanto, em saber se a contribuição sindical do empregado deve ser recolhida ao sindicato de sua categoria profissional específica ou à entidade sindical relacionada à atividade preponderante do empregador.

A questão não encontra precedentes na Corte. A orientação dos Tribunais Estaduais tem oscilado entre as duas teses, ora entendendo que a atividade preponderante é decisiva na determinação da entidade sindical legitimada à cobrança das

contribuições, ora concluindo que a preponderância da atividade somente se aplica à contribuição patronal.

Sobre a matéria, assim dispõem os parágrafos 1º e 2º do art. 581 da CLT:

“Art. 581, § 1º Quando a empresa realizar diversas atividades econômicas, sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma dessas atividades será incorporada à respectiva categoria econômica, sendo a contribuição sindical devida à entidade sindical representativa da mesma categoria, procedendo-se, em relação às correspondentes sucursais, agências ou filiais, na forma do presente artigo.

§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional.

As normas em destaque devem ser interpretadas sistematicamente, levando-se em conta o que foi disciplinado nos dispositivos seguintes, em especial, nos arts. 585 e 586, que enunciam:

“585. Os profissionais liberais poderão optar pelo pagamento da contribuição sindical unicamente à entidade sindical representativa da respectiva profissão, desde que a exerça, efetivamente, na firma ou empresa e como tal sejam nelas registrados.

Parágrafo único. Na hipótese referida neste artigo, à vista da manifestação do contribuinte e da exibição da prova de quitação da contribuição, dada por sindicato de profissionais liberais, o empregador deixará de efetuar, no salário do contribuinte, o desconto a que se refere o art. 582”.

“Art. 586, § 2º Tratando-se de empregador, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais, o recolhimento será efetuado pelos próprios, diretamente ao estabelecimento arrecador.

§ 3º A contribuição sindical devida pelos empregados e trabalhadores avulsos será recolhida pelo empregador e pelo sindicato, respectivamente”.

Da leitura das regras em destaque, conclui-se:

“a) a contribuição dos empregados é recolhida pelo empregador, mediante desconto em folha de salários, ao sindicato relacionado à atividade preponderante da empresa;

b) no caso de não possuir o empregador atividade preponderante, deverá a contribuição ser recolhida aos sindicatos representativos das diversas categorias profissionais ou econômicas existentes no estabelecimento;

c) a contribuição sindical devida pelos trabalhadores autônomos e profissionais liberais é recolhida diretamente por eles às respectivas entidades sindicais;

d) caso o empregado, no exercício da liberdade sindical, opte por contribuir ao respectivo sindicato profissional, deverá comunicar o empregador para que deixe de proceder aos descontos em folha de salários;

e) o empregador, até que o empregado comunique que está contribuindo para o sindicato respectivo e apresente comprovante de quitação, deverá descontar a contribuição e recolhê-la ao sindicato relacionado à atividade preponderante da empresa.

Noticiam os autos que a recorrente Selmi e Companhia Ltda dedica-se à produção e comercialização de massas, enquanto o recorrente Moinho Londrina S/A desenvolve suas atividades no setor alimentício, industrializando e comercializando cereais. Portanto, nenhum deles possui, como atividade preponderante, a “arrumação e a movimentação de mercadorias”, atividade representada pelo sindicato recorrido. Como reconheceu a sentença, “o transporte que, porventura, exerçam, limita-se à comercialização e entrega das mercadorias que produzem. Os seus funcionários, via de consequência, estão ligados aos sindicatos específicos de cada uma delas, de acordo com sua atividade” (fl. 389).

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 614/619, com base no princípio da liberdade sindical, salienta que “os integrantes de uma categoria diferenciada podem sofrer o desconto da contribuição em favor de seu sindicato, mas desde que os trabalhadores optem pela filiação àquele órgão representativo, o que não ocorreu na hipótese analisada” (fl. 618).

Assim, como não houve opção por parte dos empregados de recolherem a contribuição ao respectivo sindicato profissional, deve o empregador destinar os descontos realizados à entidade sindical relacionada à sua atividade preponderante.

A tese sustentada pelo Tribunal de origem, caso acolhida, implicaria a existência de múltiplos enquadramentos sindicais na empresa. Para cada empregado, que exerça atribuição específica, haveria representação sindical distinta. Esse entendimento, praticamente, aniquila a possibilidade de negociação coletiva, pois muitos seriam os sindicatos, por vezes com interesses divergentes, a participar de acordos e convenções trabalhistas.

A coexistência de diversas entidades sindicais em um mesmo estabelecimento gera instabilidade no quadro funcional, já que afastada a igualdade de direitos entre os empregados, sujeitos a normas sindicais distintas.

Em conclusão, a diversidade de enquadramento sindical somente será possível quando o empregador não possuir atividade preponderante (art. 581, § 1º, da CLT) ou quando o empregado, titular de profissão liberal e valendo-se da liberdade de associação sindical, optar por contribuir para o sindicato de sua categoria profissional (art. 585 da CLT). Nos demais casos, o enquadramento será único, devendo o empregador recolher a contribuição sindical de seus empregados para o sindicato relacionado à atividade preponderante da empresa.

Ante o exposto, *dou provimento aos recursos especiais.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 129.440 — SP (1997/0028998-2)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Pedro Ailton Gonçalves Moreira
Advogado: Flávio Silva
Recorrido: Município de Cubatão
Advogados: Maricelma Fernandes e outros

EMENTA

Administrativo. Desapropriação. Desistência. **Restitutio in integrum**. Impossibilidade.

1. Tendo havido alterações substanciais no imóvel objeto da ação de desapropriação, é inadmissível que o Poder Público expropriante dela desista, ante a impossibilidade de que o bem seja restituído ao expropriado no estado em que se encontrava antes da intervenção.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 21.03.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pelo Município de Cubatão contra decisão que indeferiu seu pedido de desistência da ação de desapropriação intentada contra Pedro Ailton Golçalves Moreira.

O pedido de desistência assentou-se na informação, prestada ao Município pela Secretaria do Patrimônio da União sediada no Estado de São Paulo, de que a área objeto da desapropriação pertence à União.

O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos:

a) a área desapropriada perdeu suas características, o que inviabiliza a **restitutio in integrum**;

b) o domínio útil da União é indenizável/expropriável;

c) a sentença expropriatória transitou em julgado.

O agravo de instrumento foi provido, restando o acórdão assim ementado:

“Desapropriação. Desistência. Admissibilidade. Entendimento jurisprudencial assente. Verbas de praxe devidas pela expropriante. Suspensão do pagamento do precatório. Recurso provido” (fl. 108).

Interpõe, então, Pedro Ailton Golçalves Moreira recurso especial com base na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, apontando dissídio jurisprudencial com julgados desta Corte.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 132/134.

O recurso especial foi admitido às fls. 136/137.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Os autos tratam de questão relativa à desistência de desapropriação em razão de o Município expropriante ter tomado ciência de que o bem objeto de intervenção é da União, tratando-se de terreno da Marinha Brasileira.

O entendimento manifestado no acórdão foi de que há possibilidade de desistência do feito expropriatório, uma vez que o preço ainda não foi pago ao expropriado. Em razão disso, no recurso especial aviado com base na alínea **c** do permissivo constitucional, o recorrente trouxe arestos deste Tribunal que manifestam entendimento diverso, no sentido de não se admitir a desistência da desapropriação.

Conheço do recurso especial, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade. No mérito, entendo que tem razão o recorrente/expropriado.

A jurisprudência desta Corte tem inadmitido a desistência da desapropriação quando verificadas as seguintes hipóteses:

a) pagamento do preço da indenização:

“Processo Civil e Administrativo — Desapropriação — Desistência.

1. A jurisprudência do STF e desta Corte é no sentido de aceitar a desistência da ação expropriatória, formulada pelo órgão expropriante, se ainda não ocorreu o pagamento do preço.

2. A sentença, mesmo transitada em julgado, não impede a desistência.

3. Desapropriação chancelada judicialmente em fase de expedição de precatório.

4. Recurso especial provido” (REsp n. 402.482/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 12.08.2002).

b) impossibilidade de restituição do bem ao expropriado no mesmo estado em que se encontrava antes da intervenção:

“(…) 2. Impossibilidade da desistência de ação expropriatória quando o imóvel afetado sofreu profundas alterações, com acessões e benfeitorias próprias à destinação diversa da originária, travando a **restitutio in integrum**. A jurisprudência admite a desistência quando é possível a restituição sem modificações desfigurativas do estado anterior” (REsp n. 163.211/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 1º.07.1999).

c) trânsito em julgado da sentença na ação expropriatória:

“Administrativo. Desapropriação. Desistência em face de execução. Indenização paga. Impossibilidade.

1. Transita em julgado a sentença que fixou o preço da indenização e tendo sido efetuado o seu pagamento, restando apenas a complementação relativa à correção monetária, não pode ser homologado o pedido de desistência do expropriante, na fase de liquidação, sob o fundamento de que o preço não se integralizara.

2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 37.194/SP, Relator Ministro Hélio Mosimann, DJ de 07.10.1996).

In casu, embora não tenha havido o pagamento do preço, verifica-se que a **restitutio in integrum** tornou-se impossível ante a completa modificação do bem expropriado, conforme se deduz da seguinte passagem do acórdão recorrido:

“(…) Analisando os autos, constata-se que o bem expropriado, ou seja, as benfeitorias no local não mais existem, foram todas destruídas, pois a expropriante tinha a intenção de ali realizar um terminal intermodal para servir às indústrias locais” (fl. 108).

Ora, a desistência da desapropriação pressupõe a restituição do bem ao expropriado em condições que ele possa dar-lhe o destino útil e econômico que vinha explorando no local antes da intervenção pública, fato que, **in casu**, não será possível, haja vista a destruição das benfeitorias, implicando alteração substancial do bem.

Ressalto que, na presente hipótese, a desistência da expropriação não pode ser justificada com a mera indenização de eventuais prejuízos ao expropriado, porquanto essa indenização visa à cobertura dos prejuízos com a declaração de utilidade pública da propriedade, e não possibilitar meios ao expropriado de restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes da intervenção. Até porque, nesse caso, o valor da indenização pelos prejuízos, para ser justa, superaria o da indenização pela desapropriação, porque haveria de cobrir as despesas com as obras de reconstrução da vila que existia no local, denominada Vila Parisi (conforme decisão de fl. 96).

Ademais, na forma das certidões constantes à fl. 292 dos autos, houve trânsito em julgado do acórdão de fls. 47/49 que consolidou a declaração de incorporação do bem expropriado ao patrimônio da municipalidade, fixando-se o preço devido; fato, aliás, incontroverso. Assim, ante o encerramento da prestação jurisdicional, a homologação da desistência feriria a coisa julgada, desrespeitando uma situação fática já consolidada juridicamente.

Cito a doutrina de **Hely Lopes Meirelles** (“Direito Administrativo Brasileiro”, 23ª edição, p. 507), que corrobora o entendimento aqui fixado:

“(…) A desistência da desapropriação é possível até a incorporação do bem ao patrimônio do expropriante, ou seja, para o móvel, até a tradição, e, para o imóvel, até o trânsito em julgado da sentença ou o registro do título resultante do acordo. Daí por diante o que pode haver é retrocessão do bem (CC, art. 1.150), e não mais desistência da desapropriação, porque seus efeitos já se exauriram com a transferência do domínio.

(...) a desistência da desapropriação pressupõe a devolução do bem expropriado nas mesmas condições em que o expropriante o recebeu do proprietário. Devolver é restituir. E restituir é fazer a coisa retomar ao primitivo dono com as mesmas características de seu estado anterior. Se houve alteração no bem é inadmissível a desistência da desapropriação.”

Ante todo o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 195.274 — PR (1998/0085291-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná

Recorrido: José Galindo Penha

Advogado: Sebastião Gaspar

Interessada: Associação de Defesa e Educação Ambiental de Maringá — Adeam

Advogado: Alberto Contar

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Reserva florestal. Novo proprietário. Legitimidade passiva.

1. Em se tratando de reserva florestal legal, a responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido nessa faixa é objetiva, devendo o proprietário, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental, responder por ela.

2. O novo adquirente do imóvel é parte legítima para responder ação civil pública que impõe obrigação de fazer consistente no reflorestamento da reserva legal, pois assume a propriedade com ônus restritivo.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro-

Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ de 20.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de ação civil pública promovida pela Associação de Defesa e Educação Ambiental de Maringá — Adeam, na qual requereu fosse José Galindo Penha, proprietário rural, condenado a separar de sua terras a parte destinada à reserva legal para regeneração natural ou reflorestar 1/2 dessa área de reserva, além da faixa de 30 metros do curso d'água contido na propriedade. Informou o requerente que não estava atribuindo ao requerido o delito de abater árvores, mas o de impedir que elas nascessem.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, confirmando a sentença, concluiu pela ilegitimidade passiva **ad causam** do proprietário rural, ao fundamento de que, não tendo ele dado causa ao dano, uma vez que havia adquirido as terras sem a delimitação da reserva legal, não haveria de repará-lo.

O acórdão restou assim ementado:

“Ação Civil Pública — Ilegitimidade passiva **ad causam** — Indeferimento da petição inicial, com extinção do processo (art. 267, IV, do CPC) — Titular do domínio adquiriu o imóvel sem cobertura florestal — Inaplicabilidade do disposto no art. 3º, IV, da Lei n. 6.398/1981. Apelo desprovido.”

Então, o Ministério Público opôs ao acórdão embargos declaratórios afirmando que o julgamento deveria ter considerado as disposições dos arts. 225, § 3º, da Constituição Federal, 16, alínea **a**, da Lei n. 4.771/1965, 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 e 3º e 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Os embargos foram rejeitados, e o Ministério Público aviou recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, indicando, além de contrariedade a todos os dispositivos legais acima citados, as disposições do art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Sem contra-razões, os autos subiram por força da decisão de fls. 231/234.

O Ministério Público exarou, às fls. 243/250, parecer pelo provimento do recurso para que o requerido na presente ação civil pública seja considerado legitimado passivo **ad causam**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Em face do prequestionamento do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 e do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e entendo que tem razão o Ministério Público recorrente.

Não há vulneração do art. 535 do CPC nem mesmo negativa de prestação jurisdicional, quando o órgão julgador, mesmo sem examinar individualmente os argumentos trazidos pelas partes, adota fundamentação que indica clara e especificamente as razões de decidir (Segunda Turma, AgRg no Ag n. 476.561/RJ, de minha relatoria, DJ de 17.11.2003).

A controvérsia cinge-se a eventual existência de responsabilidade do novo proprietário de terras rurais para responder por dano ambiental, culminando na obrigação de fazer referente à separação de parte de suas terras para a constituição de reserva florestal legal, na forma dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal) e § 2º, III, do art. 225 da Constituição Federal. Invocou o Ministério Público recorrente a responsabilidade objetiva de que trata o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981.

É de responsabilidade do proprietário da terra os danos nela ocorridos, sendo seu dever reflorestar a parcela destinada à reserva legal, observadas as disposições legais federais e estaduais que versam sobre a questão. Daí a legitimidade passiva **ad causam** do proprietário rural.

Segundo o que dispõe a Medida Provisória n. 2.166-67, de 2001, que modificou diversos dispositivos do Código Florestal, a reserva legal é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas.

A legislação que determina a separação de parte das propriedades rurais para constituição da reserva florestal legal advém de uma feliz e necessária consciência ecológica que vem tomando corpo na sociedade em razão dos efeitos dos desastres naturais ocorridos ao longo do tempo, resultado da degradação do meio ambiente efetuado sem limites pelo homem. Tais conseqüências nefastas, paulatinamente,

leva à conscientização de que os recursos naturais devem ser utilizados com equilíbrio e preservados em intenção da boa qualidade de vida das gerações vindouras. Como afirmou **Paulo Affonso Leme Machado**, “usa-se menos a propriedade, para usar-se sempre.”

Esse doutrinador sustentou o seguinte:

“O proprietário de uma reserva olha para seu imóvel como um investimento de curto, médio e longo prazos. A reserva legal florestal deve ser adequada à tríplice função da propriedade: econômica, social e ambiental. Usa-se menos a propriedade, para usar-se sempre. A existência de uma reserva florestal, mais do que uma imposição legal, é um ato de amor a si mesmo e a seus descendentes.” (In “Direito Ambiental Brasileiro”, 12ª edição, p. 717).

A reserva legal compõe parte de terras de domínio privado e constitui verdadeira restrição do direito de propriedade, não sendo, portanto, indenizável. A Lei n. 4.771/1965 não deixa dúvidas de que o proprietário é o responsável por danos ocorridos em seus domínios, não havendo distinção entre danos praticados por atos próprios ou por terceiros. Disso conclui-se que a aquisição da propriedade sem a delimitação da reserva legal não exime o adquirente da obrigação de recompor tal reserva.

Isso mais se enfatiza diante do comando contido no art. 99 da Lei n. 8.171/1999, que confere, objetivamente, a obrigação de o proprietário rural arborizar, ao longo dos anos, a faixa destinada à reserva legal em suas terras. Esse é o entendimento que tem sido perfilhado neste Tribunal. Observe-se:

“Embargos de declaração contra acórdão proferido em agravo regimental. Danos ambientais. Ação civil pública. Responsabilidade. Adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas.

1. A Medida Provisória n. 1.736-33 de 11.02.1999, que revogou o art. 99 da Lei n. 8.171/1999, foi revogada pela MP n. 2.080-58, de 17.12.2000.

2. Em matéria de dano ambiental a responsabilidade é objetiva. O adquirente das terras rurais é responsável pela recomposição das matas nativas.

3. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de ‘utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente’.

4. A Lei n. 8.171/1991 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores. Na verdade, a referida norma referendou o próprio Código Florestal (Lei n.

4.771/1965) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo.

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para negar provimento ao recurso especial” (EDcl no AgRg no REsp n. 255.170/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 22.04.2003).

Não há, portanto, por que se falar em ilegitimidade passiva **ad causam** do adquirente do imóvel para responder a ação civil pública mediante a qual se busca proteger a área de reserva florestal legal no domínio privado, uma vez que é sua a responsabilidade pela ocorrência de danos ambientais. Em outras palavras, é o proprietário, ao tempo da exigência do cumprimento da obrigação de reparação ambiental, que deve responder por ela, visto que adquiriu a propriedade na vigência da legislação impositiva de restrição ao seu uso, além de que, se assim não fosse, jamais as reservas legais no domínio privado seriam recompostas, o que abalaria o objetivo da legislação de assegurar a preservação e equilíbrio ambientais.

A respeito da legitimidade passiva do proprietário da terra para responder à ação, já decidiu este Tribunal feito similar ao presente, inclusive proposto pela Associação de Defesa e Educação Ambiental de Maringá — Adeam, ora recorrente. Confira-se:

“Administrativo. Reserva florestal. Novo proprietário. Legitimidade passiva.

1. O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditas pela Lei Federal.

2. Recurso provido” (REsp n. 264.173/PR, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02.04.2001).

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para declarar que é o proprietário da terra rural questionada na presente ação, ora recorrido, legitimado passivo para a causa.

Devem os autos retornar à origem para que sejam julgadas as demais questões aventadas pelas partes.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 287.728 — SP (2000/0118835-6)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Geraldo Macarenko

Advogados: José Roberto Batochio e outros
Recorrente: Dorival Zanobia Franchozza
Advogados: Daniel Costa Rodrigues e outro
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo — Ação civil pública — Ato de improbidade — Licitação — Irregularidade — Contratação de serviço sem observância das normas administrativas pertinentes — Lei n. 8.429/1992 — Imposição de pena.

1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções.

3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.

4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992.

5. Recursos especiais improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Francisco Peçanha Martins votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

Republicado por haver saído com incorreção do original no DJ de 29.11.2004.

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: Tratam-se de recursos especiais interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando ação civil pública, após rejeitar as preliminares argüidas, confirmou em parte a sentença, condenando o ex-Prefeito de Leme — SP e o beneficiado com o ato de improbidade administrativa, consubstanciada na contratação de serviço sem a observância das normas administrativas pertinentes.

Geraldo Macarenko, ex-Prefeito de Leme — SP, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, alega violação aos arts. 10, 12, II, e parágrafo único e 17 da Lei n. 8.429/1992, sustentando que:

a) o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de entidade pública com representação judicial (art. 17 da Lei n. 8.429/1992 e arts. 129 c.c. 127 da CF);

b) o interesse personalizado pelo ressarcimento ao Erário, não se confunde com interesse difuso, coletivo ou indisponível, de forma que a legitimação é única e exclusiva da pessoa jurídica interessada, que no caso é a Fazenda Pública;

c) é pressuposto necessário à imposição de pena a existência de prejuízo ao Erário (art. 10, **caput**, da Lei n. 8.429/1992) e o acórdão afirmou textualmente que inocorreu prejuízo material, sendo juridicamente impossível a imposição de sanções de que trata o art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992); e

d) ainda que se admitisse a possibilidade de imposição das sanções, estas devem ser individualizadas, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo descabida e desproporcional a gravíssima pena de suspensão dos direitos políticos, pelo só cometimento de uma banal irregularidade administrativa, perfeitamente justificada pela conjuntura inflacionária do período e pelo despreparo de modestos servidores de um pequeno Município, com cerca de trinta servidores apenas. Destaca o recorrente que o acórdão também reconheceu não ter havido proveito patrimonial ilícito.

Dorival Zanóbia Franchozza, o contratado, amparado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta divergência jurisprudencial acerca da legitimidade do Ministério Público para tratar de assuntos dessa natureza, passando a discorrer sobre a matéria a partir de dispositivos constitucionais.

Entende que o veículo próprio para invalidar o ato administrativo atacado é a ação popular e, por isso, caberia a extinção do feito com base no art. 267, VI, do CPC.

Indica, ainda, negativa de vigência ao art. 12 da Lei n. 8.429/1992, por entender que o julgado confirmou parcialmente a sentença, partindo da idéia de que os

serviços contratados eram efetivamente necessários, não tendo sido superfaturados, ou de ter havido acréscimo de bens ou valores ao patrimônio do recorrente. Desta forma, continua a argumentação, o acórdão afrontou a idéia de dolo ou culpa, ao manter como sanção a perda de função pública, a proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica cujos sócios majoritários sejam um dos apenados.

Alega que a prescrição de devolução do lucro de 13,85% do valor do contrato não pode ser considerado como dano patrimonial, obtido ilicitamente pelo agente, ora recorrente; que o lucro obtido, próprio do ramo empresarial, correspondeu ao serviço prestado e está muito abaixo das regras do mercado.

Entende que se houve erro na expedição do ato convocatório, sobre ele não tem responsabilidade o recorrente, que se limitou a atender ao edital.

Aponta ainda negativa de vigência ao art. 23 da Lei n. 8.666/1993, afirmando que inexistiu vício em aferir-se o preço da contratação na data da celebração do contrato, considerando-se tratar-se de um serviço de engenharia. E nessa oportunidade é que deve ser analisado se, efetivamente, a modalidade foi adequada ao certame.

Informa que as propostas foram abertas em 09.03.1994, tendo sido instaurado o procedimento em 03.03.1994 e no dia 14 subsequente houve a edição de nova tabela e, dentro de um quadro inflacionário, os valores não podem ser considerados de forma estática.

Ao final, considera violado o art. 44, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, quando o Tribunal **a quo** deixou de concluir que o teto salarial foi rigorosamente obedecido, porque observado o preço global. Nesse particular, entende que cabe ser revalorada a prova.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento dos recursos.

Em decisão datada de 18.02.2003, após detectar que a primeira questão a ser analisada nesta ação civil pública diz respeito à legitimidade do Ministério Público e que o Tribunal de origem decidiu a matéria sob fundamentos constitucional e infraconstitucional, apliquei a regra contida no art. 543, § 2º, do CPC, sobrestando o julgamento do recurso especial em razão da manifesta prejudicialidade e determinei, em consequência, a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento do recurso extraordinário.

Na Suprema Corte, o Relator, Ministro Carlos Velloso, negou seguimento ao recurso extraordinário, concluindo pela legitimidade do Ministério Público para

propor ação civil pública em defesa do patrimônio público, ao tempo em que afastou a alegada inconstitucionalidade do art. 120, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, sob o argumento de que tal norma não ofende a regra de competência da União para editar normas gerais sobre licitação, concretizando assim o comando constitucional contido no art. 22, XXVII, da CF. Assim, considerou legítima a fixação, pelo Executivo Federal, dos valores relativos a cada modalidade de licitação.

Após o trânsito em julgado, retornaram os autos a esta Corte em 29.06.2004 para julgamento do recurso especial pendente.

Relatei.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Transitada em julgado a decisão da Suprema Corte que concluiu pela legitimidade do Ministério Público para propor a presente ação civil pública, restam prejudicados ambos os recursos especiais relativamente à mesma tese.

Colhe-se do voto condutor do aresto impugnado que o Tribunal de Apelação examinou os tópicos seguintes:

a) mesmo inexistindo dano material, há evidente interesse em agir do Município, para que se faça a reparação do patrimônio moral da municipalidade, atingido pelo ato de improbidade;

b) não se exime o contratado da sua responsabilidade, alegando que atendeu ao convite do edital, não tendo agido com culpa ao fazê-lo porque, segundo o art. 3^o da Lei n. 8.429/1992, há responsabilidade mesmo daquele que concorre indiretamente para a prática do ato ou por parte daquele que vem a beneficiar-se com o ato;

c) inexistência de inconstitucionalidade do art. 120, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, bem assim do Decreto n. 852/1993 e da Portaria n. 382/1994;

d) os índices de correção monetária à época eram todos calculados com base na variação de preços, amplamente divulgados, com validade para todo território nacional, inexistindo incompatibilidade ou conflito ao submeterem os Municípios suas licitações aos valores fixados pela União;

e) desnecessidade de prova pericial para demonstrar a existência de desrespeito ao limite legal da licitação na modalidade de convite;

f) o preço da contratação deve ser aferido, segundo o disposto no art. 23 da Lei n. 8.666/1993, na data da abertura da licitação e não por ocasião da celebração do contrato;

g) ao abandonar o limite contido na portaria vigente na data da abertura do certame, a licitação fez-se por convite, forma menos concorrida, o que obstou fosse feita a tomada de preço, modalidade bem mais ampla, o que dificultaria, sem dúvida, a contratação do beneficiado. Enfim, a modalidade de convite foi direcionada ao beneficiado;

h) ilegalidade no procedimento licitatório, por desobediência ao art. 51 da Lei de Licitações, pois somente um dos membros da comissão de licitação era funcionário estável. Advertiu o julgador que não era aplicável a exceção constante do § 1º do art. 51 porque o Município em tela não pode ser enquadrado na categoria de unidade pequena, pois conta com mais de seiscentos servidores públicos, dos quais trinta lotados na área administrativa, sendo de absoluta instabilidade uma comissão formada por um só servidor estável, outro em estágio probatório e dois outros comissionados. Segundo o acórdão, muito embora não se tenha prova do prejuízo quanto a tal composição, como reconheceu a sentença de primeiro grau, tal fato é, sem dúvida, indicativo de improbidade, pela favorabilidade ao direcionamento da licitação;

i) o direcionamento da licitação fica evidente, à constatação de que as três empresas que acudiram ao convite são formadas das mesmas pessoas, muito embora se trate de pessoas jurídicas distintas;

j) vulnerabilidade aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Destaque-se que o acórdão reformou em parte a sentença assim argumentando:

Com fundamento no art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992, a r. sentença determinou, — a devolução dos valores recebidos pela prestação do serviço contratado. No entanto, como não foi provada a desnecessidade da obra, tendo esta sido executada e recebida pelo Município pelo menor preço, não constando que tenha sido abusivo, o único valor a ser ressarcido é aquele do lucro oriundo do contrato.

A devolução integral levaria ao enriquecimento sem causa do Município, o que não encontra amparo na moral e na justiça. Em conseqüência, o custo dos serviços contratados e executados ficam excluídos, limitando-se o ressarcimento ao lucro de 13,85% do valor do contrato, indicado pelo próprio apelante (fl. 410), atualizado a partir de 09.03.1994, data para a qual foi fixado este valor. A multa, fixada em 20%, também deve incidir sobre o valor atualizado do lucro, a ser restituído também com juros moratórios de 6% ao ano, contados da citação, observada a solidariedade determinada na r. sentença.

Além do lucro supra-indicado, não há nestes autos qualquer prova de acréscimo ilícito de bens ou outros valores ao patrimônio dos apelantes, de forma que fica suprimida a determinação de perda respectiva. Cumpre ressaltar que somente fatos provados no processo de conhecimento podem ser apurados em liquidação, de forma que, salvo o referido lucro, nenhuma outra perda patrimonial pode ser atribuída aos apelantes, neste processo.

Assim sintetizada a matéria a ser examinada neste especial, temos para apreciação as seguintes questões remanescentes:

Recurso de Geraldo Macarenko

O especial interposto por este recorrente aborda dois pontos principais, os quais estão intercalados entre si e podem ser assim sintetizados para melhor compreensão: 1. é pressuposto necessário à imposição de pena a existência de prejuízo ao Erário: inexistindo prejuízo material, é juridicamente impossível a imposição das sanções de que trata o art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992; 2. ainda que se admita a possibilidade de impor sanções, estas devem ser individualizadas, o que inocorreu na hipótese dos autos, não justificando o caso relatado nos autos a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos do recorrente.

De referência à primeira premissa, inteiramente sem razão o recorrente porque não se exige, para a configuração do ato de improbidade, a existência de dano ou prejuízo material. Aliás, desde a época em que surgiu no Direito brasileiro a ação popular, tenta-se ligar a idéia de prejuízo ou dano à perda do Erário, deixando à margem o imenso prejuízo que pode ser causado ao meio ambiente, às artes, à moralidade ou até mesmo ao patrimônio histórico e cultural da Nação, nem sempre mensurável em dinheiro. O equivocado raciocínio está hoje inteiramente superado porque na ação civil pública, acertadamente, a expressão *atos lesivos*, constante do art. 1º da Lei n. 4.717/1965, (ação popular), foi substituída pela expressão *danos morais e patrimoniais*, o que deixa clara a intenção político-legislativa de sancionar não somente os atos danosos aos cofres públicos, mas também as improbidades geradoras de danos imateriais, eis que tais atos atingem a moralidade, requisito que hoje está explicitado na Constituição Federal como princípio da Administração Pública. Assim, é possível haver lesão presumida, na medida em que a moralidade passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito público subjetivo.

Este entendimento encontra-se sedimentado no direito pretoriano desta Corte, como demonstram as ementas que transcrevo, no que interessa:

Processo Civil e Administrativo — Ação civil pública — Alcance — Prova — Súmula n. 07-STJ.

1. A ação civil pública, ao coibir dano moral ou patrimonial, é própria para censura a ato de improbidade, mesmo que não haja lesão aos cofres públicos.

2. Moralidade pública que, quando agredida, enseja censura.

(...)

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 261.691/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, unânime, julgado em 28.05.2002, DJ de 05.08.2002)

Ação de improbidade administrativa. Lei n. 8.429/1992. Violação dos deveres de moralidade e impessoalidade. Contratação mediante carta-convite pelo Município de empresas as quais faziam parte o vice-prefeito e o irmão do prefeito, pessoas impedidas de licitar. Lesão à moralidade administrativa que prescinde da efetiva lesão ao Erário. Sanções político-administrativas compatíveis com a infração. Princípio da razoabilidade.

(...)

6. Recurso parcialmente provido, para aplicar a regra prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992, imputando-se a multa civil em 10 vezes o valor da remuneração, excluindo-se o ressarcimento do dano ao Erário e seus consectários e mantendo a suspensão dos direitos políticos, assim como a inabilitação para contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, como forma de obter a sanção.

(REsp n. 439.280/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, maioria, DJ de 16.06.2003)

De referência à segunda premissa, verifica-se que a demasia constante da sentença, drástica nas punições imputadas aos réus, foi devidamente corrigida pelo Tribunal de Apelação que, com base em equilibradas razões, assim determinou:

Com fundamento no art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992, a r. sentença determinou a devolução dos valores recebidos pela prestação do serviço contratado. No entanto, como não foi provada a desnecessidade da obra, tendo esta sido abusiva, o único valor a ser ressarcido é aquele do lucro oriundo do contrato.

A devolução integral levaria ao enriquecimento sem causa do Município, o que não encontra amparo na moral e na justiça. Em consequência, o custo dos serviços contratados e executados ficam excluídos, limitando-se o ressarcimento ao lucro de 13,85% do valor do contrato, indicado pelo próprio

apelante (fl. 410), atualizado a partir de 09.03.1994, data para a qual foi fixado este valor (...).

Além do lucro supra-indicado, não há nestes autos qualquer prova de acréscimo ilícito de bens ou outros valores ao patrimônio dos apelantes, de forma que fica suprimida a determinação de perda respectiva.

Queixa-se o recorrente da falta de individualização das sanções e da exacerbação do julgado ao impor a pena de suspensão dos direitos políticos.

Entendo que não podem prosperar as alegações. Primeiro porque, sendo os réus partícipes nos atos de improbidade, não houve diferença entre o proceder de um ou de outro, de modo a justificar aplicação de penas distintas.

Quanto à imposição da pena de perda dos direitos políticos, era inarredável a condenação, na medida em que cominada esse tipo de pena, conforme dispõe o art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992.

Recurso de Dorival Zanóbia Franchozza

Segundo alega este recorrente, o acórdão, apesar de partir das premissas de que os serviços contratados eram necessários, de que o objeto não foi superfaturado e de que não houve acréscimo de bens ou de outros valores ao patrimônio do recorrente, ao condená-lo, acabou por afrontar a idéia de dolo ou culpa no que tange ao ato ilícito. Por isso, considera ele uma demasia a manutenção de perda da função pública, de proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, bem como a suspensão de direitos políticos. Enfatiza que o lucro obtido não pode ser considerado como dano patrimonial, mas acréscimo próprio do ramo empresarial, correspondente ao serviço prestado e abaixo das regras do mercado.

Segundo a leitura que faço da sentença e do acórdão, deixaram ambos bem expresso o entendimento de que as diversas irregularidades no processo licitatório, no conjunto fático-probatório, não deixam dúvida da intenção dos réus de beneficiarem-se com a licitação, tornando-os concorrentes privilegiados, o que os conduziu até a contratação. Daí as irregularidades cometidas com o fito de anular a concorrência de outras firmas do ramo, manobras que acabaram levando a uma modalidade de licitação inadequada. Tal proceder, de forma objetiva, independentemente do dolo ou culpa, configura ato de improbidade, atualmente punido em uma terceira esfera, diferente da via penal, da via civil ou da via administrativa.

O conceito de ato de improbidade não é fluido ou intuitivo. Está hoje tipificado na Lei n. 8.429/1992, não sendo demais transcrever o art. 11, pela sua pertinência:

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

(...)

A sanção imposta ao recorrente, como aos demais réus, dentre as penas cominadas, pretendeu anular os benefícios possíveis oriundos do contrato, sem causar enriquecimento indevido ao Município. Daí o ajuste feito pelo Tribunal, no que toca à devolução, restringindo-a à vantagem obtida pela empresa com a execução de um contrato que, se observadas as regras do Direito Administrativo, possivelmente não teria sido realizado pela empresa que se apresentou como vencedora na licitação.

Por um segundo argumento pede o recorrente a reforma do acórdão, ao afirmar o seguinte: se houve erro na expedição do ato convocatório, sobre ele não tem responsabilidade o recorrente, que se limitou a atender ao edital.

Não se pode olvidar que o recorrente, ao participar da licitação, concorreu de forma livre e consciente para galgar vitória na licitação, independentemente dos meios. Se assim não fosse, não teria simulado concorrência por via de convite, atendendo-o como sendo três firmas distintas, embora com os mesmos sócios, em demonstração inequívoca de que trabalharam para sagrarem-se vencedores no certame.

Também argumenta o recorrente que inexistiu vício em aferir-se o preço da contratação na data da celebração do contrato, não se desconsiderando tratar-se de serviço de engenharia; nessa oportunidade é que deve ser analisado se, efetivamente, a modalidade foi adequada ao certame; se as propostas foram abertas em 09.03.1994 e no dia 14 subsequente foi editada nova tabela, porque, dentro de um quadro inflacionário, os valores não podem ser considerados de forma estática.

Como já visto, a conduta dolosa do réu vem do contexto geral, como deixou claro o acórdão e não de um só ponto do contrato, como por exemplo o preço, sendo certo que não se falou em valores alterados ou superfaturados. Todo o questionamento gira em torno de um só fato: abocanhou o réu o serviço, para executá-lo, sem ter efetivamente disputado com outras empresas. Daí a tipificação dada à conduta, a qual atinge não aos cofres da municipalidade e sim à seriedade, à moralidade e à honestidade da Administração.

Finalmente, alega que o teto salarial foi rigorosamente obedecido porque observado o preço global. Embora peça o recorrente que seja revalorada a prova,

para ser computado que foi observado, fielmente, o preço da licitação, tal valoração é inteiramente desnecessária, porque aqui não se cogita de prejuízo mensurável por dinheiro. O que se pretende coibir e sancionar é a atitude, o comportamento do recorrente e não o valor do contrato. Aliás o acórdão deixou claro que a punição deriva da transgressão aos princípios que norteiam a Administração.

Com estas considerações, nego provimento a ambos os recursos, confirmando o acórdão impugnado.

RECURSO ESPECIAL N. 440.150 — RJ (2002/0060956-7)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrentes: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Faria Loureiro

Representado por: Angela Maria Faria Loureiro

Advogado: Jorge Alves de Souza

Recorrido: Município do Rio de Janeiro

Procuradores: Ricardo Fontes Perin e outros

EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Imagem. Uso indevido. Dano moral. Indenização. Cabimento.

1. Ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade.

2. Cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo que garante ao indivíduo a prerrogativa de objetar sua exposição, no que se refere à sua privacidade.

3. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro provido e recurso especial de Daniel Faria Loureiro parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dar parcial provimento ao recurso especial de Daniel Faria Loureiro. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 06.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recursos especiais manifestados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e por Daniel Faria Loureiro com fundamento nas letras **a** e **c** e na letra **a**, respectivamente, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual que, por unanimidade, deu provimento à apelação interposta pelo Município do Rio de Janeiro nos autos da ação de indenização por danos morais proposta pelo menor, representado por sua genitora, pleiteando 250 salários mínimos, contra o ente federativo em razão do uso não autorizado de fotografia em periódico editado sob a responsabilidade da prefeitura.

O v. acórdão julgou improcedente a ação por entender que a publicação da fotografia, ao ilustrar periódico distribuído exclusivamente aos professores da rede pública daquela localidade em material didático e científico, não teve o ânimo de lesar moralmente o autor.

No recurso especial, o Ministério Público carioca alega contrariedade ao art. 17 do Decreto n. 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica), asseverando que a utilização da fotografia sem a autorização, ainda que para uso restrito, representou ingerência arbitrária em sua honra e reputação, bem como assegura divergência jurisprudencial com julgado do STJ quanto ao cabimento de indenização pelo uso indevido da imagem.

Daniel Faria Loureiro, em recurso especial, alega negativa de vigência ao art. 17 do Decreto n. 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica), pelo uso impróprio da imagem, ao art. 460 do CPC e ao art. 3^o da Lei n. 1.060/1950, quando o acórdão inverteu o ônus da sucumbência sem que o Município houvesse consignado esse pedido na apelação, bem como tratou dano moral como dano material.

Recursos extraordinários interpostos simultaneamente.

Contra-razões aos recursos especiais às fls. 260/264 e às fls. 271/275.

Os recursos especiais foram admitidos no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte onde vieram a mim conclusos.

Solicitei a ouvida do Ministério Público Federal que opinou pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Faria Loureiro, representado por sua mãe, apresentaram recursos especiais fundados no art. 105, III, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça carioca que decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação do Município do Rio de Janeiro e afastou a indenização de 100 salários mínimos concedida pela sentença, por entender que não houve ânimo em lesar moralmente o autor, portador de paralisia cerebral transposta, aluno da rede municipal de ensino, fotografado sem autorização de seus responsáveis, imagem utilizada em material distribuído pela Prefeitura daquela localidade.

A Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu nos termos da ementa abaixo transcrita (fl. 165):

“Indenização. Dano moral. Publicação e fotografia em material didático-científico. Ausência de lesividade.

A matéria enfocada diz respeito a jovem portador de paralisia cerebral transposta, aluno da rede municipal de ensino que, no exercício de suas atividades escolares, fora fotografado sem a permissão de seus responsáveis legais, tendo a fotografia ilustrado uma publicação didática do Município, distribuída aos profissionais da rede de ensino.

Na matéria lá transcrita, não houve o ânimo de lesar moralmente o autor, ou qualquer de seus colegas lá estampados, mormente que sequer fora nomeado no texto. Ao contrário, a fotografia do autor foi reproduzida em trabalho periódico realizado pelo Município, com distribuição exclusiva aos professores da rede pública, com escopo único de fornecer material didático e científico, que interessa como aperfeiçoamento profissional, o que abrange o interesse da coletividade superando o individual.

O dano moral, protegido pelo constitucional, não pode ser interpretado como ‘indústria de lesados’ sob pena de gerar a banalização da honra da auto-estima e do sofrimento humano.

Recurso conhecido e provido para reformar a sentença, julgando improcedente o pleito inicial.”

No recurso especial fundado nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, o Ministério Público carioca alega contrariedade ao art. 17 do Decreto n. 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica), asseverando que o Município utilizou indevidamente a imagem do menor, bem como indica divergência jurisprudencial com julgado do STJ quanto à possibilidade de indenização por dano moral pelo uso impróprio da imagem.

Daniel Faria Loureiro, em recurso especial fundado na letra **a** do art. 105, III, da CF, alega negativa de vigência ao art. 17 do Decreto n. 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica), ao art. 460 do CPC e ao art. 3^a da Lei n. 1.060/1950, em razão do uso indevido da imagem e da decisão diversa do pedido do Município.

Quanto à alegada violação ao art. 17 do Decreto n. 678/1992, tenho que ocorreu erro material em sua citação, visto que o texto trazido pelo Ministério Público refere-se ao art. 11 do anexo ao Decreto n. 678/1992, dispositivo que se refere à questão, que determina:

“Art. 11. Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

No mesmo sentido, erro material do recurso de Daniel Faria Loureiro, que ao longo da peça recursal discorre sobre a ingerência sem autorização na vida privada do autor.

O ordenamento pátrio reprova intromissões na vida privada do indivíduo. Nesse sentido o Decreto n. 678/1992, que internalizou o Pacto de São José da Costa Rica.

O conceito de intimidade refere-se aos fatos e manifestações verificados na esfera mais restrita dos relacionamentos estabelecidos pela pessoa. São as relações firmadas com a família e com amigos mais íntimos. Outrossim, em se tratando do conceito de vida privada, tem-se o alargamento dessas vinculações. Ela diz respeito aos relacionamentos no âmbito profissional, do ensino regular, acadêmico, comercial, religioso, dentre outros, porém limitados pela proximidade e confiança. Segundo **René Ariel Dotti**, in “Proteção da vida privada e liberdade de informação”.

São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, “a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade moderna...”

Imiscuir-se nessas relações, sem a devida autorização, consiste em violar direito de privacidade, garantia fundamental, inclusive.

Ao utilizar a imagem do estudante para ilustrar o periódico, sem a competente anuência dos seus pais, o ente federativo violou o direito da pessoa de se manter distante da publicidade indesejada e de resguardar a sua privacidade.

Quanto à divergência jurisprudencial alegada pelo Ministério Público, tenho-a por configurada. O uso indevido da imagem pode consistir em objeto de indenização por dano moral, porque atinge a pessoa em sua privacidade e intimidade.

Este Tribunal firmou o entendimento de que cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo, garante ao indivíduo a prerrogativa de objetar sua exposição, no que se refere à sua privacidade.

Nesse sentido:

“Direito à imagem. Modelo profissional. Utilização sem autorização. Dano moral. Cabimento. Prova. Desnecessidade. **Quantum**. Fixação nesta instância. Possibilidade. Embargos providos.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

IV - O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional.” (EREsp n. 230.268/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04.08.2003).

Quanto aos demais dispositivos de lei que no recurso especial Daniel Faria Loureiro tem por violados, não foram as matérias neles disciplinadas debatidas no acórdão recorrido, pelo que não restou preenchido o necessário requisito do prequestionamento, por isso incide o Enunciado n. 282 da súmula do STF.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dou parcial provimento ao recurso especial de Daniel Faria Loureiro, para desconstituir o acórdão recorrido e restabelecer a sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 518.768 — SC (2003/0048145-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: União

Recorridos: Waldemar Tonelli e cônjuge

Advogados: Carlos Rodolfo Pinto da Luz e outro

EMENTA

Processo Civil e Administrativo — Desapropriação — Prazo prescricional — Interrupção — Art. 172 do Código Civil.

1. Está sedimentado na jurisprudência que é vintenária a prescrição da desapropriação indireta, cuja natureza é, em verdade, de uma ação de indenização que substitui a ação reivindicatória, justificando o longo prazo decadencial.

2. Sob o aspecto formal, não poderia a Portaria n. 31/1977, do DNER, ratificar ou modificar o conteúdo de um decreto expropriatório (Decreto n. 59.829/1966), mas o ato evidencia inequívoca manifestação da Administração Pública na desapropriação, o que enseja a interrupção da prescrição, nos termos do art. 172 do Código Civil.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sr^a. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sr^a. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

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

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ de 29.11.2004

RELATÓRIO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon: A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação de desapropriação indireta proposta contra o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER, reconhecendo a ocorrência da prescrição.

O Tribunal Regional Federal da 4^a Região reformou o julgado, dando provimento ao apelo, sob dois fundamentos: que, na hipótese, a prescrição é vintenária; bem como que a Portaria n. 31/1977, do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, revigorou o decreto expropriatório (Decreto n. 59.829/1966), interrompendo o lapso prescricional, nos termos do art. 172 do antigo Código Civil. O acórdão restou assim ementado:

Embargos infringentes. Desapropriação. Utilidade pública. Interrupção do prazo de prescrição.

A edição da Portaria n. 31, de 29.04.1977, revigorando o Decreto n. 59.829/1966, declarou de utilidade pública os atos para fins de desapropriação, logo, interrompe-se a prescrição, eis que reconhecido o direito dos autores pela autarquia-ré. Aplica-se o art. 172, V, do CCB.

Embargos infringentes improvidos.

Em recurso especial, com base no permissivo constitucional da alínea **a**, alega a *União* negativa de vigência ao art. 172, V, do Código Civil então em vigor, sustentando que a edição da referida portaria não implicou a ocorrência da hipótese de interrupção de prescrição.

Sem as contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sr^a. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Pelo Decreto n. 59.829, de 1966, o DNER renovou a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, das áreas de terreno questionadas nos autos, situadas no Estado de Santa Catarina, tendo sido construída a rodovia federal denominada BR-101.

Em 1977, por meio da Portaria n. 31/DNER, mais uma vez, foi renovado o referido ato declaratório, para efeito de desapropriação e afetação para fins ro-

doviários, de áreas de terra e benfeitorias situadas na faixa de domínio da citada rodovia.

A presente ação somente foi proposta em 1992, estando sendo questionado nos autos a ocorrência ou não da prescrição.

No entendimento do Tribunal **a quo**, a prescrição não se efetivou, uma vez que a Portaria n. 31/1977 teve o condão de interrompê-la, por força do disposto no art. 172, V, do antigo Código Civil, de seguinte teor:

Art. 172. A prescrição interrompe-se:

(...)

V - Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Já a recorrente defende a ocorrência da prescrição, extraindo-se do seu recurso especial os seguintes argumentos: a) que a desapropriação ocorreu efetivamente em 1968, por meio do Decreto n. 59.826/1966, não tendo a Portaria n. 31/1977, expedida pelo DNER, o condão de revalidar ato de competência do Presidente da República; e b) que a referida portaria não foi juntada aos autos, inexistindo prova da hipótese de interrupção da prescrição.

Assim, sustenta que “não ocorreu o ‘ato inequívoco’ suficiente para ensejar a aplicação da hipótese prevista na norma expressa no art. 172, V, do Código Civil.”

Não merecem guarida os referidos fundamentos, na medida em que a própria Administração, por ato cuja legalidade pode ser contestada, decidiu renovar o decreto expropriatório. Ora, a valia da portaria, para o fim nela contido, poderia perfeitamente ter sido impugnado pelo particular, mas demonstra à saciedade o inequívoco interesse do DNER em apossar-se da área que acabou saindo do poder do particular. Se a portaria é uma espécie de manifestação estatal do desejo de expropriar, não tenho dúvida de que tem aplicação o disposto no art. 172 do Código Civil.

Quanto à falta de juntada aos autos da Portaria n. 31/1977, tal questão não pode ser apreciada nesta instância por óbice da Súmula n. 07-STJ. De qualquer forma, essa deficiência restou superada pela transcrição do teor da norma no acórdão recorrido, à fl. 82.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso da *União*, confirmando o acórdão impugnado.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 550.127 — PE (2003/0095513-4)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Maria Helena Urbano Ribemboim e outros

Recorrida: Montel Ltda

Advogados: Renata Sonoda Pimentel e outros

EMENTA

Processual Civil — Tributário — Mandado de Segurança — Impeção após assinatura do termo de parcelamento — Decadência — Precedentes.

— Impetrado o mandado de segurança objetivando a não-execução do débito tributário, após a assinatura do Termo de Confissão e Parcelamento do Débito, não há que se falar em caráter preventivo do **mandamus**, ocorrendo a decadência consoante o art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

— Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 05 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

DJ de 13.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pela Fazenda Nacional, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 5ª Região que deu provimento à apelação da empresa Montel Ltda nos autos de ação mandamental preventiva impetrada pela ora recorrida

objetivando não se submeter aos efeitos da ação fiscal que apurou irregularidades quanto ao PIS, ao Finsocial e à Contribuição Social, bem como para que fosse decretada a anulação do referido procedimento fiscal.

A sentença de 1ª grau federal entendendo ser intempestiva a impetração de 03.09.1997, nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, indeferiu o pleito, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC.

Assim, tendo a impetrante assinado Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento em setembro de 1995, proclamou transcorrido o prazo decadencial de cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

O Tribunal **a quo**, apreciando a apelação da impetrante, proclamou não ser aplicável o art. 18 da Lei n. 1.533/1951 aos mandados de segurança preventivos, já que impetrados anteriormente ao ato coator concreto.

Insurge-se a Fazenda Nacional alegando negativa de vigência ao art. 18 da Lei n. 1.533/1951 e ao inciso IV do art. 269 do CPC. Sustenta que a impetrante pretende anular procedimento fiscal, logo não se pode falar em mandado de segurança preventivo. Afirma, ainda, que a impetrante assinou Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento em 1ª.09.1995 referente ao débito fiscal decorrente de Auto de Infração do IRPJ, o qual pretende anular nessa ação mandamental. Portanto, incidente a regra do citado art. 18 já que o Tribunal considerou o mandado de segurança como preventivo, quando não o é, deixando de reconhecer a ocorrência da decadência.

Apresentadas contra-razões e admitido o especial na Corte de origem, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Cuidam os autos, originariamente, de mandado de segurança preventivo impetrado por Montel Ltda contra o Delegado da Receita Federal em Recife objetivando que a impetrada proceda à execução fiscal do débito referente ao IRPJ objeto de autuação, pelo Fisco, no Processo n. 10.480.008454/91-83, Anexo I, por não dispor de escrituração contábil, omitindo receita.

O receio da impetrante fundou-se, ainda de acordo com a inicial, no recebimento do aviso enviado, pela impetrada, onde consta: “Esta Procuradoria da Fazenda Nacional efetuou, em 04.06.1997, a inscrição em Dívida Ativa da União do débito em nome de V. Sª., de número e natureza especificados abaixo, para ajuizamento da competente execução fiscal. Referido débito poderá ser pago, antes de execução, na rede bancária, através do Darf a ser encaminhado.”

Ao final, pleiteou a impetrante “a anulação do referido procedimento fiscal e arquivamento do processo administrativo, haja vista que o Auto de Infração Matriz e seus reflexos são eivados de ilegalidades”. (Fl. 14)

A sentença de primeiro grau federal, observando “não haver, nestes autos, a comprovação da data exata em que a impetrante fora intimada da decisão do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que negou seguimento ao recurso administrativo por ela interposto” e considerando ter a impetrante anexado aos autos “um Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento referente ao Processo n. 10.480.008454/91-83, em que confessa expressamente ser devedora da importância ali especificada e subscrito em setembro de 1995, a partir de quando, no máximo, dar-se-ia o início do cômputo do prazo decadencial”, entendeu ser intempestiva a impetração de 03.09.1997, portanto decorridos mais de 120 (cento e vinte) dias (art. 18 da Lei n. 1.533/1951), contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Nos aclaratórios opostos à sentença monocrática, reitera a impetrante o objetivo do **mandamus**, ou seja, “o justo receio de vir a ser executado pela Embargada por um débito ilícito e ilegítimo, conforme bem explanado na peça exordial”. Sustenta, ainda, a tese no sentido de que ainda que a impetração não fosse preventiva, esta seria tempestiva, já que o prazo decadencial contar-se-ia a partir da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, que se deu em 04.06.1997 quando a embargante foi avisada, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, da inscrição na Dívida Ativa da União.

Os embargos de declaração foram rejeitados, ao seguinte fundamento (fl. 203):

“Conforme se observa na petição inicial, a impetrante firmou Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento do Procedimento Fiscal de n. 10.480.008454/91-83, em setembro de 1995, em que confessa expressamente ser devedora da quantia ali especificada. No entanto, somente agora, dois anos após a referida confissão, pretende anular o procedimento fiscal, alegando haver justo receio de vir a ser executada por uma quantia que entende ser ilícita e ilegítima. Verifica-se, portanto, que decadenciou o direito da impetrante de utilizar-se da via mandamental, eis que decorrido o prazo máximo fixado pela Lei n. 1.533/1951, nos termos do seu art. 18.

Este *writ* é intitulado de forma equivocada como preventivo, mas, como se vê claramente do pedido de mérito, objetiva anular o Procedimento Fiscal n. 10.480.008454-83, cuja dívida confessou há mais de dois anos, conforme comprovado pela própria impetrante.

Na hipótese de os embargantes entenderem que este Juízo não decidiu acertadamente, ao reconhecer a decadência do direito à impetração, a sentença somente poderá ser corrigida mediante recurso próprio.”

Tratam os autos de questão atinente à ocorrência da decadência, em sede de mandado de segurança impetrado como preventivo.

Em sede de recurso de apelação interposto pela empresa impetrante, o TRF da 5ª Região reformou a sentença proclamando acórdão, ementado nos seguintes termos (fl. 222):

“Tributário. Processual Civil. PIS. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Impossibilidade. ausência de elementos autorizadores para aplicação dos arts. 515 e 516 do CPC. Devolução da matéria ao juízo de origem.

1. Não se aplica o art. 18 da Lei n. 1.533/1951, aos mandados de segurança preventivos, vez que impetrados anteriormente ao ato coator concreto.

2. Incabível a extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC.

3. À ausência de elementos autorizadores ao exame do mérito, face à necessidade de dilação probatória, a autorizar a aplicação dos arts. 515, § 1º, e 516, ambos do CPC, devolvem-se os autos ao juízo de origem para prosseguimento do feito.

4. Apelação provida.”

Vale transcrito, ainda, a título elucidativo, trecho do voto que conduziu ao julgado ora em comento, **verbis** (fl. 223):

“Com efeito, sendo o mandado de segurança preventivo impetrado com base em ato administrativo de caráter geral passível, ainda, de individualização e concretização por parte da autoridade coatora, não há que se falar em contagem do prazo decadencial, que, face ao referido dispositivo, apenas terá curso com o ato individualizado, a vergastar direito líquido e certo do impetrante, simplesmente porque visando ao MS preventivo, afastar uma ameaça — ato por vir —, e não a eficácia de um ato já concretizado, não há que se falar em relação a tal ação mandamental, em decadência, à ausência, exatamente, de um termo **a quo**, para o curso do prazo decadencial, que exsurge de um ato concreto tido como ofensivo pelo impetrante, ato este, no caso, não identificado.”

Contra essa decisão a Fazenda Nacional recorre especialmente sustentando que a impetração pretende anular o procedimento fiscal e, por esta razão, não se pode falar em mandado de segurança preventivo. E que, tendo a impetrante ora recorrida assinado Termo de Confissão de Dívida e Parcelamento referente ao débito fiscal de Auto de Infração do IRPJ e constante do mesmo processo (Processo n. 10.480.008454/91-83), em 1º.09.1995, pretende anular algo que já ocorreu, não

cabendo medida preventiva. E de setembro de 1997 deve ser contado o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração. Ocorrendo esta em setembro de 1997, impõe-se reconhecer a decadência, extinguindo-se o processo com julgamento do mérito, nos termos do inciso IV do art. 269 do CPC.

Assiste razão à Fazenda recorrente.

Na hipótese dos autos, o ato em face do qual foi impetrado o **mandamus** é a execução fiscal.

A intimação da Receita Federal dando ciência da decisão do Conselho de Contribuintes para recolher “o débito em anexo” e comunicando o *encaminhamento para a cobrança executiva caso não ocorra o pagamento do débito*, deu-se em 15.04.1994.

A impetração deu-se em 02.09.1997, antes de promovida a execução fiscal, contra a exigência de tributo.

Esta egrégia Corte, através de incontáveis julgados, firmou o entendimento no sentido de que a impetração promovida contra a cobrança de tributo, antes do ajuizamento da execução fiscal, é tida como preventiva.

Nesse sentido:

“Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Anterioridade à cobrança da exação. Caráter preventivo. Prazo decadencial. Inocorrência.

1. Consoante entendimento desta Corte, o mandado de segurança impetrado contra cobrança de tributo, antes do lançamento ou qualquer ato tendente ao recebimento da exação, tem caráter preventivo, pelo que não há falar em prazo decadencial. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 85.602/BA, DJ 1ª.07.2002, Relatora Ministra Laurita Vaz)

Não obstante, a impetrante assinou Termo de Confissão e Parcelamento de Débito, como já assinalado. Portanto, não se enquadra a hipótese dos autos entre aquelas classificadas como de caráter preventivo se a impetração ocorreu em 02.09.1997, dois anos após o parcelamento do débito, em 1ª.09.1995 (v. fl. 139).

Nessa linha, vale citar:

“Processo Civil. Tributário. Mandado de segurança preventivo. Dedução de correção monetária relativa a janeiro de 1989 (Plano Verão) no ano-base de 1994. Imposto de renda e contribuição social sobre o lucro. Afastamento da decadência.

1. Em matéria tributária, há um permanente estado de ameaça gerada pela potencialidade objetiva da prática de ato administrativo fiscal dirigido

ao contribuinte, surgindo o fato que enseja a incidência da lei ou de outra norma, questionadas quanto a sua validade jurídica. O lançamento ou inscrição do crédito tributário como dívida ativa, de regra, é que concretizam a ofensa ao direito líquido certo. Por essa espia, antecedentemente não se pode fincar o início do prazo decadencial para a impetração preventiva do mandado de segurança (art. 18, Lei n. 1.533/1951).

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.” (REsp n. 228.736/RJ, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 15.04.1992)

Assim, tendo a impetrante ajuizado o **mandamus** após o parcelamento da dívida, não há que se falar em caráter preventivo, incidindo a regra do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, que determina o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a decadência.

Do exposto, conheço e dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau federal.

RECURSO ESPECIAL N. 553.391 — AL (2003/0116226-8)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Capiata Aquicultura Comércio e Exportação Ltda

Advogado: José Idemar Ribeiro

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Josemar de Oliveira Santos Neves e outros

EMENTA

Recurso especial — Alíneas **a** e **c** — Tributário — Mandado de segurança — Compensação de valores indevidamente recolhidos a título de Funrural com débitos decorrentes de autuação pela autoridade administrativa — Possibilidade — Súmula n. 213-STJ.

“Ao editar a Súmula n. 213, este Sodalício consagrou o entendimento no sentido da possibilidade de utilização do mandado de segurança para a declaração do direito à compensação de créditos tributários. É uníssona a jurisprudência do STJ, outrossim, ao proclamar que a compensação de tributos sujeitos ao lançamento por homologação não necessita de prévia manifestação da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada

em julgado para a configuração da certeza e liquidez dos créditos” (REsp n. 238.727/MG, da relatoria deste subscritor, DJ de 08.10.2001).

Para o reconhecimento em Juízo do direito à compensação, será dispensado qualquer pronunciamento da autoridade administrativa, que poderá fiscalizar a regularidade do procedimento em momento posterior, assegurada a possibilidade de cobrança de eventuais créditos remanescentes.

Recurso especial provido, para reconhecer o cabimento do mandado de segurança para a declaração do direito à compensação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Impedido o Sr. Ministro Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Sustentou oralmente a Dr^a. Lísia Moniz de Aragão pela recorrente.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto por Capiata Aquicultura Comércio e Exportação Ltda, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição da República, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5^a Região, no qual restou decidido que “não encontra amparo legal a pretensão da apelante de compensar os supostos créditos com o débito que lhe está sendo cobrado, de forma a operar a imediata extinção. Tal procedimento colocaria o juiz na posição de autoridade lançadora, em desconformidade com o que preceitua o art. 142 do Código Tributário Nacional” (fl. 190).

Sustenta a recorrente, em suma, que houve ofensa ao disposto nos arts. 66 da Lei n. 8.383/1991, 142, 150 e 170 do CTN, além de divergência jurisprudencial com precedente do STJ. Alega que a compensação pode ser autorizada no

caso dos autos, pois deve distinguir a hipótese dos arts. 66 da Lei n. 8.383/1991 e 170 do CTN, razão pela qual deve ser assegurado ao contribuinte a compensação dos créditos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Emerge dos autos que pretendia a empresa recorrente, nos autos do mandado de segurança, fosse-lhe reconhecido o direito à compensação dos valores lançados na notificação de débito com os valores recolhidos a maior a título de contribuição para o Funrural.

Merece guarida a pretensão recursal.

A questão relativa ao cabimento de mandado de segurança para reconhecer o direito à compensação de créditos tributários indevidamente recolhidos é pacífica nesta Corte.

A jurisprudência desta egrégia Seção é uníssona, também, ao proclamar que a compensação de tributos sujeitos ao lançamento por homologação não necessita de prévia manifestação da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado para a configuração da certeza e liquidez dos créditos.

Dessa forma, com razão a recorrente ao pretender que prevaleça no caso dos autos a orientação firmada no v. acórdão chamado à colação, no qual restou consignado que, “os créditos ficam sujeitos a lançamento por homologação, na forma preconizada nos arts. 66 da Lei n. 8.383/1991 e 150 do CTN, dispensados, pois, o prévio reconhecimento da sua liquidez e certeza pela autoridade fiscal ou decisão judicial transitada em julgado” (fl. 201).

Assim, reitere-se, para o reconhecimento em Juízo do direito à compensação, será dispensado qualquer pronunciamento da autoridade administrativa, que poderá fiscalizar a regularidade do procedimento em momento posterior, assegurada a possibilidade de cobrança de eventuais créditos remanescentes.

A corroborar essa assertiva, o excerto do voto transcrito a seguir, proferido no Recurso Especial n. 218.026/RJ, da relatoria do eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 04.12.2000, no qual a egrégia Segunda Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, deu provimento ao recurso do contribuinte, **verbis**:

“O art. 66 da Lei n. 8.383/1991 autoriza o contribuinte, independente de prévia autorização, efetuar a compensação de tributos ou contribuições federais indevidos ou pagos a maior, incumbindo à Administração fiscalizar o encontro

de contas e ao Judiciário, apenas, declarar esse direito, uma vez comprovado o recolhimento indevido.”

Na mesma esteira, o seguinte julgado:

“Tributário. Agravo Regimental. Recurso especial. Finsocial. Compensação. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991. Art. 170-A do CTN. Não-incidência.

I - A lei assegura ao contribuinte, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, o direito de compensar tributos pagos indevidamente ou a maior, dispensados, portanto, para a configuração da certeza e liquidez, o prévio reconhecimento da autoridade fazendária ou a existência de decisão judicial transitada em julgado.

II - Não se aplica o art. 170-A do CTN à hipótese dos autos, uma vez que a contribuinte não pretende a compensação de valores exatos, mas a compensação no âmbito do lançamento por homologação (REsp n. 555.058/PE, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 25.02.2004).

III - Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp n. 624.065/PE, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 27.09.2004).

Agregue-se, ainda, que, ao editar a Súmula n. 213, este Tribunal consagrou entendimento no sentido da possibilidade de utilização do mandado de segurança, para a declaração do direito à compensação de créditos tributários, **verbis**:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Pelo que precede, dou provimento ao recurso especial, para reconhecer o cabimento do mandado de segurança para a declaração do direito à compensação de créditos tributários.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 669.189 — RN (2004/0101222-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Danielle Menezes Evangelista e outros

Recorrido: Sérgio Marcelo Bezerra

Advogado: Alfredo José Pereira e Silva

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Imposto de renda na fonte. Folgas não gozadas. Mudança de regime de sobreaviso. Diminuição da jornada de trabalho. Sistema de revezamento. Um dia de trabalhado por um dia e meio de folga. Comando da CF/1988. Adaptação dos contratos de trabalho apenas em agosto de 1990. Acordo coletivo — Petrobras. Indenização de horas trabalhadas. Caráter indenizatório. Hipótese distinta do pagamento de hora extra a destempo.

As verbas em debate percebidas pelos recorrentes decorrem de indenização por folgas não gozadas, prevista na Lei n. 5.811/1972 e devidas em virtude de alteração promovida nos regimes de turno ininterrupto de revezamento, com o advento da CF/1988, que modificou seu regime de trabalho.

O sistema de revezamento em que laboravam os recorrentes, conhecido por 1 x 1 (um dia de trabalho por um dia de folga), previsto nos arts. 2^a e seguintes da Lei n. 5.811/1972, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude de uma extensão dos efeitos do inciso XIV do art. 7^a para os empregados que trabalhavam em regime de sobreaviso, passou a ser 1 x 1,5 (um dia de trabalho por um dia e meio de folga).

A Petrobras apenas conseguiu adaptar os contratos de trabalho e implantar turmas de serviço de acordo com o novo regime de trabalho dois anos após a promulgação da CF/1988. Por meio de acordo coletivo assinado em agosto de 1990, comprometeu-se a indenizar os períodos de folga não gozados por seus empregados, seguindo as disposições do art. 9^a da Lei n. 5.811/1972, cuja base de cálculo seria o valor da hora extra do turno respectivo, bem como indenizar a supressão do adicional de sobreaviso habitualmente pago àqueles. O montante foi acertado em parcelas mensais, pagas de 1995 a 1996, tendo essas verbas sofrido a incidência do imposto de renda na fonte.

Com efeito, o dano sofrido pelos empregados da Petrobras que ensejou a intitulada “Indenização de Horas Trabalhadas” está consubstanciado justamente nos dias de folga acrescidos pela Constituição — mas não gozados, percepção que descaracteriza e afasta o tratamento dado ao caso dos autos até o momento como mera hipótese de pagamento de hora extra a destempo.

A impossibilidade do empregado de usufruir desse benefício gera a indenização, porque, negado o direito que deveria ser desfrutado **in natura**, surge o substitutivo da indenização em pecúnia.

A natureza indenizatória desse pagamento não se modifica para salarial, diante da conversão em pecúnia desse direito.

O dinheiro pago em substituição a essa “recompensa” não se traduz em riqueza nova, nem tampouco em acréscimo patrimonial, mas apenas recompõe o patrimônio do empregado que sofreu prejuízo por não exercer esse direito à folga. Em conseqüência, não incide o imposto de renda sobre essa indenização.

Precedente: REsp n. 642.872/RN, da relatoria deste Magistrado, julgado em 10.08.2004, por unanimidade.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que julgou demanda relativa à incidência de imposto de renda sobre verba denominada “indenização de horas trabalhadas”.

A ementa do v. julgado restou vazada nos seguintes termos:

“Tributário. Jornada de trabalho em turno ininterrupto de revezamento. Redução pela Constituição Federal de 1988. Acordo coletivo da Petrobras.

Aumento da relação dias de trabalho/dias de descanso. Folgas acumuladas. 'Indenização de Horas Trabalhadas — IHT'. Imposto de renda. Isenção.

— Os valores percebidos pelos trabalhadores da companhia petrolífera em contrapartida aos dias de descanso não fruídos, denominados de 'Indenização de Horas Trabalhadas', têm natureza de indenização — a exemplo dos auferidos em virtude das licenças-prêmio ou das férias (1/3) não gozadas —, pois não representam aquisição de disponibilidade econômica decorrente do trabalho, do capital ou da combinação de ambos (art. 43 do CTN), de sorte a não se amoldar ao conceito de fato gerador para efeito de incidência do imposto de renda. Trata-se de mera conversão em pecúnia do indigitado direito, o que não altera para mais nem para menos o patrimônio pessoal dos trabalhadores.

— Apelação e remessa oficial desprovidas” (fl. 153).

Irresignada, aduz a Fazenda que a Corte de origem negou vigência ao inciso I do art. 43 e ao inciso II do art. 114, todos do Código Tributário Nacional e o art. 9º da Lei n. 5.811/1972, uma vez que os valores recebidos pelos recorrentes representam acréscimo patrimonial, por se tratarem de pagamento de horas extras.

Pugna, por derradeiro, pelo “reconhecimento da legalidade da incidência de imposto de renda sobre a verba recebida a título de IHT, com a aplicação de juros e multa devidos, invertendo-se os ônus da sucumbência” (fl. 161).

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator.): A controvérsia está centrada na compreensão da natureza jurídica das verbas recebidas pelo recorrente a título de “Indenização por Horas Trabalhadas” pagas pela Petrobras nos anos de 1995 a 1996, as quais sofreram a incidência de imposto de renda na fonte.

As verbas em debate decorrem de indenização por folgas não gozadas, devidas em virtude de alteração promovida nos regimes de turno ininterrupto de revezamento, com o advento da CF/1988, que modificou seu regime de trabalho.

Conforme relatado nos autos, o recorrido trabalhava para a Petrobras em regime de sobreaviso, regulado pelas disposições da Lei n. 5.811/1972. Referido diploma legal previa uma indenização no caso de alterações do regime de trabalho, conforme se infere da leitura de seu art. 9º, **verbis**:

“Art. 9º Sempre que, por iniciativa do empregador, for alterado o regime de trabalho do empregado, com a redução ou supressão das vantagens ineren-

tes nos regimes instituídos nesta lei, ser-lhe-á assegurado o direito à percepção de uma indenização.”

Depreende-se dos autos que os recorrentes laboravam de acordo com o sistema de revezamento conhecido por 1 x 1 (um dia de trabalho por um dia de folga) — arts. 2^a e seguintes da Lei n. 5.811/1972. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e em virtude de uma extensão dos efeitos do inciso XIV do art. 7^a para o pessoal que trabalhava em regime de sobreaviso, o esquema de revezamento deveria ser 1 x 1,5 (um dia de trabalho por um dia e meio de folga) em atenção ao comando constitucional.

Ocorre que a Petrobras apenas conseguiu adaptar os contratos de trabalho e implantar turmas de serviço de acordo com o novo regime de trabalho dois anos após a promulgação da CF/1988. Por meio de acordo coletivo assinado em agosto de 1990, comprometeu-se a indenizar os períodos de folga não gozados por seus empregados, cuja base de cálculo seria o valor da hora extra do turno respectivo, bem como indenizar a supressão do adicional de sobreaviso habitualmente pago àqueles. O montante foi acertado em parcelas mensais, pagas de 1995 a 1996, tendo essas verbas sofrido a incidência do imposto de renda na fonte.

Assim, o dano sofrido pelos empregados da Petrobras que ensejou a intitulada “Indenização de Horas Trabalhadas” está consubstanciado justamente nos dias de folga acrescidos pela Constituição — mas não gozados, acumulados durante o período compreendido entre outubro de 1988, quando da promulgação da Carta Magna, e agosto de 1990, momento em que se deu a assinatura do acordo coletivo que implantou o novo sistema.

O recorrido houve por bem consultar a Receita Federal que, na ocasião, reconheceu a não-incidência do imposto de renda sobre a “Indenização de Horas Trabalhadas” e restituiu os valores indevidamente tributados.

Posteriormente, todavia, **a contrario sensu**, a Receita Federal deu início a procedimento fiscal no intuito de cobrar os impostos restituídos ao recorrente, acrescido de multa, o que ensejou a presente ação declaratória de isenção tributária.

A partir do manejo dos autos e da leitura do relato do recorrido, é de fácil aferição que merece acolhida a pretensão recursal, muito embora diverso o entendimento firmado pelas instâncias de origem.

O julgado do Tribunal **a quo** está em acordo com o posicionamento desta colenda Corte quanto à natureza do pagamento de indenização referente à supressão de vantagens adquiridas durante a relação de emprego, por força de acordo coletivo. É o que se infere da leitura dos seguintes precedentes, **verbis**:

“Tributário. Imposto de renda. Pessoa física. Supressão de vantagens trabalhistas. Caráter indenizatório. Acordo coletivo. Não-incidência do tributo.

1. O pagamento de verbas pelo empregador, a título de indenização pela supressão de vantagens incorporadas ao patrimônio do empregado por força de acordo coletivo, não sofre a incidência do imposto de renda na fonte.

2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 197.878/MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 19.02.2001).

“Recurso especial. Tributário. Não incidência de imposto de renda nos valores recebidos a título de licença-prêmio, férias, folgas não gozadas, abono de férias. Compensação.

A impossibilidade dos recorridos de usufruir dos benefícios, criada pelo empregador ou por opção deles, titulares, gera a indenização, porque, negado o direito que deveria ser desfrutado **in natura**, surge o substitutivo da indenização em pecúnia.

O dinheiro pago em substituição a essa recompensa não se traduz em riqueza nova, nem tampouco em acréscimo patrimonial, mas, apenas recompõe o patrimônio do empregado que sofreu prejuízo por não exercer esse direito.

Não configurada, portanto, hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Recurso especial improvido” (REsp n. 584.445/SE, Relator este Magistrado, julgado em 22.06.2004).

No tocante ao imposto de renda, o art. 43 do Código Tributário Nacional assim disciplina renda e proventos de qualquer natureza:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

A bandeira “salário não é renda” há muito foi sepultada pelo nosso direito fiscal positivo.

Isso, contudo, não permite confundir salários ou vencimentos com indenização. Nem essa possibilidade está agasalhada pelo sistema jurídico vigente.

Nos termos do art. 153, inciso III, ainda da Carta Política de 1988, compete à União instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza.

A incidência da tributação deve obediência estrita ao princípio constitucional da legalidade (art. 150, inciso I). O Código Tributário Nacional, com a autoridade de lei complementar que o caracteriza, recepcionado pela atual Carta Magna (art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), define o conceito de renda e o de proventos de qualquer natureza (art. 43, incisos I e II).

Como as verbas foram recebidas pelo recorrente a título de indenização, leia-se “Indenização por Horas Trabalhadas”, há a isenção, porquanto a indenização não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Sobre não ser fruto do capital, ociosas quaisquer considerações, por falta de relação entre causa e efeito: do capital derivam valores com conteúdo econômico, tais como juros, ações, remunerações, dividendo, utilidades, enfim, riqueza nova, na acepção técnico-financeira do termo; mas, do capital, **per se**, não se extraem indenizações.

A lei fiscal ordinária (Lei n. 7.713/1988) deixa à margem da tributação do imposto de renda as indenizações acidentárias do trabalho e as indenizações trabalhistas (art. 6º, incisos IV e V).

Nos casos da indenização por folgas não gozadas, prevista na Lei n. 5.811/1972 e devidas em virtude de alteração promovida nos regimes de turno ininterrupto de revezamento, com o advento da CF/1988, como na espécie, têm elas a mesma natureza jurídica daquelas que se recebe quando há a impossibilidade do recorrente de usufruir de um benefício ou vantagem trabalhista, as verbas indenizatórias oriundas de rescisão do contrato de trabalho ou abono pecuniário de férias e abono-assiduidade não gozados, porque negado o direito que deveria ser desfrutado **in natura**.

O substitutivo da indenização em pecúnia surge para repor o patrimônio ao **statu quo ante**, uma vez que a folga não gozada, traduz-se em um dano, tendo em vista a perda do direito, que, invariavelmente, provoca desequilíbrio na vida do trabalhador.

A indenização (do latim *indemnitas, atis; in + damnum* = sem dano), nesse caso, visa a proporcionar condições mínimas necessárias para que o empregado disponha dos meios financeiros para o seu sustento e de sua família, enquanto não exercer outra atividade remunerada.

Se a indenização for maior do que deveria ser — não é a hipótese presente —, aí sim penetrar-se-ia no acréscimo patrimonial e o que do devido sobejasse, a par de ser tributável pelo imposto de renda, estaria até a permitir a repetição, por enriquecimento ilícito.

O conceito de acréscimos patrimoniais abarca salários, abonos e vantagens pecuniárias, mas não indenizações.

Jamais poderia o legislador imaginar que, em determinados setores da Administração, direta ou indireta, seria negado aos funcionários o gozo de folga, sobretudo em caso de regime de turnos ininterruptos de revezamento, mesmo que por absoluta necessidade (explícita ou implícita) de serviço, como por vezes ocorre por força de ato de império (**factum principis**).

Na esteira dessa premissa, lícito é supor que o legislador teria também contemplado tal hipótese, se isso fosse de seu conhecimento.

A bem da verdade, a hipótese não é de isenção — a não permitir interpretação analógica —, mas de não-incidência do tributo por falta de tipificação do fato gerador.

Uma vez negado o direito que, por essência, deveria ser desfrutado tal qual instituído (gozo), surgiu o substitutivo da indenização em pecúnia.

Essa indenização, contudo, não tem caráter salarial e não pode ser subsumida nos conceitos “de renda e proventos de qualquer natureza”, pela simples razão de que se não cuida de aumento patrimonial, mas de mera indenização, em pecúnia, na ausência de outra forma humanamente possível de reparação do mal que, com o indeferimento de tais direitos, isto é, com inexecução definitiva, a Administração ao funcionário acarreta.

Não recomposto esse reequilíbrio, por meio da higiene mental, como é do desejo do legislador, não sobrou outra reparação possível senão a da indenização (do latim **indemnitas, atis; in + damnum** = sem dano). “*Dano es toda desvantaja que experimentamos em nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición etc.)*”, segundo o conhecidíssimo conceito de **Enneccerus** (in “*Derecho de Obligaciones*”, Bosch — Casa Editorial, Barcelona, 1954, t. II-I, p. 61).

Dessarte, não configura hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Não há olvidar, outrossim, que a legislação que regia a hipótese dos autos prevê o direito à percepção de uma indenização em caso de alteração do regime de trabalho do empregado, não diferencia as vantagens reduzidas ou suprimidas do trabalhador, o que afasta a idéia de vantagem patrimonial.

Cumprasse, outrossim, que não se pode deixar prevalecer o pensamento simplista de que os valores pagos a título de indenização por folgas não gozadas podem ser equiparados ao recebimento de horas extras, este de natureza salarial, cujos valores visam remunerar o labor em sobrejornada, constituindo não uma

indenização por um prejuízo sofrido pelo postulante, mas sim uma contraprestação ao trabalho executado.

Com efeito, o dano sofrido pelos empregados da Petrobras que ensejou a intitulada “Indenização de Horas Trabalhadas” está consubstanciado justamente nos dias de folga acrescidos pela Constituição — mas não gozados, percepção que descaracteriza e afasta o tratamento dado ao caso dos autos, até o momento, como mera hipótese de pagamento de hora extra a destempo. Precedente: REsp n. 642.872/RN, da relatoria deste Magistrado, julgado em 10.08.2004, por unanimidade.

A indenização em comento, a exemplo do que acontece com as férias indenizadas e com a licença-prêmio indenizada, não deve sofrer a incidência do imposto de renda, pois não constitui “renda” nem “proventos”, tal como conceituados pelo art. 43 do CTN, mas mera compensação pelo não-afastamento do serviço.

Esse entendimento está em consonância e fortalecido pelo raciocínio expandido enunciado das Súmulas ns. 125 e 136, editadas por esta Casa Julgadora, as quais encerram a pretensão da recorrida, **verbis**:

Súmula n. 125: “O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.”

Súmula n. 136: “O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda.”

Pelo que precede, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 672.723 — CE (2004/0081975-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Thalles Figueiredo Soares da Silva e outros

Recorridos: Cândida Maria Saraiva de Paula Pessoa e outros

Advogada: Aline Saldanha de Lima Ferreira Sena

EMENTA

Recurso especial. Tributário. Imposto de renda. Ajuda de custo por comparecimento a sessão legislativa extraordinária. Natureza indeniza-

tória. Precedentes. Responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto pela fonte pagadora. Questão prejudicada.

No que toca à natureza da ajuda de custo parlamentar recebida pelo comparecimento a sessões legislativas extraordinárias, todavia, este Sodalício manifestou-se outrora tratar-se de indenização, em face da recomposição patrimonial que ostenta.

Dessarte, não configura hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional, sobretudo pelo reconhecimento expresso no texto constitucional da natureza indenizatória da verba percebida pelo parlamentar em função de comparecimento a sessões legislativas extraordinárias (art. 57, § 7º, CF/1988).

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator

DJ de 11.04.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Cuida-se de recurso especial, interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra vv. acórdãos do egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, proferidos em demanda relativa à incidência de imposto de renda sobre ajuda de custo recebida por parlamentares em decorrência de sessão extraordinária, cujas ementas restaram assim configuradas:

“Processo Civil. Tributário. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Prejudicado. Ajuda de custo por sessão extraordinária. Verba indenizatória. Imposto de renda. Não-incidência. Retenção na fonte. Substituição tributária. Responsabilidade pelo pagamento. Art. 45, parágrafo único, do CTN, art. 722

do Decreto n. 3.000/1999. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário independente de depósito. Possibilidade.

1. Estando devidamente instruído, julga-se o próprio mérito do agravo de instrumento, em homenagem ao princípio da economia processual, restando prejudicado o agravo regimental;

2. As indenizações de natureza jurídica que não impliquem em aumento de patrimônio não estão sujeitas ao pagamento de imposto de renda;

3. O substituto tributário do imposto de renda de pessoa física, responde pelo pagamento do tributo, caso não tenha feito a retenção na fonte e o recolhimento devido;

4. Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado” (fl. 151).

“Processo Civil. Embargos de declaração. Irresignação do vencido. Interposição como sucedâneo do recurso cabível. Inadequação do recurso para provocar simples reexame de matéria analisada na apelação. Caráter meramente protelatório. Impossibilidade.

1. Os embargos de declaração destinam-se especificamente a esclarecer omissão, obscuridade ou contradição no julgado.

2. O mero inconformismo do vencido com a decisão, não autoriza a interposição de embargos de declaração como sucedâneo do recurso cabível.

3. “O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um a todos os argumentos. (RJTJESP 115/207 — *in* ‘Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor’, **Theotônio Negrão**, 27ª ed., nota 17ª ao art. 535 do CPC).

4. Embargos de declaração improvidos” (fl. 167).

Irresignada, aponta a União violação do art. 535, inciso I, do CPC, relativamente ao acórdão dos embargos, bem como afronta aos arts. 43, incisos I e II, e 111, inciso II, todos do CTN, no que tange ao acórdão de fl. 151.

Alega, ainda, dissenso jurisprudencial, ao passo que sustenta a “inexistência de verba indenizatória ou isenta do imposto de renda e que a responsabilidade do contribuinte não pode ser eximida se houve erro na fonte pagadora” (fl. 188).

Apresentadas as contra-razões pela parte recorrida, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): **Ab initio**, não houve a alegada violação do inciso I do art. 535 do Código de Processo Civil argüida pela recorrente, porquanto o Tribunal recorrido apreciou toda a matéria recursal devolvida.

Com efeito, “não ocorre omissão quando o acórdão deixa de responder exaustivamente a todos os argumentos invocados pela parte, certo que a falha deve ser aferida em função do pedido, e não das razões invocadas pelo litigante. Não há confundir ponto do litígio com argumento trazido à colação pela parte, principalmente quando, para a solução da lide, bastou o exame de aspectos fáticos, dispensando o exame da tese, por mais sedutora que possa parecer. Se o acórdão contém suficiente fundamento para justificar a conclusão adotada, na análise do ponto do litígio, então objeto da pretensão recursal, não cabe falar em omissão, posto que a decisão está completa, ainda que diversos os motivos acolhidos seja em primeira, seja em segunda instância. Os embargos declaratórios devem referir-se a ponto omisso ou obscuro da decisão e não a fatos e argumentos mencionados pelas partes” (Embargos n. 229.270, de 24.05.1977, 1ª TAC — SP, Relator Juiz Márcio Bonilha, in “Dos Embargos de Declaração”, **Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista**, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed.).

Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se incide ou não imposto de renda sobre a ajuda de custo por comparecimento a sessões legislativas extraordinárias pagas aos parlamentares estaduais, assim como à definição do responsável pelo recolhimento do imposto de renda nos casos de não-retenção do imposto devido na fonte.

No que toca à natureza da ajuda de custo parlamentar recebida pelo comparecimento a sessões legislativas extraordinárias, todavia, este Sodalício manifestou-se outrora tratar-se de indenização, em face da recomposição patrimonial que ostenta, conforme se pode inferir dos seguintes julgados, **verbis**:

“Tributário. Deputados estaduais. Imposto de renda incidente sobre verbas percebidas a título de ajuda de custo e indenização pelo comparecimento a sessões legislativas extraordinárias.

1. As verbas “Ajuda de Custo” e “Indenização pelo Comparecimento a Sessões Extraordinárias”, que visam, respectivamente, restituir custos de transporte e a recomposição do prejuízo sofrido por parlamentar em razão de labor em períodos considerados pela lei como de descanso, não estão sujeitas à incidência do imposto de renda pessoa física.

2. **Omissis.**

3. **Omissis.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido” (REsp n. 641.243/PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 27.09.2004).

“Tributário. Parlamentares. Imposto de renda incidente sobre verbas percebidas a título de indenização e ajuda de custo referente a comparecimento em sessões legislativas extraordinárias. Responsabilidade tributária. Substituto tributário. Câmara legislativa.

1. **Omissis.**

2. **Omissis.**

3. A Constituição Federal, no § 7^o do art. 57, incluiu o pagamento referente à sessão extraordinária no conceito de verba indenizatória, revelando a ‘vontade constitucional’, na expressão de **Konrad Hesse**, sobre o regime jurídico aplicáveis à referida parcela.

4. Deveras, a ajuda para participação em sessão extraordinária, implica em que a referida verba não seja usual, por isso que, carecendo do requisito da habitualidade, sequer integra o salário.

5. As verbas indenizatórias não estão sujeitas ao imposto de renda, posto não caracterizarem acréscimo patrimonial **lato sensu**.

6. Recurso especial desprovido” (REsp n. 502.739/PE, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.11.2003).

No tocante ao imposto de renda, o art. 43 do Código Tributário Nacional assim disciplina renda e proventos de qualquer natureza:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

A bandeira “salário não é renda” há muito foi sepultada pelo nosso direito fiscal positivo.

Isso, contudo, não permite confundir salários ou vencimentos com indenização. Nem essa possibilidade está agasalhada pelo sistema jurídico vigente.

Nos termos do art. 153, inciso III, ainda da Carta Política de 1988, compete à União instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza.

A incidência da tributação deve obediência estrita ao princípio constitucional da legalidade (art. 150, inciso I). O Código Tributário Nacional, com a autoridade de lei complementar que o caracteriza, recepcionado pela atual Carta Magna (art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), define o conceito de renda e o de proventos de qualquer natureza (art. 43, incisos I e II).

Como as verbas foram recebidas pelo recorrente a título de indenização, há a isenção, porquanto a indenização não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Sobre não ser fruto do capital, ociosas quaisquer considerações, por falta de relação entre causa e efeito: do capital derivam valores com conteúdo econômico, tais como juros, ações, remunerações, dividendo, utilidades, enfim, riqueza nova, na acepção técnico-financeira do termo; mas, do capital, **per se**, não se extraem indenizações.

Se a indenização for maior do que deveria ser — não é a hipótese presente —, aí sim penetrar-se-ia no acréscimo patrimonial e o que do devido sobejasse, a par de ser tributável pelo imposto de renda, estaria até a permitir a repetição, por enriquecimento ilícito.

O conceito de acréscimos patrimoniais abarca salários, abonos e vantagens pecuniárias, mas não indenizações.

A bem da verdade, a hipótese não é de isenção — a não permitir interpretação analógica —, mas de não-incidência do tributo por falta de tipificação do fato gerador.

Uma vez negado o direito ao descanso que, por essência deveria ser desfrutado tal qual instituído (gozo), surgiu o substitutivo da indenização em pecúnia.

Essa indenização, contudo, não tem caráter salarial e não pode ser subsumida nos conceitos “de renda e proventos de qualquer natureza”, pela simples razão de que se não cuida de aumento patrimonial, mas de mera indenização, em pecúnia, na ausência de outra forma humanamente possível de reparação do mal que, com o indeferimento de tal direito, isto é, com inexecução definitiva, a Administração ao funcionário acarreta.

Não recomposto esse reequilíbrio, por meio da higiene mental, como é do desejo do legislador, não sobrou outra reparação possível senão a da indenização (do latim **indemnitas, atis; in + damnum** = sem dano). “Dano es toda desvantaja que experimentamos em nuestros bienes jurídicos (*patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición* etc.)”, segundo o conhecidíssimo conceito de **Enneccerus** (in “*Derecho de Obligaciones*”, Bosch — Casa Editorial, Barcelona, 1954, t. II-I, p. 61).

Dessarte, não configura hipótese de incidência do imposto de renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional, sobretudo pelo reconhecimento expresso no texto constitucional da natureza indenizatória da verba percebida pelo parlamentar em função de comparecimento a sessões legislativas extraordinárias, **verbis**:

“Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro.

(...)

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 2001).”

Reconhecida a não-incidência do imposto de renda, resta prejudicada a análise da definição do responsável pelo recolhimento da referida exação nos casos de não-retenção do imposto devido na fonte.

Pelo que precede, nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.
