

Jurisprudência da Primeira Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 201.386 – RJ**

(Registro n. 99.0005296-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Município do Rio de Janeiro
Advogados: Maria Luísa Alkimim e outros
Agravada: Urca Imobiliária do Rio de Janeiro S/A
Advogados: Leonardo D. Moreira Lima e outros

EMENTA: Administrativo e Processual Civil – Agravo regimental – Recurso especial – Tombamento provisório – Anulação – Decisão judicial amparada em laudo pericial – Súmula n. 7 do STJ.

– Acórdão que analisou a matéria contida no art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937, entretanto, negando a sua adequação à hipótese dos autos, fundamentando seu proceder amparado em laudo pericial que concluiu pela não-caracterização do imóvel como possuidor de inestimável valor histórico, artístico, social e cultural.

– A reapreciação do conjunto probatório utilizado para fundamentar o julgado encontra vedação na Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

– Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 15 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão inculpada às fls. 473/474, que negou seguimento ao recurso especial interposto pelo Agravante.

Naquela decisão, analisando o recurso especial interposto contra o acórdão que declarou nulo o tombamento provisório em prédio no Município do Rio, verifiquei que o aresto recorrido fundamentou seu proceder amparado em laudo pericial, inviabilizando o seguimento do recurso, em face do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte.

O Agravante insiste que houve violação ao art. 1^a do Decreto-Lei n. 25/1937, e que o acórdão hostilizado não enfrentou questão referente à suposta violação ao art. 2^a da CF.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Mantenho a decisão por seus próprios fundamentos.

O art. 1^a do Decreto-Lei n. 25/1937 está assim plasmado, **verbis**:

“Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto de bens móveis e imóveis nacional existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer pela sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer pelo seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.”

O aresto hostilizado, ao contrário do que afirma o Agravante, analisou a matéria contida no regramento supra-referido, entretanto, negando o seu adequamento à hipótese dos autos, fundamentando seu proceder amparado em laudo pericial, que concluiu pela não-caracterização do imóvel como possuidor de inestimável valor histórico, artístico, social e cultural (fls. 28/31).

Em relação à omissão atinente ao não-enfrentamento da questão iminente da violação ao art. 2^a da CF, melhor sorte não alcança o Agravante.

O dispositivo constitucional declara a independência dos Poderes da União. Por sua vez, o aresto guerreado claramente analisa o princípio constitucional, conforme transparece da seguinte transcrição, **verbis**:

“Segundo dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; constando dos decretos que determinaram o tombamento do imóvel dois motivos, o valor cultural do prédio e sua importância dentro da tipologia do bairro, no exercício do controle da legalidade, cumpre ao Judiciário verificar a existência dos alegados motivos, que conferem legalidade ao tombamento ...” (fl. 347).

Mantenho o entendimento de que o Agravante, na realidade, procura infirmar o laudo apresentado, o qual serviu como base para o acórdão recorrido. Neste particular, impossível a súplica do Agravante, uma vez que a reapreciação do conjunto probatório utilizado pelo julgador **a quo**, para formulação do **decisum**, encontra vedação consistente no teor da Súmula n. 7 desta Corte.

Tais as razões expendidas, *nego* provimento ao agravo regimental.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 244.750 – SP

(Registro n. 2000.0001178-9)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira
Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogada: Fátima Fernandes Catellani
Agravado: Francisco Munhoz Filho (espólio)
Advogado: Nelson Pires Bortolai

EMENTA: Processual Civil – Recurso adesivo inadmitido – Agravo interno – CPC, artigo 500, II.

1. Precedentes do STF, referenciando recursos extraordinários admitidos e julgados não se prestam para confrontar decisão que inadmitiu o processamento de recurso especial e não conheceu do recurso adesivo. A terminologia do STF (alínea **a**, art. 102, CF), embora registrando o “não-conhecimento”, aprecia as razões recursais.

Enfim, subordinado o adesivo ao recurso principal não admitido, o seu processamento é negado.

2. Agravo sem provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *negar provimento ao agravo regimental*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Em relação ao recurso adesivo interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, assim decidi:

“Feita a leitura das peças informativas do processo, em suma, registra-se que, procedente o pedido de cautelar resguardo processual e rejeitados os embargos declaratórios, pelo autor da ação foi interposto recurso especial, contraditado pela Fazenda do Estado de São Paulo que, a tempo e modo, articulou *recurso adesivo*.

Pois bem; inadmitido o recurso especial, por manifesto equívoco, ao invés de ser considerado como *adesivo* o despique da Fazenda, compreendido como insurgimento autônomo, foi admitido na via especial (fls. 268 a 274). Sucedeu que, inconformado com a inadmissão do seu recurso especial, o Recorrente formulou agravo de instrumento objetivando a admissão do seu processamento. Essa manifestação

recursal não obteve sucesso, ficando irrecorrida a decisão que fincou o *não-conhecimento* (fls. 215 a 218, certs. fl. 219 e verso).

A bem se ver, se o recurso especial (autônomo ou principal) foi inadmitido e ficou irrecorrida a respectiva decisão, incontestável que o *adesivo* está subordinado àquele, ao qual foi contraposto, conclusivamente, não merece conhecimento, obviando-se óbice intransponível ao seu processamento (art. 500, **caput**, parte final, e inciso II, CPC).

Por essas vigas de argumentação, exercitando o definitivo juízo de admissibilidade, *decido negar seguimento ao recurso adesivo* (fls. 244 e 245 a 255), e declarar extinto o respectivo processo recursal.” (fl. 288).

Não se conformando, a Fazenda Estadual apresentou agravo regimental, sustentando que as Cortes Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal têm decidido “que o não-conhecimento do recurso principal (especial ou extraordinário), não impede o conhecimento do recurso adesivo”.

Disse ainda:

“Releve-se que, **in casu**, a matéria devolvida pela via do recurso adesivo não restou prejudicada em face da inadmissão do recurso principal, e, ademais, considerando o valor da causa – que excede cem milhões de reais – e a relevância do mérito traduzido no recurso adesivo (expedição de precatório antes de definitivamente liquidado o título), estão a obstar que o excesso de formalismo processual sobreponha-se ao primado da moralidade administrativa, aos princípios orçamentários e à letra do artigo 100 da Magna Carta, comprometendo a própria efetividade da tutela jurisdicional e o devido processo legal (em sentido processual e substancial).” (fl. 292).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Adianta-se que a insurreição processual foi provocada por decisão, em suma, assim fundamentada:

“A bem se ver, se o recurso especial (autônomo ou principal) foi

inadmitido e ficou irrecorrida a respectiva decisão, incontrastável que o *adesivo* está subordinado àquele, ao qual foi contraposto, conclusivamente, não merece conhecimento, obviando-se óbice intransponível do seu processamento (art. 500, **caput**, parte final, e inciso II, CPC).” (fl. 188).

A decisão é confrontada com argumentação lineada ao derredor de precedentes edificados na Corte Suprema e sob a razão factual de que o valor da causa excede cem milhões de reais, circunstância que, por si, revelaria a relevância do mérito (fls. 291 e 292).

Feito breve comemorativo, primeiramente, ganha oportunidade comentar que, se “o mérito da ação é relevante”, desde logo, competia à Fazenda Estadual manejar o recurso principal e, depois de precedente conformismo, somente tomar a iniciativa de recorrer na esteira *adesiva* do recurso interposto pela parte adversária.

Outrossim, na pertença dos precedentes colacionados, à evidência, foram constituídos no âmbito da Excelsa Corte, admitidos e, apesar da nomenclatura “não conhecidos” (alínea **a**), foram julgados. Aqui, ao reverso, o recurso especial foi *inadmitido*. Agrega-se que, em se cuidando de recurso especial, seja por uma ou outra alínea **a**, **c** (art. 105, CF), as questões contêm-se na esfera da legislação federal, comuns aos recursos principal e adesivo.

Enfim, a solução posta nos precedentes elencados não esmaecem a situação processual apropriada ao caso concreto, cuja composição encontra abono na jurisprudência preponderante. À mão de ilustrar:

– “... 2. Resta prejudicado recurso adesivo quando o principal não for conhecido. Diz-se inadmissível o recurso que deixou de preencher os requisitos de sua admissibilidade.” (REsp n. 172.421-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, **in** DJU de 29.3.1999).

– “Processo Civil. Recurso especial. Adesivo. Inadmissão do recurso principal. Prejudicial da admissão do recurso subordinado. Agravo desprovido.

No que toca à admissibilidade, o recurso especial adesivo é, por natureza, subordinado ao recurso principal, de sorte que a inadmissão do primeiro prejudica o seu conhecimento.” (AgRg no Ag n. 47.770-3-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, **in** DJU de 8.8.1994).

Orientado por essa ordem de idéias, *voto negando provimento ao agravo*.
É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
ESPECIAL N. 287.910 – RS**

(Registro n. 2000.0119667-7)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravantes: Jorge Neves da Cunha e outros
Advogados: Antonio Escosteguy Castro e outros
Agravada: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Elza Oliveira dos Santos e outros
Interessada: União

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental no recurso especial – Honorários advocatícios – Sucumbência recíproca – Compensação – Estatuto do Advogado – Lei n. 8.906/1994.

O artigo 23 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) alterou somente a legitimação quanto ao destinatário dos honorários, mantendo-se intactas as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil, motivo pelo qual deve haver a compensação.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 15 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental

interposto por Jorge Neves da Cunha e outros, contra decisão que proferi mantendo os ônus de sucumbência recíproca, em ação proposta pelos ora agravantes, com o escopo de compelir a Caixa Econômica Federal – CEF a reajustar o saldo das contas vinculadas de FGTS.

Alegam os Agravantes que, com o advento da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), tornou-se impossível a compensação dos honorários advocatícios, que foram fixados pelo Tribunal **a quo** em 10% sobre o valor da condenação, posto que os mesmos pertencem ao advogado e não às partes.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Em que pese aos esforços expendidos pelos Agravantes, tenho que o presente agravo não merece provimento, em face das razões que sustentam a decisão recorrida.

Com efeito, é do seguinte teor a decisão atacada, **verbis**:

“Vistos, etc.

Tratam-se de recursos especiais interpostos pela Caixa Econômica Federal – CEF e por Jorge Neves da Cunha e outros, ambos com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra v. acórdão que tratou do reajuste do saldo das contas vinculadas do FGTS.

Alega a primeira recorrente que o julgado **a quo** contrariou diversos dispositivos de leis federais, bem como divergiu da jurisprudência de outros Tribunais, em resumo: (a) ao declarar que é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda em questão; (b) ser trintenário e não quinquenal o prazo prescricional das ações que visam à correção monetária das contas vinculadas de FGTS; (c) ser devido o reajuste dos saldos das contas vinculadas dos Recorrentes, aplicando-se os percentuais referentes ao IPC.

É pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça de que a CEF, pela condição de gestora do Fundo, é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que buscam o reajuste do saldo das contas vinculadas do FGTS, enquanto que a União Federal e os Bancos-depositários são partes ilegítimas pela condição de meros arrecadadores.

Também não tem cabida a tese da Recorrente de que a prescrição, na espécie, é quinquenal. Esta Corte já reconheceu, de forma uníssona, que a prescrição é trintenária, tendo sumulado tal entendimento através do Verbete n. 210, **in verbis**:

‘A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em trinta (30) anos.’

No que concerne à indispensabilidade à propositura da ação da apresentação do extrato das contas vinculadas, a Seção de Direito Público deste Tribunal, consoante se verifica em múltiplos julgados, a vem considerando perfeitamente dispensável.

No que pertine à correção monetária e aos juros de mora, aquela deve incidir a partir das datas em que os valores deveriam ter sido creditados e estes são devidos no percentual de 6% ao ano, eis que são de natureza civil e expressam a mora do devedor.

No mesmo sentido, segue ementa do REsp n. 245.896-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 2.5.2000:

‘FGTS. Legitimidade. CEF. Prescrição. Correção monetária. IPC. Termo inicial. Sucumbência. Juros de mora. Súmula n. 163 do STF.

A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder à demanda sobre correção monetária de saldos do FGTS, devendo a União ser excluída da lide.

Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o IPC é o índice a ser adotado para atualização das contas vinculadas ao Fundo de Garantia.

A correção monetária deve incidir a partir das datas em que os valores deveriam ser creditados.

Decaindo o autor em parte mínima do pedido, não é cabível a compensação de honorários advocatícios.

São devidos juros de mora no percentual de 0,5% ao mês, incidindo a partir da citação, independentemente do levantamento ou da disponibilização dos saldos antes do cumprimento da decisão.

Incidência da Súmula n. 163 do STF.

Recurso da Caixa Econômica Federal improvido e recurso dos Autores provido.⁷

Relativamente à taxa de juros progressivos esta é aplicável às contas dos que optaram pelo FGTS, nos termos da Lei n. 5.958, de 1973, observado o artigo 4º da Lei n. 5.107, de 1996, conforme consubstanciado na Súmula n. 154-STJ.

Por fim, quanto à verba de sucumbência, considerando ter o pedido feito na inicial tido maior abrangência do que o deferido no apelo especial, determino que seja rateada na proporção de 50% para cada litigante, aplicando-se a norma contida no art. 21 do estatuto processual.

Relativamente aos outros recorrentes, temos que este colendo Tribunal consolidou o posicionamento no sentido de que a correção monetária não se constitui em um **plus**, sendo apenas a reposição do valor real da moeda corroída pela inflação, configurando-se o IPC no índice que melhor retrata a realidade inflacionária dos períodos constantes dos autos, devendo-se, pois, aplicá-lo, ressaltando-se o desconto dos percentuais já considerados a título de correção monetária incidente sobre a conta vinculada dos Recorridos.

Ocorre que, em recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 226.855-7, DJ de 12.9.2000, restou assentado o entendimento de que não são devidos os acréscimos referentes aos Planos Bresser (junho/1987), Collor I (maio/1990) e Collor II (fevereiro/1991), pelo que devem ser excluídos da condenação, se for o caso.

Tais as razões expendidas, *dou provimento parcial* ao recurso especial da Caixa Econômica Federal, ante a decisão recorrida estar em confronto com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e *dou provimento* ao recurso especial interposto por Jorge Neves da Cunha e outros, ambos com esteio no art. 557, § 1º-A, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.”

Saliento que com relação ao argumento de que os honorários advocatícios pertencem ao patrono da parte, tal assertiva não merece acolhida, posto que, conforme jurisprudência deste Tribunal, o Estatuto do Advogado

veio alterar somente a legitimação quanto à destinação dos aludidos honorários, sendo certo que, quanto ao instituto da sucumbência e à distribuição dos ônus, as normas de regência continuam subsumidas no Código de Processo Civil e nas leis de assistência judiciária.

A propósito, nessa linha, destaco o seguinte precedente, **verbis**:

“Processual Civil. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Compensação. Preclusão.

Embora seja certo que a Lei n. 8.906/1994 – o ‘Novo Estatuto da Advocacia’ – assegura pertencer ao advogado a verba honorária incluída na condenação, é igualmente verdadeiro, no que seja atinente ao instituto da sucumbência e à distribuição dos ônus que continuam tendo aplicação as regras contidas no Código de Processo Civil. Assim, o juiz pode compensar os honorários, sem que isso importe em ofensa qualquer à legislação específica.

Contudo, no caso, transitou em julgado a sentença que negou a compensação, não podendo o tema, pois, ser mais objeto de debate quando da execução do julgado.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 234.676-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 10.4.2000).

Destarte, não tendo os Agravantes, em seus argumentos, conseguido infirmar o referido entendimento, não vejo como reformar o decidido.

Isto posto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 304.455 – RS

(Registro n. 2001.0019874-0)

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Patrícia Vargas Lopes e outros

Agravada: Construtora e Urbanizadora Rech Ltda

Advogado: César Alexandre Moresco

EMENTA: Tributário e Processual Civil – Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial – Execução fiscal – Contribuição previdenciária – Natureza de tributo – Decadência – Emenda Constitucional n. 8/1977, Lei n. 6.830/1980 e art. 174 do CTN – Precedentes.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto pelo agravante.

2. Acórdão a quo segundo o qual, após o advento da CF/1988, as contribuições previdenciárias passarem a ter natureza tributária, aplicando-se-lhes a regra geral de decadência do art. 173, I, do CTN, qual seja, o prazo de cinco anos.

3. A natureza das contribuições previdenciárias é de tributo.

4. Posição jurisprudencial da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ocorre em cinco anos o prazo decadencial para exigir o pagamento de contribuições previdenciárias não pagas no interregno de 5.1990 a 1.1991, período posterior ao prazo prescricional estipulado pela Emenda Constitucional n. 8, de 14.4.1977, e restabelecido pela Lei n. 6.830/1980, de 24.12.1980.

5. Adoção do princípio da continuidade das leis. Prazo decadencial do lançamento de ofício (art. 173, I, do CTN). Decadência regida pelo art. 174 do CTN.

6. Não-aplicação ao caso concreto do art. 2º, § 9º, da Lei n. 6.830/1980, e legislação posterior.

7. Precedentes, em ambos os casos, desta Corte Superior.

8. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira 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 Falcão, Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 3.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto pelo Agravante.

Acórdão **a quo** segundo o qual, após o advento da CF/1988, as contribuições previdenciárias passaram a ter natureza tributária, aplicando-se-lhes a regra geral de decadência do art. 173, I, do CTN, qual seja, o prazo de cinco anos.

Alega-se, em síntese, que:

a) não foram analisados os fundamentos do recurso especial, tendo em vista que, tratando-se de contribuição (tributo, portanto) sujeita a lançamento por homologação, neste caso, o entendimento pacífico desta Corte é no sentido de que, inexistindo pagamento do referido tributo, tem o Fisco o prazo de 10 (dez) anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário;

b) o objetivo do especial foi justamente apontar a violação aos arts. 150 e 173, I, do CTN, bem como divergência com a jurisprudência deste Tribunal Superior sobre a matéria.

Tecendo considerações sobre a tese abraçada e citando decisões a respeito, requer, por fim, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A decisão atacada não merece ser reformada, pelo que a mantenho pelos seus próprios fundamentos. Para tanto, mister se faz a transcrição do decisório guerreado, **litteratim**:

“Vistos, etc.

Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSS com fulcro no art. 105, III, **a e c**, da Carta Magna, contra v. acórdão segundo o qual,

após o advento da CF/1988, as contribuições previdenciárias passaram a ter natureza tributária, aplicando-se-lhes a regra geral de decadência do art. 173, I, do CTN, qual seja, o prazo de cinco anos.

Alega-se que a v. decisão arestada violou os arts. 150 e 173, I, do CTN, assim como aponta dissídio jurisprudencial, ao argumento de que os débitos previdenciários posteriores à Emenda Constitucional n. 8/1977 deixaram de ter natureza tributária e passaram a ter natureza social, não mais se lhes aplicando as normas do CTN, valendo, portanto, o prazo prescricional trintenário.

Admitido o especial, subiram os autos a esta colenda Corte. Relatados, decido.

Com relação à questão do prazo prescricional, passo a expor os seguintes fundamentos.

No REsp n. 132.994-PR (DJ de 17.11.1997), desenvolvi as seguintes assertivas, **litteratim**:

‘O voto-condutor do acórdão recorrido está sustentado nos seguintes fundamentos (fl. 51):

‘Mantenho a sentença com base no entendimento jurisprudencial firmado nos Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 142.761-RJ, TFR, relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, que, na parte que interessa, assim decidiu:

‘(...) 3) Finalmente, no que se refere às contribuições cujos fatos geradores ocorreram entre a vigência da Emenda Constitucional n. 8, de 1977, e a vigência da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, aplicado deve ser o prazo quinquenal, pela incidência do princípio da continuidade das normas jurídicas. Com efeito, ao entrar em vigor a aludida emenda constitucional, o prazo de prescrição era de cinco anos, pois, como foi dito, o art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960, foi revogada pelo art. 174 do CTN. Por isso, só com a entrada em vigor da Lei n. 6.830, voltou a ser trintenário. (...)’.

Nestes termos, nego provimento à remessa oficial.’

O inconformismo da Autarquia merece ser conhecido, porém, improvido.

São irrecusáveis os fundamentos do acórdão guerreado, acolhendo a linha seguida pela decisão monocrática. Esta, de modo compatível com a jurisprudência firmada sobre o tema, assentou (fls. 42/43):

‘Contudo, forçoso reconhecer da matéria atinente à prescrição da dívida executada.

Com efeito, no inciso III do art. 217 do Código Tributário Nacional, o ‘Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural’ foi acrescentado como contribuição compatível com os tributos, inserindo-se no rol das denominadas contribuições parafiscais e que representa uma das receitas da Autarquia-embargada. Logo, tributária se revela a sua natureza jurídica e econômica.

De reverso, a sua instituição se encontra dentro do sistema tributário nacional, conforme preceituam os arts. 145 a 196 da Constituição Federal, sendo-lhe aplicável o art. 146, inciso II, **b**, da norma maior que dispõe caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre prescrição e decadência.

A Lei Complementar em vigor, de n. 5.172/1966 – Código Tributário Nacional – trata da matéria relativa à decadência e prescrição, sujeitando as contribuições parafiscais aos lapsos temporais que menciona e não há como se admitir a possibilidade de ser alterada por uma lei ordinária, como é o caso da Lei n. 6.830/1980.

Com isso, concluído o lançamento da contribuição em 18.9.1978, com a notificação (fl. 24), tornou-se ele definitivo, a teor do art. 145 do Código Tributário Nacional, porque decorreu de ‘lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo ...’, ficando, de consequência, a Embargada obrigada a cobrar a dívida tributária, através de ação (executivo fiscal), dentro do prazo de cinco (5) anos, conforme dispõe de forma cogente o art. 174 da mesma lei complementar.

Entretanto, assim não procedeu a Autarquia. A execução fiscal veio documentada pela certidão de dívida ativa

extraída em 2.10.1991 (fl. 5 daqueles autos) quando, então, prescrita se encontrava a ação de cobrança, pelo decurso de mais de treze anos do lançamento definitivo.

Ante o exposto, acolho os presentes embargos para julgá-los *procedentes* e, pronuncio a prescrição da dívida executada. Com base no inciso IV do art. 269 do Código de Processo Civil, declaro extinto o Executivo Fiscal n. 30/1992, com o julgamento do seu mérito.

Outro não é o entendimento desta Corte, confira-se:

‘Contribuições previdenciárias. Prescrição. Contagem do prazo. Súmula n. 153. Emenda Constitucional n. 8, de 1977. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 2º, § 9º. Questões de direito intertemporal: solução.

I – Prevalece nesta Corte a orientação no sentido de que as contribuições previdenciárias consubstanciam tributos, achando-se, em tema de prescrição, sujeitos ao prazo quinquenal previsto no art. 174 do CTN, estando revogado o art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960. Todavia, pacificou-se a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 8, de 1977, as referidas contribuições deixaram de ser tributos, sobrevindo a Lei n. 6.830, de 22.9.1980, cujo artigo 2º, § 9º, restabeleceu o prazo trintenário previsto no art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960, antes citada. Em tal contexto, solucionando as várias questões de direito intertemporal, tem-se que:

a) o prazo decadencial era e continua a ser de cinco anos, subsistindo a Súmula n. 108, apoiada no art. 80, parágrafo único, da Lei n. 3.807, de 1960;

b) no tocante à prescrição, há de ter-se em conta as seguintes hipóteses:

1) no que concerne às contribuições cujos fatos geradores ocorreram antes da vigência da Emenda Constitucional n. 8/1977, aplicável o prazo quinquenal, eis que o art. 174 do CTN revogou o art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960;

2) quanto às contribuições cujos fatos geradores aconteceram a partir da vigência da Lei n. 6.830, de 22.9.1980,

aplicável é o prazo de 30 anos, pois o seu art. 2º, § 9º, restabeleceu a vigência do art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960;

3) finalmente, no que se refere às contribuições cujos fatos geradores ocorreram entre a vigência da Emenda Constitucional n. 8, de 1977, e a vigência da Lei n. 6.830, de 22.9.1980, aplicável deve ser o prazo quinquenal, pela incidência do princípio da continuidade das normas jurídicas. Com efeito, ao entrar em vigor a aludida emenda constitucional, o prazo de prescrição era de cinco anos, pois, como dito, o art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960, foi revogado pelo art. 174 do CTN. Por isso, só com a entrada em vigor da Lei n. 6.830, voltou a ser trintenário. Todavia, como a Lei n. 6.830, de 1980, colheu os prazos quinquenais em curso, dilatando-os para trinta anos, aplicável se torna o preceito novo 'somando-se o lapso já fluído sob a lei revogada ao saldo dilatado' (**Galeno Lacerda**, *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*, p. 91, Forense, 1974).

II – Embargados rejeitados' (AC da AC n. 142.761-RJ, in DJU de 22.6.1989, p. 10.193).'

Não há qualquer dúvida a respeito da certeza com que se houve a decisão recorrida. Inquestionado está no curso da ação que as contribuições exigidas e excluídas são relativas a janeiro a julho de 1978. A execução só foi ajuizada contra a Empresa-contribuinte em 8.4.1992, ou seja, após o decurso do prazo de cinco anos.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.”

Essa é a linha que entendo aplicável ao caso em apreço, assim como também vem se posicionando este colendo Tribunal Superior. A propósito, confirmam-se os julgados abaixo:

‘Execução fiscal. Contribuição previdenciária. Prescrição. **Dies a quo**. Impugnação do crédito tributário. Suspensão. Prova sobre a notificação.

I – Se o crédito do embargado corresponde às contribuições previdenciárias que deveriam ter sido recolhidas em períodos

anteriores à vigência da Emenda Constitucional n. 8/1977, é aplicável, no caso, o prazo quinquenal, pois o art. 174 do CTN revogou o art. 144 da Lei n. 3.807, de 1960. As contribuições previdenciárias foram tratadas como tributos até o advento da Emenda Constitucional n. 8/1977.

II – Estabelece o art. 174 do CTN que o prazo prescricional do crédito tributário começa a ser contado ‘da data da sua constituição definitiva’. Ora, a constituição definitiva do crédito tributário pressupõe a inexistência de discussão ou possibilidade de alteração do crédito. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe **dies a quo** do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorre nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN).

III – Irrelevante, portanto, a existência, ou não, de prova sobre a notificação da decisão do recurso administrativo. Na verdade, se não existisse notificação da decisão, o prazo estaria suspenso.

IV – Prova sobre a notificação. Na via especial, a matéria fática é oferecida pelas instâncias ordinárias.

V – Recurso não conhecido.’ (REsp n. 32.843-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 26.10.1998).

‘Processual Civil. Execução fiscal. Embargos do devedor. Contribuição previdenciária. Decadência e prescrição. Precedentes.

1. Editada a Emenda Constitucional n. 8/1977 e advindo a Lei n. 6.830/1980, que restabeleceu o art. 144 da Lei n. 3.807/1960, o prazo prescricional para cobrança das contribuições previdenciárias é trintenário, permanecendo quinquenal o lapso de decadência.

2. Para as contribuições cujos fatos geradores ocorreram no interregno das vigências desses diplomas, a prescrição manteve-se jungida ao prazo de cinco anos pelo princípio da continuidade das

normas jurídicas, pois só através da Lei n. 6.830/1980 foi restaurado o lapso maior.

3. Não há, assim, como negar-se a decadência dos créditos previdenciários anteriores a junho/1981.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.' (REsp n. 216.758-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 13.3.2000).

'Tributário. Contribuição previdenciária. Fato gerador ocorrido em outubro de 1977. Emenda Constitucional n. 8/1977. Lei n. 6.830/1980. Interpretação. Decadência. Natureza tributária. Embargos de divergência.

1. Posição jurisprudencial da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ocorre em cinco anos o prazo decadencial para exigir o pagamento de contribuições previdenciárias com fato gerador consumado em data de outubro de 1977, período compreendido entre o início da vigência da Emenda Constitucional n. 8, de 14.4.1977, e da Lei n. 6.830/1980 (24.12.1980).

2. Adoção do princípio da continuidade das leis.

3. Prazo decadencial do lançamento de ofício (art. 173, I, CTN).

4. Não-aplicação ao caso concreto do art. 2º, § 9º, da Lei n. 6.830/1980, e legislação posterior.

5. Embargos rejeitados.' (EREsp n. 146.213-SP, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 28.2.2000).

"Processual Civil. Execução fiscal. Embargos do devedor. Contribuição previdenciária. Decadência e prescrição. Precedentes.

1. Editada a Emenda Constitucional n. 8/1977 e advindo a Lei n. 6.830/1980, que restabeleceu o art. 144 da Lei n. 3.807/1960, o prazo prescricional para cobrança das contribuições previdenciárias é trintenário, permanecendo quinquenal o lapso de decadência.

2. Para as contribuições cujos fatos geradores ocorreram no interregno das vigências desses diplomas, a prescrição manteve-se jungida ao prazo de cinco anos pelo princípio da continuidade

das normas jurídicas, pois só através da Lei n. 6.830/1980 foi restaurado o lapso maior.

3. Inatacável o acórdão recorrido ao proclamar a decadência das contribuições nele especificadas.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (REsp n. 148.565-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 12.4.1999).

Sendo esse o panorama dos autos, inviável se torna a pretensão da parte-recorrente de que se realize o exame do processado. Destarte, não há de se emprestar caminhada ao especial.

Posto isto, com amparo no art. 38 da Lei n. 8.038/1990 c.c. o art. 557 do CPC, e na Súmula n. 83-STJ, *nego* seguimento ao recurso especial.”

Com relação à irresignação do Agravante, neste aspecto, não vislumbro qualquer novidade, em seu agravo, modificadora dos fundamentos supra-referenciados.

As assertivas desenvolvidas no decisório ora impugnado, a meu ver, continuam fortes a esbarrar a pretensão de que seja apreciado o especial na via excepcional.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 13.871 – GO

(Registro n. 2000.0071029-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Impetrante: Gláucia Junqueira Valadares
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Paciente: Daniel Anselmo Correia

EMENTA: Habeas corpus – Prisão civil – Depositário infiel – Substituição de penhora negada – Manutenção da penhora anterior.

O pedido de substituição dos bens penhorados, indeferido pelo Juiz da execução, não tem o condão de infirmar a penhora anteriormente realizada, configurando, a não-apresentação do bem, inadimplimento voluntário, punido com prisão civil.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

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

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de **habeas corpus** preventivo com pedido de liminar, contra aresto da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que manteve o decreto de prisão preventiva do Paciente, em face de sua condição de depositário infiel, nos autos da execução fiscal movida contra si.

Dos documentos colacionados, verifica-se que o Paciente teve interposta contra si execução fiscal para pagamento do imposto de circulação de mercadorias, tendo oferecido bens à penhora, consistentes em máquinas industriais de sua propriedade.

Em razão de parcelamento do débito, a citada execução foi suspensa. Entretanto, não tendo o Paciente cumprido o parcelamento, a Fazenda Estadual requereu o prosseguimento da execução com a remoção dos bens oferecidos à penhora.

Citado o Paciente para a entrega dos bens, este requereu a substituição dos bens penhorados por um crédito trabalhista em precatório, o que não foi aceito pela Exeçüente.

Ao final, como o Executado não entregou os bens, o juiz da execução decretou-lhe a prisão civil.

Afirma o Paciente que não se enquadra na hipótese do art. 5^a, LXVII, da Constituição Federal, porquanto não ficou caracterizado inadimplemento voluntário e inescusável.

Por fim, assevera que não está se esquivando de efetuar o pagamento devido, entretanto, em face das dificuldades financeiras, procura fazê-lo da maneira menos gravosa.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O Paciente, voluntariamente, aceitou o encargo do depósito em tela, comprometendo-se a manter na sua posse os referidos bens.

De acordo com os documentos inculpidos nos autos, não vislumbro qualquer elemento que infirme o caráter de voluntariedade na transferência da posse dos bens em depósito pelo depositário.

Incabível na via estreita do *writ*, a discussão da matéria acima citada, por demandar exame aprofundado, com necessidade de dilação probatória.

Observa-se, à fl. 55, que a única manifestação do Paciente pleiteando a substituição dos bens penhorados foi indeferida pelo juiz da execução, permanecendo vigente, **ipso facto**, a penhora antes realizada, configurando, a não-apresentação do bem, inadimplemento voluntário, punido com prisão civil.

Dessa forma, configurada a hipótese constitucional acima referida, por não visualizar os pressupostos autorizadores da presente medida, denego a ordem requerida.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 147.221 – RS

(Registro n. 97.0062779-9)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Recorrente: Hoje Comércio de Materiais para Construção Ltda
Advogados: Paulo Ricardo Dornelles e outros
Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Advogados: Alexandre Mussoi Moreira e outros

EMENTA: Tributário – Denúncia espontânea – Multa indevida (art. 138, CTN).

1. Sem antecedente procedimento administrativo descabe a imposição de multa. Exigi-la, seria desconsiderar o voluntário saneamento da falta, malferindo o fim inspirador da denúncia espontânea e animando o contribuinte a permanecer na indesejada via da impontualidade, comportamento prejudicial à arrecadação da receita tributária, principal objetivo da atividade fiscal.

2. Diversamente do demandante privado vencedor, quando os honorários profissionais, de regra, constituem direito patrimonial do advogado, tratando-se de ente estatal não pertencem ao seu procurador ou representante judicial. Os honorários advenientes integram o patrimônio público. Diferente a destinação patrimonial, sendo indisponível o direito aos honorários em favor da Fazenda Pública, vencido o litigante privado, mesmo sem a apresentação de contestação, decorrente da sucumbência, é impositiva a condenação em honorários advocatícios, fixados conforme os critérios objetivos estabelecidos expressamente (art. 20 e §§ 1º e 3º, CPC).

3. Precedentes iterativos.

4. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *dar parcial provimento ao recurso*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão e Humberto Gomes de Barros. Licenciado o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 11.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: O colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar embargos à execução fiscal, constituiu aresto assim sumariado:

“Tributário. Execução fiscal. Cabimento da cobrança de multa. Como em qualquer outro processo, cabe a imposição de verba honorária. Sentença confirmada.” (fl. 120).

Inconformada, a parte interessada manifestou recurso especial, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional. Aponta contrariedade aos artigos 106 e 138 do Código Tributário Nacional, 17 da Lei n. 10.608/1995, 17, inciso II, e 71 da Lei n. 6.537/1973, e 23 da Lei n. 8.906/1994.

A respeito, disse que o Fisco deveria “ter oportunizado à Recorrente-contribuinte o pagamento do valor do imposto corrigido monetariamente e acrescido tão-somente dos juros de mora. Jamais poderia ter-lhe infligido penalidade (multa)”.

Inconforma-se ainda a Recorrente com a imposição de honorários advocatícios. A respeito, disse que somente “podem advogar os inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil” e que a verba sucumbencial pertence ao advogado, porém, em execuções fiscais, os honorários reverterem ao Estado e não ao patrono da causa.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 138/143.

O nobre 1ª Vice-Presidente do colendo Tribunal **a quo** não admitiu o processamento do recurso, contudo, dei provimento ao agravo de instrumento interposto, provocando a subida dos autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): A leitura das peças

informativas permite garimpar que, sob a afirmação de *denúncia espontânea* (art. 138, CTN), o litígio prende-se à obrigação, ou não, de o contribuinte pagar os juros de mora sem os acréscimos legais.

Nesse contexto, a falar de contrariedade aos arts. 106 e 138 do Código Tributário Nacional, 17 da Lei n. 10.608/1995, 17, inciso II, e 71 da Lei n. 6.537/1973, e 23 da Lei n. 8.906/1994, presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido (art. 105, III, a, CF).

Desimpedido o exame, a questão prende-se aos efeitos da *denúncia espontânea* quanto à multa (art. 138, CTN). De efeito, em grau de apelação, em embargos à execução fiscal, o colendo Tribunal **a quo** constituiu acórdão assim ementado:

“Tributário. Execução fiscal. Cabimento da cobrança de multa. Como em qualquer outro processo, cabe a imposição de verba honorária. Sentença confirmada.” (fl. 120).

Situa-se, assim, o debate ao derredor da aplicação, ou não, de multa em face de denúncia espontânea, antes de qualquer procedimento fiscal. A composição judicial pedida não enseja argumentação inédita, em exame de caso símile, votando no julgamento do REsp n. 9.421-PR, assoalhei:

“... a trato de retardo no recolhimento de tributo objeto de autolancamento, sob o amanho de restrita compreensão das disposições do art. 138, CTN, opõe-se que a *denúncia espontânea* não suprime a multa moratória.

Opinioso, todavia, possa afigurar-se, salvo por não se coadunar à interpretação teratológica, a parla na *denúncia espontânea* não tem parceria com restrita abrangência dos seus efeitos. O seu fim – como estímulo à arrecadação ou facilitação para reparar erros – não deve ser tangenciado. Demais, inexistente anterior processo administrativo-fiscal, antecipada aquela denúncia, deve-se colacionar a inaplicação da multa, sob pena de ancorar-se no desânimo, levando à persistência da impontualidade, na cômoda espera de futuro chamamento fiscal. Por isso, pela confissão, purgada a falta, reconciliados contribuinte – Fisco, não tem sentido lógico-jurídico a multa, granjeando imanente caráter punitivo. É desmesurada exigência incentivar a evasão de receita, enfraquecendo-se a franquia interpretativa sinalizada nos arts. 112 e 128 – parte final – c.c. o art. 138, CTN.

Desconhecer o fato objetivo de que o contribuinte, antes de prévio

procedimento fiscal, denunciou-se e fez os pagamentos, seria desconsiderar o espontâneo saneamento da falta, com censuráveis loas à multa punitiva, desfigurando a sua natureza jurídica.” (in DJU de 19.10.1992).

No mesmo sentido:

“Tributário. Parcelamento. Denúncia espontânea.

No pagamento do tributo sem antecedente procedimento administrativo, descabe a imposição de multa, caracterizando-se a denúncia espontânea. Bem assim, tendo o pedido de parcelamento do débito sido deferido.

Recurso provido.” (REsp n. 251.214-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJU de 14.8.2000).

“Tributário. IRPJ. Microempresa. Declaração atrasada. Denúncia espontânea. Multa. Descabimento. Art. 138/CTN. Precedentes.

1. O art. 138/CTN afasta a responsabilidade do contribuinte quando denunciada a infração, espontaneamente, antes de qualquer procedimento administrativo.

2. No caso dos autos, reconhecida pela recorrente que os recorridos estavam desobrigados do pagamento do imposto, é incabível a aplicação da multa.

3. Recurso especial improvido.” (REsp n. 192.489-RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, in DJU de 19.6.2000).

Por último, no que diz respeito aos honorários advocatícios, razão não assiste ao Recorrente, pois diversamente do demandante privado vencedor, quando os honorários profissionais, de regra, constituem direito patrimonial do advogado, tratando-se de ente estatal não pertencem ao seu procurador ou representante judicial. Os honorários advenientes integram o patrimônio público. Diferente a destinação patrimonial, sendo indisponível o direito aos honorários em favor da Fazenda Pública, vencido o litigante privado, mesmo sem a apresentação de contestação, decorrente da sucumbência, é impositiva a condenação em honorários advocatícios, fixados conforme os critérios objetivos estabelecidos expressamente (art. 20 e §§ 1^a e 3^a, CPC).

Confluyente à exposição, não configurada a violação ao art. 138, CTN, *voto pelo parcial provimento do recurso.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 197.605 – MG

(Registro n. 98.0090316-0)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Município de Botelhos
Advogados: Ary Garcia e outros
Recorrido: Antônio Gabriel Martins
Advogado: Hélio Batista Ramos

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Ação monitória contra a Fazenda Pública – Descabimento – CPC, artigos 267, I, IV e VI; 295, III; 301, X; 646 a 730 e 1.102, a, b e c, §§ 1º, 2º e 3º.

1. À parla de ação monitória – cuja natureza é mais executiva do que cognitiva –, a legislação específica não incluiu a Fazenda Pública, a indicação fundamentalmente está limitada às lides entre particulares. Demais, a execução contra a Fazenda Pública tem como lastro comum o título judicial, de modo que o detentor de título extrajudicial, exceção àquela regra, deve propor ação de conhecimento, para promover a respectiva execução. Enfim, o procedimento para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (art. 730, CPC) não se amoldam ao da ação monitória. Outro elemento a indicar a inadmissibilidade do uso dessa ação contra a Fazenda Pública é que não prevalece a regra da confissão da obrigação (arts. 319 e 320, CPC).

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, vencidos os Srs. Ministros Relator e Humberto Gomes de Barros, por maioria, *dar provimento ao recurso*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 18.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Município de Botelhos interpõe o presente recurso especial (fls. 85/90), ao abrigo do art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Magna Carta, contra acórdão (fls. 79/83) proferido pela Primeira Câmara Cível do TJMG, assim ementado (fl. 79):

“Ação monitória contra a Fazenda Pública. Possibilidade.

A ação monitória pode ser ajuizada contra a Fazenda Pública. Apresentados embargos, passa ao rito ordinário.”

Historiam os autos que Antônio Gabriel Martins ajuizou ação monitória contra o Município ora recorrente no intuito de receber quantia certa em virtude de contrato de prestação de serviços (reparos, manutenção e assistência técnica em máquinas de escrever e calculadoras), tendo apresentado as respectivas notas fiscais, e sido emitidos pelo Réu os respectivos empenhos, os quais, entretanto, não foram quitados.

O r. juízo monocrático rejeitou os embargos opostos pelo Município e reconheceu a obrigação do mesmo de pagar o valor reclamado, sob o fundamento central de que a lei instituidora da ação monitória não impede que qualquer entidade pública figure no seu pólo passivo.

Em grau recursal, o egrégio órgão fracionário do Tribunal **a quo** confirmou a sentença, afastando as preliminares levantadas de ilegitimidade ativa e impropriedade da ação monitória, porquanto, ao serem ofertados embargos, a eficácia do mandado fica suspensa e, na forma do art. 1.102c, 1ª parte, do CPC, adota-se o rito ordinário. Quanto ao mérito, entendeu que em razão do valor atribuído ao serviço há dispensa de licitação nos termos do art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993.

Nesta Instância, fundamentando-se nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustenta o Recorrente:

a) que os preceitos legais que disciplinam a ação monitória não podem ser aplicados contra entidades públicas, pelo que restaram violados os

arts. 1.102a, b e c, e seus §§ 1^a, 2^a e 3^a, do CPC; além dos arts. 646, 729, 730 e 731, também do CPC;

b) ser o autor carecedor da ação (art. 301, X, do CPC), pelo que deve ser indeferida a petição inicial (art. 295, III, do CPC), ordenando-se a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, I, IV e VI, do CPC); além de não possuir legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda (arts. 295, II; 329 e 267, VI, do CPC).

Aduz, ainda divergência jurisprudencial com julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Acre.

Transcorrido **in albis** o prazo para oferecimento de contra-razões.

Em juízo de admissibilidade (fls. 94/95), o especial recebeu crivo positivo para o seu processamento.

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso interposto pela alínea **a**, de forma parcial, somente pela apontada violação ao art. 1.102c do CPC, por ter sido debatido e recebido deliberação pelo Tribunal **a quo**. Falece por ausência de prequestionamento a análise dos demais preceitos invocados.

Em relação à alínea **c**, vislumbro que o Recorrente não demonstrou o dissídio pretoriano nos moldes da orientação preconizada pelo artigo 26 da Lei n. 8.038/1990, em harmonia com os artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255 e parágrafos, do RISTJ, visto que estes exigem o cotejo analítico das teses divergentes, devendo ser revelada a expressividade integral das situações fáticas e dos fundamentos que serviram de base para a decisão ser prolatada, não se aperfeiçoando pela simples transcrição de ementas semelhantes à hipótese dos autos.

Afasto, inicialmente, a questão levantada de ser o Recorrido carecedor da ação e parte ilegítima, não devendo ser indeferida a petição inicial com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, conforme pleiteado.

O caso em tela gravita em torno da questão da possibilidade de ser demandada a Fazenda Pública, no caso, o Município de Botelhos, do Estado de Minas Gerais, por meio de ação monitória, onde Antônio Gabriel Martins, ora recorrido, busca receber quantia certa em virtude

de contrato de prestação de serviços (reparos, manutenção e assistência técnica em máquinas de escrever e calculadoras), tendo apresentado as respectivas notas fiscais, e sido emitidos pelo Réu os respectivos empenhos, os quais, entretanto, não foram quitados.

O r. juízo monocrático, assim como o egrégio órgão fracionário do Tribunal **a quo**, consideraram admissível tal hipótese. A sentença está estruturada nos seguintes fundamentos (fls. 31/32):

“Embora haja entendimentos contrários, não havendo óbice legal, acaso improcedentes os embargos ao mandado expedido para pagamento, poderá o Município, na ocasião própria, isto é, a prevista no artigo 730 do Código de Processo Civil, discutir ainda outra vez o crédito de outrem, só para aí, efetivamente, ter o título plena eficácia executiva.

Não há se perder de vista, outrossim, que caso seja a sentença desfavorável ao Município, haverá o necessário reexame pela Instância Superior, que a confirmando, demonstrará a impossibilidade de estar a se exigir direito que outrem não tenha.

Rejeito a prefacial de carência de ação.

No que alude ao mérito, em que se considere os argumentos expendidos pelo Embargante, nota-se que os créditos reclamados estão provavelmente lançados em *restos a pagar* na contabilidade do Município.

Nos seus embargos, o Município apenas questionou a inexistência de processo licitatório, não negando, jamais, que os serviços não teriam sido executados pelo Autor.

Se há alguma anormalidade na contratação, que seja debitada à administração anterior.

Houve a emissão dos empenhos, o que, por si só, gera a presunção de que os serviços foram executados.

Consta dos registros do Município a existência das obrigações.

Quem trabalha precisa receber a paga correspondente. /

Ninguém há de negar que o Município possui máquinas de escrever e calcular e que, no cotidiano, carecem de reparos e manutenção.

Impende ressaltar que o Município, embora questione a falta de licitação, não intentou qualquer ação para mostrar a irregularidade ou mesmo provar que não houve a prestação dos serviços.

Diante do exposto, tudo bem visto e examinado, rejeito os embargos e dou como existente a obrigação do Município em pagar ao Autor o valor que reclama.

Condeno o Município a pagar as custas processuais, reembolsando as dispendidas pelos Autores e, ainda, a pagar honorários de advogado que fixo em vinte por cento do valor visado pela ação, aplicando-se no que couber, as regras da Lei n. 6.899/1981, inclusive no que tange aos direitos dos Autores, incidindo desde a citação.

Trânsita, não satisfeitos os direitos dos Autores, prossiga-se na forma do artigo 730 do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição. Decorrido o prazo recursal, com ou sem razões e contra-razões das partes e parecer do Ministério Público, subam os autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.”

O voto que conduziu o pronunciamento de 2º grau, por sua vez, encontra-se assim exposto (fls. 81/82).

“Preliminar de ilegitimidade ativa.

Alega o Apelante: ‘Salta à primeira vista que o contrato foi firmado com uma pessoa jurídica – Martimak Máquinas para Escritório em Geral. No entanto, no instrumento de procuração, como na própria petição inicial consta o nome de Antônio Gabriel Martins – pessoa física.

O Código Civil, no artigo 17, dispõe: ‘As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores’.

No caso dos autos, a firma é individual, ‘a pessoa jurídica está automaticamente consubstanciada na pessoa física’.

Lago, rejeito essa preliminar.

Preliminar de impropriedade da ação monitória.

Impossibilidade jurídica de ação monitória contra a Fazenda Pública.

‘É admissível ação monitória contra a Fazenda Pública’ (JTJ 184/194).

Sem razão o Apelante, porque se o réu ofertar embargos, a eficácia do mandado inicial fica suspensa, e na forma do artigo 1.102c, primeira parte, do CPC, adotando-se o rito ordinário.

Rejeito, portanto, essa preliminar.

No mérito, alega o Apelante a falta de licitação para a realização do contrato.

A Lei n. 8.666/1993 dispõe os casos que dispensam a licitação, entre eles o caso dos autos, em razão do valor atribuído ao serviço.

‘Artigo 24. É dispensável a licitação:

II – para outros serviços e compras de valor até 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea **a** do inciso II do artigo anterior ...’.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.”

Partindo-se do pressuposto que o processo de conhecimento já não se mostrava hábil para atender às exigências do Direito Processual Civil moderno na busca de soluções mais céleres para se assegurar a tutela jurisdicional invocada, o legislador pátrio introduziu, por meio da Lei n. 9.079, de 14.7.1995, a denominada ação monitória.

Invocando as palavras do ilustre Professor **Humberto Theodoro Júnior**, em sua obra *A Ação Monitória e a Reforma do Código de Processo Civil*¹, ao citar o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, por ocasião da exposição dos propósitos que levaram o Ministério da Justiça a incentivar a revisão do vigente Código de Processo Civil, explicou: “os que tomaram para si o encargo de concretizar o projeto inovativo conscientizaram-se de que a missão assumida era contribuir para ‘criar um novo processo e, com ele, uma nova Justiça, para responder aos desafios de um novo tempo’, modernizando o procedimento e eliminando entraves burocráticos injustificáveis. A consciência da doutrina processual moderna concentra-se, sem dúvida, na convicção de que o processo tem de cumprir o ideal da ‘efetividade da Justiça’. E, para tanto, a reforma do Código tem de dotar os juízes de novos meios procedimentais, capazes de preparar ‘um Judiciário mais eficiente’, graças à formulação de ‘um processo mais dinâmico,

1. Reforma do Código do Processo Civil, Ed. Saraiva, 1996, p. 439.

simples e eficaz' (Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil, com introdução do Ministro Sálvio de Figueiredo, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993, p. 30). Dentre os projetos de simplificação e agilização do processo civil, a comissão coordenadora da reforma sugeriu a introdução da ação monitória entre os procedimentos especiais do Livro IV do Código de Processo Civil, o que foi efetivado através da publicação da seguinte lei: Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995".

Assim, norteado por tais objetivos e à luz das normas contidas no art. 1.102a, b e c do CPC, dentro do Livro IV, sob o Título denominado 'Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa', disciplinou-se o procedimento monitório ou de injunção, sob a seguinte redação:

"Art. 1.102a. A ação monitória compete a quem pretende, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1.102b. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 dias.

Art. 1.102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

§ 1º. Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2º. Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3º. Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV."

Implantado o procedimento especial de jurisdição contenciosa da ação monitória, o jurisdicionado tem à sua disposição mais um procedimento que objetiva reconhecer ao Autor um título executivo judicial sem prévio crivo de minuciosa análise da prova documental oferecida, redundando em inversão do contraditório na sua fase preliminar. Constituindo-se em técnica de

antecipação de caráter eventual para obtenção do título executivo, atuando **secundum eventum defensionis** (Fátima Nancy Andrighi, Disponibilidade do Rito na Ação Monitória, Síntese Trabalhista, n. 82, abril/1996, p. 7).

Observa o Professor **Carreira Alvim** que “a finalidade do procedimento monitorio (ou injuncional) é simplificar o largo e dispendioso processo de cognição e de condenação, fazendo chegar a providência de condenação diretamente, mediante uma redução – já que não há abolição da fase de declaração de certeza – que se baseia unicamente no conhecimento dos fatos constitutivos da ação proposta, sem levar em consideração aqueles fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito; fatos que, em virtude das exceções e defesas da parte contrária, deveriam constituir objeto da declaração e que o pretense obrigado não pode aduzir porque a condenação é emitida **inaudita altera parte**, mas que poderá, eventualmente, se considerar oportuno, fazer valer mediante uma plena declaração de certeza posterior à condenação” (José Eduardo Carreira Alvim, Procedimento Monitorio, p.p. 52/53).

Teresa Arruda Alvim Wambier anota que “evidentemente, há peculiaridades que caracterizam a ação monitoria em cada um dos sistemas positivos que a acolhe, mas, fundamentalmente, é um procedimento no qual pode ser gerada uma ordem de prestação sem que ouvida a outra parte (com cognição sumária, portanto) e cujo objetivo é o de preparar para a execução. De um modo geral, pode-se afirmar que nesse tipo de processo, o contraditório seria diferido ou, melhor ainda, eventual, já que silente o réu, abrevia-se o caminho para a execução, transformando-se em título executivo aquela decisão por meio da qual o juiz liminarmente ordenou fosse cumprida a obrigação” (Procedimento Monitorio, Curitiba, Ed. Juruá, 1997, 2ª ed.).

Segundo o Professor **José Rogério Cruz e Tucci**, a ação monitoria consiste “no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa móvel determinada, cujo crédito esteja provado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação de seu crédito” (Ação Monitoria, p. 68).

Portanto, as obrigações de pagar quantia certa, de entregar bem móvel certo e determinado ou coisa fungível são os bens da vida tutelados por esse instrumento especial, cujo pressuposto básico da prova documental, fortalecedora da relação creditícia existente e sem eficácia de título executivo, deve estar presente. Note-se que, de acordo com o estatuído pelo art.

1.102a “a adoção da exigência de ‘prova escrita da obrigação’, robor a nítido caráter documental do procedimento monitorio brasileiro que – como instrumento de tutela diferenciada e com cognição sumária em um primeiro momento – conjuga uma abreviação do *iter* procedimental com a formação de título executivo, deixando ao devedor a opção de iniciativa de eventual contraditório pela interposição de embargos, que se improcedentes, dão imediata abertura ao processo de execução do devedor” (Ação Monitoria em Face da Fazenda Pública, **Ricardo Raboneze**, RJ 252, out/1998, p. 9).

Assim, em tese, qualquer transação documentada que não configure título executivo judicial poderia embasar a pretensão monitoria.

Questão que revela-se complexa e bastante controvertida na atualidade é a referente à possibilidade de ser manejada a monitoria em face da Fazenda Pública. Pela viabilidade posicionam-se renomados juristas como **Cândido Rangel Dinamarco**, **J. E. Carreira Alvim**, **Ada Pellegrini Grinover**, entre outros.

Em sentido diametralmente oposto, constituída por não menos destacados nomes do cenário jurídico nacional, há corrente que abraça o entendimento de ser a mesma inadmissível. Nessa posição encontram-se processualistas como **José Rogério Cruz e Tucci**, **Vicente Greco Filho**, **Humberto Theodoro Júnior** e **Ernani Fidélis dos Santos**.

Não há jurisprudência firmada, ainda, a respeito do assunto.

A norma, pois, que introduziu a ação monitoria no estatuto processual civil revelou-se absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser utilizada frente à Fazenda Pública. Segundo o Professor **Carreira Alvim** “inexiste qualquer incompatibilidade entre a ação monitoria e as pretensões de pagamento de soma de dinheiro contra o Poder Público (federal, estadual, municipal), compreendidas as autarquias, nos mesmos moldes em que podem ser demandados na via ordinária, para a satisfação das suas obrigações” (Procedimento Monitorio, Ed. Juruá, Curitiba, 2ª ed., 1996).

Em apoio a esse pensamento, **Sérgio Bermudes** leciona que “tanto os particulares quanto os entes públicos poderão assumir o pólo ativo ou o passivo do processo monitorio. Não há norma que proíba a sua utilização contra ou pelo Estado” (**Apud Friede Reis**, ob. cit., p. 476).

Particularmente, entendo que a disposição do art. 1.102c e § 3º, do CPC, segundo o qual, “rejeitados os embargos e constituído de pleno direito o título executivo judicial, após intimado o devedor, a execução prosseguirá na forma prevista do Livro II, Título II, Capítulos II e IV”, excluiu expressamente da aplicação da ação monitoria apenas a execução dos créditos alimentícios (Capítulo V do Título II), não se cogitando em qualquer

tipo de restrição quanto à possibilidade de a Fazenda Pública figurar no seu pólo ativo ou passivo.

É regra de hermenêutica jurídica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez, sendo inconcebível interpretação restritiva na hipótese, onde não há expressa exclusão de utilização do procedimento monitorio pelo Estado ou contra ele.

Desse modo, frente à omissão constatada na redação disciplinadora da ação enfocada, torna-se inviável na hipótese a criação de limitações quanto à sua abrangência ou concessão de especiais privilégios em favor da Fazenda Pública. Por outro lado, evidencia-se que os dispositivos instituidores da monitoria não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos legais existentes, no objetivo de se alcançar a unidade do ordenamento jurídico, evitando-se antinomias.

Como expõe o ilustre jurista **Sérgio Bermudes** “a ação monitoria aparece no elenco dos procedimentos especiais, que se regem pelas regras que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário, de acordo com o parágrafo único, acrescentado ao art. 272 pelo art. 1º da Lei n. 8.952, de 13.12.1994, mediante transposição do texto do anterior art. 273. Além das normas e princípios do procedimento ordinário, incidem, igualmente, regras do Livro I do CPC, aplicáveis ao processo em geral e, particularmente, ao processo de conhecimento”. E prossegue: “a lei brasileira não foi minudente na disciplina da legitimidade ativa, ou passiva, para a ação monitoria, como fez o art. 635 do CPC italiano, cuidando dos créditos do Estado e das entidades públicas. A legitimidade deve ser encontrada nas normas atinentes à relação jurídica documentada na prova escrita. *Não vejo razões para não se admitir a ação monitoria pelo Estado e pessoas da Administração Indireta, bem como por quaisquer pessoas físicas, jurídicas ou formais, nem contra todos esses entes*” (grifos não constam do original) (Ação Monitoria: Primeiras Impressões sobre a Lei n. 9.079, de 14.7.1995, Rev. Dir. TJRJ n. 26, 1996).

Essencialmente, os posicionamentos contrários à aplicação da ação monitoria em face dos entes públicos têm assento na incompatibilidade entre os procedimentos monitorio (art. 1.102a, b e c, e parágrafos, do CPC) e executivo específico (art. 730 e 731 do CPC), ensejando argumentos que se baseiam, em síntese, na:

- a) imprescindibilidade de sentença judicial;

- b) obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição;
- c) imperiosidade de obediência ao sistema de precatório;
- d) indisponibilidade do direito (não-incidência dos efeitos da revelia – inexistência de confissão ficta);
- e) impossibilidade de expedição de mandado de pagamento **initio litis** contra a Fazenda Pública em casos de não-oferecimento de embargos.

Entre os doutrinadores que compartilham dessa opinião, pela impossibilidade da ação monitória ser proposta perante a Fazenda Pública, advogam os seguintes processualistas:

José Rogério Cruz e Tucci é do entendimento que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Leciona que “a execução contra a Fazenda Pública somente pode lastrear-se em título judicial, de modo que o detentor de título extrajudicial, como uma verdadeira exceção à regra geral prevista no Código de Processo Civil, mas justificada pela peculiaridade dos princípios que informam o Direito Público, deve propor ação de conhecimento para a obtenção de título judicial, para tão-só em seguida, promover a respectiva execução. A ação monitória, diante dessa orientação, seria então o remédio indicado para que o credor, portador de título extrajudicial, pudesse obter, em espaço temporal abreviado, título judicial contra a Fazenda, não fosse o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil. É que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no bojo do procedimento monitório, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inciso II do apontado dispositivo, impositiva do ‘pagamento na ordem de apresentação do precatório’, para concluir-se pela inadmissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta flagrante” (Ação Monitória, Ed. RT, 1ª ed., p. 66).

Humberto Theodoro Júnior anota que “a orientação em tela não pode ser transplantada para o Direito brasileiro, em face das características de nosso regime de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, art. 100), o que não existiria, no caso de ação monitória não embargada. Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatório, a ser

aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, art. 475, II) e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, art. 320, II). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público quando demandado em juízo de acerto, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação da ação monitória contra a Administração Pública. Seu único efeito, diante da impossibilidade da penhora sobre o patrimônio público, seria a de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não se sujeita a precatório sem prévia sentença e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitório, na espécie. Forçosamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação. Além disso, e o que é mais importante, a citação no procedimento monitório é uma ordem de pagamento e não um chamado para se defender, o que é incompatível com o tipo de ação cabível contra o Poder Público, em face de quem a exigência de pagamento só é possível dentro do mecanismo do precatório” (A Ação Monitória, R. TCEMG, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, jan/mar 1995).

Vicente Greco Filho igualmente considera que descabe a ação monitória perante a Fazenda Pública “contra a qual deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição para pagamento por meio de ofício requisitório como previsto no art. 100 da Constituição da República e por meio de dotação orçamentária. Contra a Fazenda não se admite ordem para pagamento, como não se admite penhora, devendo, pois, haver processo de conhecimento puro, com sentença em duplo grau de jurisdição e execução nos termos do art. 100 da Constituição e art. 730 do Código” (Considerações sobre a Ação Monitória, Rev. de Processo, out/dez 1995, n. 80, p. 158).

Antônio Raphael de Barros comunga do mesmo posicionamento, enfatizando que “não é possível esta ação contra a Fazenda Pública, pois impossível expedir-se desde logo contra ela um mandado de pagamento ou para entrega de coisa. Os direitos da Fazenda são considerados indisponíveis, como se vê em RTFR 90/131, 121/133, 1.245/45 e 133/79 e RJTJSP 88/246 e 92/221. Se não se pode nem mesmo em execução por título judicial contra a Fazenda exigir o pagamento em 24 horas ou mesmo a penhora de bens, havendo execução especial na forma dos arts. 730 et seq. do CPC, como, então, exigir-se o pagamento por mandado ou a entrega de coisa antes da sentença judicial e antes de execução especial a que tem direito a Fazenda? Nos casos em que a Fazenda apresentasse seus embargos, ainda teríamos uma sentença que discutiria o direito das partes, e terminaríamos

com uma sentença de mérito, ainda que fosse contra a Fazenda. Mas como ficaríamos se não fossem apresentados embargos ao mandado, e como poderíamos aceitar que o mandado expedido **initio litis** já determinasse à Fazenda que fizesse um pagamento que não poderia fazer, por depender de orçamento e de destinação apropriada da quantia, tudo a exigir o precatório” (ob. cit., por **Ricardo Raboneze**, in Ação Monitória em Face da Fazenda Pública, RJ 252, out/1998, p. 14).

Rogério Marinho Leite Chaves, em seu artigo intitulado Ação Monitória contra a Fazenda Pública (R. TRF/1ª Reg., v. 9, n. 4, Brasília, out/dez 1997) enumera quatro óbices nos quais se fundamenta para assumir posição contrária à aplicação do procedimento monitorio em face das entidades públicas (imprescindibilidade de sentença judicial, duplo grau de jurisdição, necessidade de precatório e indisponibilidade do direito – não-incidência dos efeitos da revelia).

Em síntese, deduz que:

a) tendo-se em conta a possibilidade de formação de título executivo, na ação monitoria, sem sentença, pela simples conversão de pleno direito do mandado de pagamento ou entrega, apura-se a inadequação desse procedimento, já que com relação à Fazenda Pública prevalece o princípio da **nulla executio sine titulo**. Isto é, não pode haver execução sem a formação do título judicial pelo meio apropriado, que se dá através de sentença de mérito;

b) quando não interpostos embargos, há conversão do mandado de pagamento em título executivo, independentemente de sentença. A consequência é a formação imediata da coisa julgada, sendo irrecorrível a decisão. Esse modelo não se amolda aos privilégios processuais da Fazenda, que demandam não só um julgamento de mérito, como também condicionam a eficácia da decisão condenatória ao reexame da matéria pelo Tribunal **ad quem**. Na realidade, o que se devolverá ao tribunal será, não o mérito da causa, mas apenas o exame das formalidades necessárias à propositura da ação monitoria, o que, **permissa venia**, é incompatível com o princípio do reexame necessário a que estão sujeitas as decisões proferidas em detrimento da coisa pública;

c) não pode haver ordem de pagamento contra a Fazenda Pública, cujos débitos somente serão quitados em obediência ao sistema de precatório previsto no art. 730 do CPC, e ainda no art. 100 da Lei Maior. A prevalecer a tese de que o uso da ação monitoria contra a Fazenda serviria apenas como meio de obter-se o título executivo, haveria uma deturpação da

monitória não prevista pelo legislador, que perderia por completo sua principal característica, que é a injuntividade, posto que já não haveria o ‘mandado para pagamento’ típico do procedimento monitório, porquanto, como se disse, um tal mandado seria inviável contra a Fazenda Pública, porque contra ela é inadmissível uma ordem para pagamento, e seus bens não são susceptíveis de penhora;

d) contra a Fazenda Pública não prevalece a regra da confissão, aplicável às lides entre particulares, uma vez que o direito do Estado é indisponível, o que faz incidir a regra do art. 320, II, do CPC. Não incidindo, pois, os efeitos da revelia, não pode o mandado inicial ser convertido, **pleno jure**, em título executivo. Daí porque, não havendo presunção da veracidade dos fatos, ainda que não contestados, ou, no caso, não embargados, sobre eles o Autor deverá fazer prova, cabendo ao juiz a cognição plena dessa prova, pouco importando se já existe prova escrita.

Finalizando sua exposição, conclui: “É de todo recomendável, pois, que, nas demandas movidas contra a Fazenda se faça o uso da ação de conhecimento, especialmente quando puder ser empregada em seu rito sumário, pois é quase certo que, em razão dos muitos obstáculos processuais, eventual ação monitória, ainda quando admitida, consumiria mais tempo para ser julgada do que uma ação de conhecimento” (R. TRF/1ª Reg., v. 9, n. 4, Brasília, out/dez 1997).

As vozes dissonantes da doutrina pátria, por sua vez, ao defenderem a possibilidade da ação monitória ser ajuizada contra a Fazenda Pública, acen-tuam:

J. E. Carreira Alvim defende que “inexiste qualquer incompatibilidade entre a ação monitória e as pretensões de pagamento de soma de dinheiro contra o Poder Público (federal, estadual, municipal), compreendidas as autarquias, nos mesmos moldes em que podem ser demandados na via ordinária, para a satisfação das suas obrigações. Neste sentido, doutrina **Garbagnati**, para quem a pronúncia de um decreto de injunção é seguramente admissível em face da Administração Pública, nos mesmos limites em que se permite ao credor de uma soma de dinheiro exercer contra ela uma ação de condenação no âmbito de um processo ordinário de conhecimento. O procedimento monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a Fazenda Pública ofereça embargos. Assim, se o credor dispõe de um cheque emitido pela Fazenda Pública, que tenha perdido a eficácia de título executivo, nada impede se valha da ação monitória para receber o seu crédito; identicamente, aquele que dispõe de um empenho ou

qualquer documento de crédito que atenda aos requisitos legais, dispõe de documento idôneo para instruir o pedido monitório. Se não forem oferecidos os embargos, forma-se o título executivo “judicial”, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV, cumprindo distinguir se se trata de execução para “entrega de coisa” (arts. 621 a 631), ou “por quantia certa” (arts. 730 e 731). Da mesma forma que a Administração Pública está sujeita à disciplina dos arts. 273 e 461, podendo também ser ré (requerida) na ação cautelar ou “sujeito passivo” na ação mandamental (representada pela autoridade coatora), não há porque não possa ser injuncionada através da ação monitória”. (Procedimento Monitório, 2ª ed., Juruá Editora, Curitiba, 1996, p. 148).

Ada Pellegrini Grinover não vislumbra “nenhuma incompatibilidade entre um procedimento que visa exclusivamente a abreviar o caminho para a formação de um título executivo e a execução desse título executivo contra a Fazenda Pública, que virá depois. O que se consegue, através do procedimento monitório, nada mais é do que o título executivo. Se posso fazer valer um título executivo contra a Fazenda Pública, pelas formas próprias, adequadas à execução contra a Fazenda Pública, também posso constituir-lo de forma abreviada, contra a mesma Fazenda Pública. Sem dúvida nenhuma, há documentos escritos que podem ser utilizados e que não têm força de título executivo contra a Fazenda Pública, como, v.g., o empenho. Tratar-se-á somente de observar as prerrogativas da Fazenda Pública no procedimento monitório: benefício de prazo para embargar (contestar) e talvez, a garantia do duplo grau quando a sentença condicional se consolidar. Apenas, em caso de não-oposição de embargos, a Fazenda Pública poderá embargar a execução de maneira ampla, mas essa visão não se aplica só a ela, mas a qualquer devedor que não tenha impugnado o mandado inicial” (Ação Monitória, Rev. Consulex, n. 6, jun/1997, p. 28).

Cândido Rangel Dinamarco, ao refutar os argumentos contrários, mostra que o atendimento à ordem de pagamento é cumprimento espontâneo, que poderia ter ocorrido antes mesmo de o credor socorrer-se das vias judiciais, isso sem se falar nas hipóteses de entrega de coisa móvel, fungível ou infungível, que não seriam em nenhuma hipótese objeto de precatório (A Reforma do CPC, 3ª ed., Malheiros, 1996, p. 234, cit. por **Elaine Harzheim Macedo**, Do Procedimento Monitório, Ed. RT, p. 169).

Sérgio Bermudes enfatiza que “a lei brasileira não foi minudente na disciplina da legitimidade ativa, ou passiva, para a ação monitória, como fez

o art. 635 do CPC italiano, cuidando dos créditos do Estado e das entidades públicas. A legitimidade deve ser encontrada nas normas atinentes à relação jurídica documentada na prova escrita. Não vejo razões para não se admitir a ação monitória pelo Estado e pessoas da Administração Indireta, bem como por quaisquer pessoas físicas, jurídicas ou formais, nem contra todos esses entes” (Ação Monitória: Primeiras Impressões sobre a Lei n. 9.079, de 14.7.1995, R. Dir. TJRJ, n. 26, jan/mar 1996, p. 63).

Pedro Aurélio Pires Maríngolo lembra que a ação monitória não se confunde com a ação executiva, na medida em que se destina à constituição de um título executivo judicial, oportunizando o contraditório via embargos. Aduz, ainda, que a Fazenda Pública submete-se à contumácia, incorrendo a aplicação do art. 320, em seu inciso II, porquanto a ela não se estende a exceção prevista no parágrafo único do art. 302, o que viabiliza a pronta expedição da ordem de pagamento e conseqüente constituição do título executivo judicial, no caso de silêncio do órgão público devidamente citado. Aduz, com propriedade, que a Fazenda Pública pode, sim, efetuar o pagamento exigido pelo credor sem, com isso, desrespeitar a ordem normal dos precatórios, até porque pode ela satisfazer voluntariamente suas obrigações, não sendo raras suas transações após o trânsito em julgado das decisões condenatórias ou ainda as pré-processuais. Basta, para tanto, o convencimento de sua condição de devedora. A execução é que deverá, no caso de quantia certa, seguir o rumo do art. 730 do CPC, adequando-se, nesse particular, à regra do art. 1.102c, **caput**, parte final, e § 3^a, parte final. (A Ação Monitória Cabe em Face das Fazendas Públicas, Rev. Literária de Direito mar/abril 1997, p.p. 25/26).

Ricardo Raboneze posiciona-se em sentido de que “a ação monitória nada mais é que uma ação de conhecimento, numa primeira fase, diferindo-se apenas o momento e a iniciativa do contraditório. Ademais, não há expressa vedação em lei, não exurgindo nenhum óbice procedimental (passando-se do processo de conhecimento para a execução, nos modos do art. 730 do CPC). Permite-se, portanto, mediante o mero oferecimento de embargos (que têm verdadeira natureza de contestação), a ampla discussão dos fatos, pela conversão do rito em ordinário, ampliando o âmbito cognitivo do magistrado, de inicialmente sumário, para pleno e exauriente. E, mesmo que não oferecidos embargos, a execução, tendo a Fazenda Pública no pólo passivo, há de ser sempre pelo procedimento estatuído nos arts. 730 e seguintes do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório, nos termos do art. 100 da CF. Uma questão pode surgir quando do não-oferecimento de embargos, onde propriamente inexistiria uma sentença condenatória, mas

a simples conversão do mandado inicial em mandado de pagamento, formando-se de pleno direito o título executivo judicial. Este também não é óbice intransponível, pois, a Fazenda está sujeita, até mesmo, à execução por título executivo extrajudicial, que equivale à sentença condenatória (art. 584, I, do CPC), consoante vem entendendo a mais abalizada doutrina. Ademais, o reexame obrigatório deve dar-se somente em face de sentença (art. 475 do CPC) e não de outros atos judiciais. Assim, se fulcrada a ação em títulos executivos extrajudiciais – onde o exercício se dá por intermédio dos embargos previstos pelo art. 730 do CPC, porque tal exigência deveria ser impingida à ação monitória não embargada? Nota-se: a Fazenda é chamada a manifestar-se na qualidade de parte e, como tal, está sujeita – salvo alguns mecanismos – aos mesmos ônus processuais. Se desinteressou-se pelo oferecimento de embargos, prevalecem os efeitos de título executivo judicial emanados da expedição do mandado inicial da ação monitória. Ademais, a ação monitória, como sustentado já no início deste trabalho, é um instrumento de tutela jurisdicional diferenciada, e, como tal, deve dirigir a interpretação para a compatibilidade do texto legal com as mais variadas situações fáticas, sob pena de sua descaracterização, e, neste caso, a olvidar seu escopo fundamental que é a efetividade do processo. Assim sendo, propiciando-se à parte passiva o pleno exercício do contraditório, diferido por sua própria provocação, não há de falar-se em impropriedade da ação monitória em face da Fazenda Pública, na medida em que a sua execução, **ex lege**, sempre se dará nos termos do art. 730 do CPC, que complementa o sistema constitucional do art. 100 da CF” (Ação Monitória em Face da Fazenda Pública, RJ 252, out/1998, p.p.15/17).

Em posição intermediária situam-se juristas como *Nelson Nery Júnior* e *Rosa Maria Andrade Nery*, os quais compartilham do entendimento de que é possível o ajuizamento da monitória contra a Fazenda somente quando não se tratar de execução por quantia certa. Anotam: “a ação monitória pode ser dirigida, em tese, contra a Fazenda Pública (entrega de coisa certa ou incerta), com as limitações impostas pela CF, 100, e CPC, 730 e seguintes. Isto é possível quando não se tratar de execução por quantia certa, vale dizer, é cabível o procedimento monitório contra a Fazenda Pública quando o objeto do pedido for entrega de coisa certa ou incerta, por exemplo. O óbice de que não haveria título executivo contra a Fazenda não pode ser aceito porque a decisão que defere a expedição do mandado tem eficácia de título executivo judicial, caso não haja interposição de embargos. Ademais, admite-se execução contra a Fazenda Pública, fundada em título extrajudicial (RSTJ 95/259)” (Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 4ª ed., p. 1.375).

Perfilhadas as correntes doutrinárias que discutem, na atualidade, o

tema enfocado, ressaltado, e quanto a isso não há contradições, que o regime brasileiro de execução contra a Fazenda Pública possui realmente características especiais, conferindo-lhe privilégios materiais e processuais que são indiscutíveis, como a impenhorabilidade de seus bens, a não-incidência dos efeitos da revelia, etc.

Inobstante tais particularidades, evidencia-se que os preceitos legais instituidores do procedimento monitorio, como já frisado, não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico, a fim de que se torne viável a aplicação do mesmo em face da Fazenda Pública. Não havendo, portanto, óbice legal exposto contra a sua utilização perante a Fazenda, ou por ela, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Primeiramente, há de ser afastada a tese de que as execuções contra o Estado somente podem lastrear-se em título judicial, uma vez que se tem admitido a possibilidade de a execução, nesse caso, fundar-se em título extrajudicial. Ademais, a decisão proferida em sede do procedimento monitorio (art. 1.102b do CPC) tem eficácia de título executivo judicial, mesmo quando não haja interposição de embargos.

Conforme expôs o eminente Ministro Costa Leite, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 42.774-6-SP, in DJU de 19.9.1994, a necessidade de observância da disciplina do art. 730 do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial:

“A questão trazida a lume é controvertida, mas, em verdade, não há razão lógica ou jurídica para que se arrede a possibilidade de a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública fundar-se em título executivo extrajudicial. A necessidade de observância da disciplina do art. 730 do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial.

Como observa **Celso Neves**, ‘eliminada a ação executiva e unificada a via executória, já agora hábil tanto para os casos de sentença condenatória quanto para os de títulos extrajudiciais dotados de executividade, a disciplina do art. 730 atende às particularidades de um processo executório em que não pode haver a penhora de bens sobre os quais verse a atividade *jurissatisfativa* que lhe é própria’ (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, Forense, p. 166).

Só uma interpretação estreita da norma constitucional conduziria ao absurdo de obrigar o credor ao processo de conhecimento porque

o sujeito passivo na relação creditícia de direito material é a Administração, como enfatiza **Araken de Assis**, em escólio transcrito no voto-condutor do aresto recorrido. Ressalte-se que o extinto Tribunal Federal de Recursos já se posicionara sobre o tema, nestes termos do acórdão proferido pela Quinta Turma na Apelação Cível n. 164.425-SP:

“Tem validade a execução contra a Fazenda Pública fundada tão-somente em título executivo extrajudicial, porquanto inexistente o excepcionamento pretendido para a r. decisão **a quo**.”

Conhecendo do recurso, pela letra **c**, nego-lhe provimento. É como voto, Sr. Presidente.”

Nos termos do art. 1.102b do CPC, o magistrado, após constatar que a inicial encontra-se devidamente instruída, deferirá de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 dias.

O argumento pela impossibilidade de expedir-se, **initio litis**, mandado de pagamento ou entrega de coisa contra a Fazenda, deve sofrer, todavia, atenuações em sua interpretação. Não se pode considerar, como apregoadado, em uma simples “determinação para que faça um pagamento que não pode fazer, por depender de orçamento e de destinação apropriada da quantia, tudo a exigir precatório” (cit., fl. 12). Nada impede que a Fazenda reconheça o seu débito e efetue a obrigação exigida pelo credor, cumprindo voluntariamente a ordem injuntiva, sem desprezar o sistema do precatório. Para tanto, basta o reconhecimento da condição de devedora. Como nos ensina o Desembargador **Dinamarco**, em verdade, o pagamento na fase inicial da ação monitória “não é pagamento por força de condenação; é satisfação voluntária, tanto quanto o que se faz em atendimento a uma cobrança” (A Reforma, p. 234).

O magistrado não determina a execução coercitiva da obrigação quando ordena a expedição do mandado injuntivo, ao contrário, procede a intimação para que, voluntariamente, o devedor cumpra a sua obrigação.

Não cumprido o mandado para pagamento ou entrega da coisa, à Fazenda é facultado o oferecimento de embargos (art. 1.102c do CPC). Tal hipótese evidencia-se tranqüila, eis que estes serão processados pelo procedimento ordinário, assegurando-se amplamente o contraditório e ensejando

a possibilidade de ampla discussão dos fatos, ampliando sobremaneira o âmbito cognitivo do magistrado e a defesa da devedora. Se rejeitados os embargos, após submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição, prossegue-se a execução, em caso de quantia certa, de acordo com os termos dos arts. 730 e seguintes do CPC, e em obediência ao sistema do precatório previsto no art. 100 da CF/1988.

Se a Fazenda não interpuser embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se, igualmente, no caso de quantia certa, o rumo traçado pelos arts. 730 e seguintes, devendo adequar-se, no particular, às regras do art. 1.102c, **caput**, parte final, e § 3^a, parte final, todos do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório nos termos do art. 100 da CF/1988. Conforme leciona a Professora **Ada Pellegrini Grinover**, “o que se consegue através do procedimento monitorio, nada mais é do que o título executivo. Se posso fazer valer um título executivo contra a Fazenda Pública, pelas formas próprias, adequadas à execução contra a Fazenda Pública, também posso constituí-lo de forma abreviada, contra a mesma Fazenda Pública”. (ob. cit., fl. 15).

Comungo do entendimento de que o uso da ação monitoria contra a Fazenda serviria como meio de obter-se o título executivo, oportunizando-se o contraditório via embargos. Assim, na hipótese de não-interposição de embargos, com a conseqüente conversão do mandado de pagamento em título executivo, esposo do posicionamento de processualistas (como a Professora **Ada Pellegrini Grinover**) que defendem a possibilidade de, na hipótese de a Fazenda figurar no pólo passivo da demanda, haver reapreciação da decisão pelo Tribunal. Assim, resguardadas estarão igualmente as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e não incidem os efeitos da revelia, uma vez que o seu direito é indisponível (art. 320, II, do CPC).

Questão interessante revela-se a referente às obrigações pecuniárias que sejam objeto de previsão orçamentária (empenhadas). No presente caso, a situação fática é muito clara, pois, segundo afirmado na sentença, o Município, nos seus embargos, não negou em momento algum que os serviços não teriam sido executados pelo Autor. Houve a emissão de empenhos, o que, por si só, gera a presunção de que os serviços foram realizados, constando, pois, dos registros contábeis da Prefeitura a existência da obrigação.

No trato dessa questão, cito a doutrina de **Edilton Meireles**²:

“Aliás, em relação às obrigações executadas contra a Fazenda Pública, cumpre distinguir as suas origens para melhor análise e aplicação das normas executivas. É preciso que se distinga aquelas obrigações pecuniárias que sejam objeto de previsão orçamentária (empenhadas), daquelas não incluídas na lei de despesas e custeio público (não-empenhadas). E nisso a doutrina e jurisprudência têm, **data venia**, incorrido em graves erros interpretativos.

Quando, por exemplo, o Estado contrata, mediante prévio processo licitatório, a compra de bens, essa aquisição, por certo, encontra respaldo em lei orçamentária, que prevê o locamento de verbas para esse intento. O Estado, aliás, não pode assumir obrigações sem prévia autorização orçamentária (art. 165, CF/1988).

Pode ocorrer, entretanto, de o Estado receber os bens adquiridos, mas deixar de pagar por estes. Nesse caso, não sendo o título executivo extrajudicial, nada impedirá de o credor oferecer ação monitória contra o Estado visando a cobrar crédito, comprovável através do contrato firmado com o ente público. Se, por sua vez, o Estado cumprir o mandado injuntivo, no prazo de quinze dias que lhe foi assegurado por lei, estará o agente público responsável pelo pagamento, tão-somente, em última análise, fazendo respeitar a lei orçamentária.

Não custa lembrar que uma obrigação assumida pelo Estado presuppõe seu empenho. Empenho, por sua vez, é justamente o ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado uma obrigação de pagamento, pendente ou não de uma condição (art. 58, Lei n. 4.320/1964) e que deve ter prévia autorização orçamentária (art. 165, CF/1988).

Na liquidação de seus débitos pecuniários, é necessário, ainda, que o Estado, através da autoridade competente, ordene o pagamento (arts. 63 e 64, Lei n. 4.320/1964). E a liquidação dessa obrigação consiste, justamente, na verificação do direito adquirido pelo credor, ‘tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito ou da habilitação ao benefício’ (art. 36, Decreto n. 93.872/1986). Não quitando sua obrigação, o Estado abre oportunidade para

2. Ação de Execução Monitória, Ed. LTr, São Paulo, 2ª ed., p.p. 168/171.

que o credor possa ir a juízo requerer sua satisfação, que terá, assim, interesse para agir judicialmente.

Ocorrendo, entretanto, de a Fazenda Pública não liquidar sua obrigação constante em lei orçamentária no exercício fiscal correspondente, o crédito respectivo é lançado no orçamento do exercício seguinte na conta 'resto a pagar' e terá validade até 31 de dezembro (art. 68, Decreto n. 93.872/1986). Mas, ainda que não pago nesse exercício subsequente, o crédito – cuja inscrição será cancelada da despesa como 'resto a pagar' – será lançado na conta de dotação destinada a despesas de exercícios anteriores (art. 69, Decreto n. 93.872/1986).

O precatório judicial, por sua vez, tal como previsto na Carta Magna, visa a fazer com que o Estado-devedor inclua no seu orçamento verba necessária ao pagamento de seus débitos decorrentes de sentença judiciária (art. 100, § 1º, CF/1988). Essa medida, porém, **data venia**, será desnecessária se o débito já está incluído no orçamento, seja a título próprio ou sob a rubrica de 'resto a pagar' ou 'despesas de exercícios anteriores'.

Por aí se vê, então, que as obrigações assumidas pelo Estado e que já estão locadas no orçamento desnecessitam de ordem judicial para sua inclusão no orçamento. É preciso, então, distinguir o que seja obrigação decorrente de sentença judiciária, mas que já esteja empenhada, daquelas obrigações pecuniárias não empenhadas. Dentre as primeiras, encontramos as obrigações decorrentes de inadimplemento contratual, por exemplo. Já entre as demais obrigações – não-empenhadas – podemos citar aquelas decorrentes de ato ilícito, cuja obrigação pecuniária é acertada judicialmente.

Aqui, então, cumpre dar tratamento diverso nas execuções dessas obrigações.

Nas obrigações não empenhadas, faz-se necessária a expedição do precatório como medida tendente a fazer com que o Estado inclua no orçamento do exercício fiscal seguinte à data do seu recebimento, desde que apresentado até 1º de julho, o crédito respectivo, sob pena de seqüestro nos casos em que ocorrer a preterição (art. 100, §§ 1º e 2º, CF/1988).

Já nas obrigações empenhadas, outro tratamento deve ser dispensado. Por força do quanto estabelecido no art. 730 do CPC – que, diga-se de passagem, não restringe a execução contra a Fazenda Pública apenas aos títulos executivos judiciais –, é necessária a expedição do

precatório, para que a obrigação seja paga na ordem de apresentação e 'à conta do respectivo crédito' (art. 730, II, CPC).

Observem que a interpretação que se deve dar à expressão final do inciso II do art. 730 do CPC ('à conta do respectivo crédito') é a de que ela se refere à conta orçamentária que prevê a dotação de crédito para pagamento de uma obrigação empenhada, seja a título próprio, seja como 'resto a pagar' ou 'despesas dos exercícios anteriores'.

A rigor, nesse caso, **permissa venia** ou de **lege ferenda**, não caberia sequer a expedição de precatório, haja vista que a quantia respectiva já foi incluída no orçamento que, no entanto, não foi respeitado. É o caso, então, de se ordenar o seqüestro da verba reservada no orçamento para pagamento da obrigação prevista na lei respectiva, fazendo-se cumprir, desse modo, suas disposições imperativas.

De qualquer sorte, compatibilizando-se as diversas disposições legais e tendo-se como certa a obrigatoriedade do precatório, por previsão do art. 730 do CPC, este se faz necessário para a liquidação da obrigação empenhada.

Contudo, na hipótese de obrigação já empenhada, ele não terá como objetivo a inclusão, no orçamento do exercício fiscal seguinte, de verba para sua satisfação. Funcionará, este precatório, em realidade, como uma ordem de pagamento, que deverá ser efetivada até o final do exercício fiscal corrente. Nesse caso, o Juiz-Estado, através do precatório, substituiria a vontade da autoridade pública competente para exarar, em despacho, a ordem de pagamento da despesa já empenhada, constante do orçamento (art. 64, Lei n. 4.320/1964).

Se, até o final do exercício fiscal corrente, o administrador público não liberar o crédito respectivo, descumprindo, assim, não só a ordem judicial, mas os próprios termos da lei orçamentária, ocorre a hipótese de se determinar o seqüestro da verba respectiva (art. 731, CPC).

Assim, somente nas hipóteses em que o débito fazendário não estiver incluído no orçamento (obrigação não-empenhada) ou quando transposto o recurso respectivo (reservado para pagamento da obrigação empenhada) de uma categoria de programação para outra, por deliberação legislativa (art. 167, VI, CF/1988), é que se faz necessária a expedição de precatório, com o objetivo de fazer incluir, no orçamento do exercício fiscal do ano seguinte, a verba destinada à liquidação da

obrigação assumida ou imposta ao Estado. Se, entretanto, a despesa já estiver empenhada (ou seja, já estiver incluída no orçamento fiscal), o precatório servirá, tão-somente, como uma ordem de pagamento da obrigação pecuniária, no próprio exercício fiscal, sob pena de seqüestro da verba respectiva, 'à conta do respectivo crédito' (art. 730, II, do CPC).

De qualquer modo, seja pelos motivos acima defendidos, seja por ser voluntária a satisfação da obrigação na fase injuntiva, podemos concluir que é cabível a ação monitória contra a Fazenda Pública que, não pagando a soma em dinheiro constante do mandado inicial, será executada através de precatório.”

Conclusões

a) a norma que introduziu a ação monitória no Código Processual Civil (art. 1.102a, b e c, e parágrafos) revelou-se absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser utilizada frente à Fazenda Pública, ou por ela. Pelo fato do regime brasileiro de execução contra o Estado possuir características especiais, conferindo-lhe privilégios materiais e processuais que são indiscutíveis, evidencia-se, inobstante tais peculiaridades, que os preceitos legais instituidores do procedimento monitório não comportam uma leitura isolada, necessitando que sejam cotejados com os demais comandos do nosso ordenamento jurídico, a fim de que se torne viável a aplicação do mesmo em face dos entes públicos;

b) não havendo, portanto, óbice legal expresso contra a sua utilização perante a Fazenda, não cabe ao intérprete fazê-lo, face ao entendimento de que é regra de hermenêutica jurídica, consagrada na doutrina e na jurisprudência, a assertiva de que ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez, sendo inconcebível interpretação restritiva na hipótese;

c) há de ser afastada a tese de que as execuções contra o Estado somente podem lastrear-se em título judicial, uma vez que se tem admitido a possibilidade delas fundarem-se em título extrajudicial (REsp n. 42.774-6-SP, Rel. Min. Costa Leite, in DJU de 19.9.1994). Ademais, a decisão proferida em sede do procedimento monitório (art. 1.102b do CPC) tem eficácia de título executivo judicial, mesmo quando não haja interposição de embargos. Conforme expôs o eminente Ministro Costa Leite, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 42.774-6-SP, in DJU de 19.9.1994, a necessidade de observância da disciplina do art. 730 do CPC, não induz o raciocínio de que a execução pressupõe título judicial;

d) nos termos do art. 1.102b do CPC, o magistrado, após constatar que a inicial encontra-se devidamente instruída, deferirá de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 dias. Embora parte da doutrina irresigne-se contra a expedição, **initio litis**, do mandado contra o Estado, tal argumento deve sofrer atenuações em sua interpretação. Nada impede que a Fazenda reconheça o seu débito e efetue a obrigação exigida pelo credor, cumprindo voluntariamente a ordem injuntiva, sem desrespeitar o sistema do precatório. Para tanto, basta o reconhecimento da condição de devedora. Como nos ensina o ilustre jurista **C. R. Dinamarco**, em verdade, o pagamento na fase inicial da ação monitória “não é pagamento por força de condenação; é satisfação voluntária, tanto quanto o que se faz em atendimento a uma cobrança”;

e) não cumprido o mandado para pagamento ou entrega da coisa, à Fazenda é facultado o oferecimento de embargos (art. 1.102c do CPC). Tal hipótese evidencia-se mais tranqüila, eis que estes serão processados pelo procedimento ordinário, assegurando-se amplamente o contraditório e ensejando a possibilidade de ampla discussão dos fatos, ampliando sobremaneira o âmbito cognitivo do magistrado e a defesa da devedora. Se rejeitados os embargos, após submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição, prossegue-se a execução, em caso de quantia certa, de acordo com os termos dos arts. 730 e seguintes do CPC, e em obediência ao sistema dos precatórios previsto no art. 100 da CF/1988;

f) se a Fazenda não interpuser embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se, igualmente, no caso de quantia certa, o rumo traçado pelos arts. 730 e seguintes, devendo adequar-se, no particular, às regras do art. 1.102c, **caput**, parte final, e § 3º, parte final, todos do CPC, protraindo-se o pagamento pelo precatório, nos termos do art. 100 da CF/1988. Conforme leciona a Professora **Ada Pellegrini Grinover**, “o que se consegue através do procedimento monitório, nada mais é do que o título executivo. Se posso fazer valer um título executivo contra a Fazenda Pública, pelas formas próprias, adequadas à execução contra a Fazenda Pública, também posso constituí-lo de forma abreviada, contra a mesma Fazenda Pública”;

g) na hipótese de não-interposição de embargos, com a conseqüente conversão do mandado de pagamento em título executivo, esposo do entendimento de processualistas (como **Ada Pellegrini Grinover**) que defendem a possibilidade de, nos casos em que a Fazenda figurar no pólo passivo da

demanda, haver reapreciação da decisão pelo Tribunal. Assim, resguardadas estarão igualmente as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e a incidência dos efeitos da revelia, uma vez que o seu direito é indisponível (art. 320, II, do CPC);

h) questão interessante revela-se a referente às obrigações pecuniárias que sejam objeto de previsão orçamentária (empenhadas). No presente caso, segundo afirmado na sentença, houve a emissão de empenhos, o que, por si só, gera a presunção de que os serviços foram realizados, constando, pois, dos registros contábeis da Prefeitura a existência da obrigação. Toda obrigação assumida pelo Estado pressupõe seu empenho. Empenho é o ato emanado da autoridade competente que cria para o Estado uma obrigação de pagamento, pendente ou não de uma condição (art. 58, Lei n. 4.320/1964) e que deve ter prévia autorização orçamentária (art. 165, CF/1988). Assim posto, evidenciando-se que a despesa já está empenhada (ou seja, já encontra-se incluída no orçamento fiscal), o precatório servirá, tão-somente, como uma ordem de pagamento da obrigação pecuniária, no próprio exercício fiscal, sob pena de seqüestro da verba respectiva, “à conta do respectivo crédito” (art. 730, II, do CPC).

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso especial examinado.
É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O acórdão recorrido afirma que:

“A ação monitória pode ser ajuizada contra a Fazenda Pública. Apresentados embargos, passa ao rito ordinário.”

O recurso especial, fincado nos permissivos **a** e **c** envolve queixas de ofensas aos artigos 646, 729, 730, 731 e 1.102 do Código de Processo Civil. O Município-recorrente traz a confronto decisões formadas nos egrégios Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Acre.

O eminente Ministro José Delgado nega provimento ao recurso. Para chegar a tal conclusão desenvolve alentada e profunda crítica às posições antagônicas adotadas pelos comentadores, em volta do tema. S. Ex.^a, após dizer que o Código de Processo Civil é omissivo, quanto à possibilidade de aplicar-se a ação monitória aos débitos do Estado, agrupa em cinco pontos os argumentos contrários à admissibilidade. Tais pontos resumem-se em:

- a) a sentença judicial seria o único título capaz de aparelhar execução contra o Estado;
- b) necessidade de se percorrer o duplo grau de jurisdição, para obter-se sentença contra o Estado;
- c) observância do sistema de precatórios, na execução contra o Estado;
- d) imunidade do Estado aos efeitos da revelia;
- e) impossibilidade de expedir-se mandado liminar de pagamento contra o Estado.

A tese de que somente o título judicial pode movimentar execução contra o Estado é afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência assentou-se em sentido contrário. Lembro, a propósito nossos acórdãos nos REsps n. 152.149/Garcia e 62.454/Demócrito.

A questão relacionada com o duplo grau de jurisdição é superada com a observação de que nada impede o Estado, advertido de que é realmente devedor e que dispõe de verba reservada para tanto, de efetivar, de pronto, a satisfação do crédito. É que na ação monitória o magistrado não determina execução coercitiva, mas simples advertência para que o devedor cumpra sua obrigação. Não há, pois, como cogitar em duplo grau de jurisdição.

Quanto ao sistema de precatórios, o que se consegue no processo monitório é um título executivo, capaz de aparelhar processo de execução que, em se dirigindo ao Estado, desaguará na expedição de precatório.

Não há como pensar em efeitos de revelia: se o Estado não embarga a interpelação, nem por isso estará subordinado irreversivelmente ao título; eis que, ao ser executado, é-lhe facultada nova oportunidade de impugnação.

Pedi vista, para meditar sobre o tema. Depois de o fazer, digo:

A ação monitória foi concebida no propósito de fornecer aos juízes instrumentos capazes de imprimir eficiência no Poder Judiciário, tornando-o mais ágil, simples e eficaz. O novo procedimento atende a quem se pretende credor de outrem, dispondo de prova escrita, sem eficácia de título executivo. O credor, nesta situação pode requerer ao juiz que interpele o suposto devedor, para que satisfaça a dívida, ou se oponha à pretensão do autor. Se o interpelado deixar de se opor, no prazo, os escritos ofertados pelo credor ascenderão ao **status** de título executivo, convertendo-se o mandado de interpelação, automaticamente, em mandado executivo. Só então, instaura-se o processo de execução.

Como se percebe, em seu primeiro momento, o mandado emitido pelo

juiz tem caráter monitorio. Vale dizer: limita-se em advertir seu destinatário. Nada tem de sentença.

Interpelado, o suposto devedor pode quedar-se em silêncio, ou impugnar a qualidade da prova. O silêncio não induz condenação. Sua consequência única é o reconhecimento de eficácia executiva ao título apresentado pelo autor. Só então, instaura-se o processo de execução, no qual se abre ensejo à efetiva impugnação do título.

Longe de impor encargo adicional ao devedor, o procedimento monitorio abre-lhe oportunidade para satisfazer o credor, sem enfrentar os ônus da sucumbência (CPC, art. 1.102c, § 1º). Como assinala o eminente Relator, nada impede que o Estado, advertido pelo protesto judicial, pague espontaneamente o débito reclamado, sem qualquer ônus adicional.

A eficácia do protesto na conversão de documento comum em título executivo não constitui novidade em nosso Direito: desde 1977, a Lei n. 6.458 emprestou força executiva às duplicatas não aceitas, mas protestadas sem manifestação tempestiva do sacado.

Enganam-se, **data venia**, os que consideram sentença o ato do juiz determinando a expedição do mandado monitorio. Tal ato em tudo se assemelha àquele em que se defere o protesto para ressalva de direitos, de que tratam os artigos 867 e seguintes do Código de Processo Civil. Não vejo, pois, como relacioná-lo com as regras do duplo grau de jurisdição, da imunidade do Estado aos efeitos da revelia, da indisponibilidade do interesse público ou do respeito à ordem dos precatórios.

Inserida no sistema do Código de Processo Civil, a ação monitoria não exclui de seus efeitos o Estado. Quando exercida em relação a este, ela reclama, contudo, alguns cuidados, a saber:

a) a sentença que rejeitar os embargos (aqueles referidos no **caput** do art. 1.102c), por ser contrária ao Estado (impondo-lhe os ônus da sucumbência) submete-se ao duplo grau de jurisdição;

b) a execução não deve observar o rito traçado nos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Civil, mas aquele descrito em seus artigos 730 e 731.

Acompanho o eminente Relator.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cabe ou não ação monitoria contra a Fazenda Pública?

A questão é tormentosa e controvertida. Sobre o tema reina profunda divergência entre os processualistas brasileiros **Ada Pellegrini Grinover**, **Cândido Rangel Dinamarco**, **Carreira Alvim**, **Sérgio Bermudes** entendem caber a ação monitória contra Fazenda Pública. Enquanto que **Humberto Theodoro Júnior**, **Ernani Fidélis dos Santos**, **José Rogério Cruz e Tucci**, **Vicente Greco Filho** e **Rogério Marinho Leite Chaves** sustentam o seu não-cabimento contra a Fazenda Pública. Eu me filio a esta última corrente porque, também, sustento ser incabível a ação monitória contra a Fazenda Pública. Tem direito à ação monitória quem, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pretender pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel (artigo 1.102a do CPC). Estando a inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias (artigo 1.102b do CPC). Oferecidos os embargos, fica suspensa a eficácia do mandado inicial, mas se estes não foram apresentados, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV (artigo 1.102c do CPC). Ora, estas disposições não se aplicam contra a Fazenda Pública que tem direito à forma especial de execução regulada pelos artigos 730 do CPC e 100 da Constituição Federal. Citada para opor embargos e se não os apresentar, será requisitado o pagamento que será feito por precatório, “em virtude de sentença judiciária” (CF, artigo 100). Não cabe contra a Fazenda Pública a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de 15 (quinze) dias porque o pagamento pela Fazenda Pública é feito por precatório e se ela não oferecer embargos o pagamento será requisitado e será feito por precatório, não podendo ser expedido contra ela o mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV (artigo 1.102c do CPC). Contra a Fazenda Pública não pode ser expedido o mandado executivo. Mesmo admitindo-se que a Fazenda Pública pode ser executada por título extrajudicial, é indispensável que haja sentença judiciária (artigo 100 da CF). Na ação monitória, se a Fazenda não embarga as execuções fiscais, constitui-se de pleno direito o título executivo judicial convertido o mandado inicial em título executivo, prosseguindo-se na forma estabelecida pelo Livro II, Título II, Capítulos II e IV do CPC (artigo 1.102c), mas a Fazenda Pública tem direito à execução especial prevista nos artigos 730 do CPC e 100 da Constituição Federal. Neste caso, de não-apresentação dos embargos pela Fazenda Pública, não

existe sentença e, sim, título executivo, ocorrendo a coisa julgada material. Não pode haver execução contra a Fazenda Pública sem sentença de mérito que é o título executivo contra ela.

Frise-se, ainda, que as sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município e as que julgarem improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição (artigo 475, incisos II e III, do CPC). Ora, na ação monitória, não opostos embargos, o mandado de pagamento é convertido em título executivo independentemente de sentença (artigo 1.102 do CPC), sendo irrecorrível a decisão, formando-se a coisa julgada material e isso no 1^a grau de jurisdição e sem sentença. A espinha dorsal da ação monitória é a celeridade e, contra a Fazenda Pública, ela seria quebrada, porque há, em qualquer caso, de se seguir a forma especial de execução prevista nos artigos 730 do CPC e 100 da Constituição Federal. Contra ela não cabe a ordem de pagamento imediato porque seus débitos são pagos na forma estabelecida pelos artigos 730 do CPC e 100 da CF, que regulam a execução especial a ela inerente e seus bens não são penhoráveis. É bom lembrar que contra a Fazenda Pública não existe revelia por se tratar de direitos indisponíveis e, na ação monitória, não apresentados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV do CPC. Como se vê, na ação monitória, se a Fazenda não apresentar embargos, confessaria a dívida e estaria sob os efeitos da revelia. Mas ela não pode confessar a matéria de fato (artigo 320, inciso II, do CPC) e muito menos, reconhecer, tacitamente, o direito material do credor porque se trata de direito indisponível. Não se pode equiparar as situações jurídicas a que estão sujeitos a Fazenda Pública e os particulares. Àquela, o legislador conferiu vários privilégios, e o juiz é obrigado a cumprir a lei. Entendo que um exame percuciente da legislação de regência nos conduz à conclusão de que não se aplica à Fazenda Pública a ação monitória.

Humberto Theodoro Júnior, no seu Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 13^a edição, revista e atualizada, p.p. 379/380, ensina que:

“Admite-se, na Itália, o manejo do procedimento injuntivo contra a Administração Pública, como, por exemplo, na pretensão da repetição de indébito tributário.

Pensamos que a orientação em tela não pode ser transplantada para o Direito brasileiro, em face das características de nosso regime

de execução contra a Fazenda Pública, que pressupõe precatório com base em sentença condenatória (CF, artigo 100), o que não existiria, no caso de ação monitória não embargada. Além do mais, a Fazenda Pública tem a garantia do duplo grau de jurisdição obrigatória a ser aplicado em qualquer sentença que lhe seja adversa (CPC, artigo 475, inciso II) e a revelia não produz contra ela o efeito de confissão aplicável ao comum dos demandados (CPC, artigo 320, inciso II). Com todos estes mecanismos de tutela processual conferidos ao Poder Público quando demandado em juízo de acerto, torna-se realmente inviável, entre nós, a aplicação em ação monitória contra a Administração Pública. Seu único efeito, diante da impossibilidade de penhora sobre o patrimônio público, seria a de dispensar o processo de conhecimento para reconhecer-se por preclusão o direito do autor, independentemente de sentença. Acontece que a Fazenda não se sujeita a precatórios sem prévia sentença e contra ela não prevalece a confissão ficta deduzida da revelia. Assim, nada se aproveitaria do procedimento monitório, na espécie. Forçosamente, o processo teria de prosseguir, de forma ordinária, até a sentença de condenação. Além disso, e o que é mais importante, a citação no procedimento monitório é uma ordem de pagamento e não um chamado para se defender, o que é incompatível com o tipo de ação cabível contra o Poder Público, em face de quem a exigência de pagamento só é possível dentro do mecanismo do precatório.” (fl. 380).

Dou provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sob o telheiro de dúvidas, solicitei *vista* direta das peças dos autos, a final, colhendo que, em *ação monitória*, versando o artigo 1.102b, CPC, visando a obter a expedição do mandado de pagamento correspondente à dívida da Prefeitura de São Paulo, procedente o pedido, no julgamento da apelação, confirmando o julgado constituído na instância inicial, o v. acórdão sintetizou:

“A ação monitória pode ser ajuizada contra a Fazenda Pública. Apresentados embargos, passa ao rito sumário.” (fl. 79).

No plano do inconformismo, então, adveio o recurso especial afirmando que, além da divergência jurisprudencial, foram contrariados os artigos

1.102a, b e c e §§ 1º, 2º e 3º, c.c. os artigos 646 a 729, 301, X; 295, III; 267, I, IV e VI, e 730, todos do Código de Processo Civil (fls. 85 a 90).

Lineados os primórdios, é conveniente pontuar que a dúvida inspiradora do meu exame residiu na admissibilidade, ou não, da *ação monitória contra a Fazenda Pública* (arts. 1.102a e seguintes do CPC). E, pela guia do erudito voto elaborado pelo Sr. Ministro-Relator, para derruí-la, antes de tudo, preendi a atenção na *finalidade* da via processual *monitória*, com largo espectro, voltada à simplificação dos *processos de cognição e de condenação*, favorecendo a expedição de provimento judicial apropriado à célere satisfação do crédito vindicado.

Conquanto os seus fins recebam louvações gerais, ainda longe de apaziguamento, com repercussão na jurisprudência, notadamente em relação à Fazenda Pública, o seu alcance tem sido objeto de acesa controvérsia doutrinária, cônsono demonstrou o Sr. Ministro-Relator, sublinhando os fundamentos adversos, assim:

(...)

“Essencialmente, os posicionamentos contrários à aplicação da ação monitória em face dos entes públicos têm assento na incompatibilidade entre os procedimentos monitórios (art. 1.102a, b e c, e parágrafos, do CPC) e executivo específico (arts. 730 e 731 do CPC), ensejando argumentos que se baseiam, em síntese, na:

- a) imprescindibilidade de sentença judicial;
- b) obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição;
- c) imperiosidade de obediência ao sistema de precatório;
- d) indisponibilidade do direito (não-incidência dos efeitos da revelia – inexistência de confissão ficta);
- e) impossibilidade de expedição de mandado de pagamento **initio litis** contra a Fazenda Pública em casos de não-oferecimento de embargos.”

Bem pensando o assunto básico – natureza e finalidade da monitória – e afivelada a atenção aos argumentos favoráveis e contrários à adequação, ou não, da monitória contra a Fazenda Pública, expostos por notáveis juristas (nominados no voto pré-dito), a minha compreensão coincide com as objetivas anotações feitas pelo preclaro **Rogério Marinho Leite Chaves**, no particular, textualmente:

“4. Ao contrário do que ocorre com o processo executivo, para o qual a legislação dedica capítulo exclusivo (CPC, art. 730), a norma que introduziu a ação monitória entre nós foi absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser deduzido este tipo de ação contra a Fazenda Pública; e não são poucos os problemas causados por essa omissão do legislador.

O primeiro e mais importante deles é a falta de sintonia da doutrina quanto à questão. Numa análise dos trabalhos doutrinários que se fizeram acerca do procedimento monitório, o que se vê é uma profunda divergência.

Juristas de renome como **Ada Pellegrini Grinover**¹⁰, **Cândido Rangel Dinamarco**¹¹, **J.E. Carreira Alvim**¹², **Sérgio Bermudes**¹³, entre outros, advogam a admissibilidade da monitória contra a Fazenda.

Outra corrente, formada por não menos destacados processualistas como **Humberto Theodoro Júnior**¹⁴, **Ernani Fidélis dos Santos**¹⁵, **José Rogério Cruz e Tucci**¹⁶, **Vicente Greco Filho**¹⁷, além de outros, entendem-na incabível em face da Fazenda Pública.

Por outro lado, tendo em vista a recentidade das inovações processuais que culminaram na introdução em nosso ordenamento da ação monitória, ainda não há jurisprudência firmada a esse respeito.

Embora substanciosos os argumentos de uma e outra correntes, razões há que, a meu sentir, inviabilizam de forma definitiva o uso da ação monitória, tal como hoje inserida na legislação, contra a Fazenda Pública.

O ponto de partida para a solução do problema colocado, causa da dicotomia de entendimento doutrinário, passa pela hermenêutica legislativa. Sob a ótica do princípio da unidade do ordenamento jurídico,

10. **Grinover, op. cit.**

11. **Dinamarco apud Tucci, op. cit., p. 75.**

12. **Alvim, op. cit.**

13. **Bermudes, op. cit.**

14. *As Inovações no Código de Processo Civil. Forense, 1996.*

15. *Procedimento Monitório. Revista de Processo, n. 81, p.p. 24/31, jan/mar 1996.*

16. **Tucci, op. cit.**

17. *Considerações sobre a Ação Monitória. Revista de Processo, n. 80, p.p. 155/158, out/dez 1995.*

lembrado por **Hesse**¹⁸, cujas premissas visam a evitar antinomias, os dispositivos que tratam da ação monitória não comportam uma leitura isolada.

Ao contrário, como ocorre a todo dispositivo legal, devem ser cotejados não só com outros comandos legais inseridos na mesma norma – no caso, as normas do próprio Código de Processo Civil – como também com outros dispositivos legais existentes, especialmente aqueles que tenham assento constitucional.

Nesse sentido é que, cotejados os dispositivos legais que tratam do procedimento monitório com outros inseridos na legislação ordinária e constitucional, atinentes aos privilégios materiais e processuais da Fazenda Pública, exsurtem diversos óbices ao uso da monitória contra os entes públicos, que serão tratados a seguir.

5. Óbices ao uso da monitória nas ações movidas contra a Fazenda Pública

5.1. Imprescindibilidade de sentença judicial

Como se deixou consignado acima, uma vez interpostos embargos, a ação monitória segue o rito ordinário. Ao final, será proferida sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando os embargos. Dessa decisão, caberá recurso de apelação¹⁹, que deverá ser recebido no seu duplo efeito. Essa hipótese não traz maiores dificuldades, uma vez que haverá sentença, sendo facultado ao Tribunal o reexame da matéria.

No entanto, não se pode partir do pressuposto de que, uma vez deduzido o pleito monitório, a Fazenda irá sempre apresentar embargos, como bem acentuou **Cruz e Tucci**²⁰.

É perfeitamente admissível, até por razões de falta de recursos humanos suficientes, que a Fazenda Pública deixe de apresentar embargos ou os apresente fora do prazo.

Nesse caso, a lei processual prevê que, não interpostos embargos, ‘constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo’ (CPC, art. 1.102c). O mesmo ocorre quando os embargos forem interpostos fora

18. *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 57.

19. Nesse sentido, **Alvim**. *Op. cit.*, p. 122.

20. *Op. cit.*, p. 76.

do prazo²¹. Assim, o mandado de citação se converte, **pleno jure**, sem maiores formalidades, em título executivo, sem que seja proferida sentença de mérito, transformando-se em coisa julgada material, segundo posição de **Ada Pellegrini Grinover**²².

No entanto, com relação à Fazenda Pública prevalece o princípio da **nulla executio sine titulo**. Isto é, não pode haver execução sem a formação do título judicial pelo meio apropriado, que se dá pela sentença de mérito²³.

A Lei Maior, em seu artigo 100, deixa expresso que os precatórios só serão pagos em virtude de sentença judicial. **In verbis**:

‘Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios ...’

Tendo-se em conta a possibilidade de formação de título executivo, na ação monitória, sem sentença, pela simples conversão de pleno direito do mandado de pagamento ou entrega, apura-se a inadequação desse procedimento nas ações movidas contra a Fazenda.

5.2. Duplo grau de jurisdição

Como já dito, na monitória, quando não interpostos embargos, há conversão do mandado de pagamento em título executivo, independentemente de sentença (CPC, art. 1.102c). A consequência disso é a formação imediata da coisa julgada, sendo irrecurável a decisão²⁴.

Assim é que, em face dos dispositivos que tratam da ação monitória, é perfeitamente cabível a formação de título executivo no

21. **Alvim**, *op. cit.*, p. 118, e **Garbagnati, Edoardo**. I Procedimenti di Ingiunzione e Sfratto, Milano: A. Giuffrè, 1951, p. 100.

22. **Grinover**, *op. cit.*, p. 26.

23. Nesse sentido, a lição de **Humberto Theodoro Júnior**, para quem, “a Fazenda não se sujeita a precatório sem prévia sentença”. (*op. cit.*, p. 80). No mesmo sentido, **Vicente Greco Filho**: “entendemos descaber a ação monitória contra a Fazenda Pública, contra a qual deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição para pagamento por meio de ofício requisitório” (*op. cit.*, p. 158).

24. Cf. lição de **Carreira Alvim**, para quem “Inexistindo sentença, não existe, conseqüentemente, apelação, sendo tal decisão irrecurável” (*op. cit.*, p. 121).

1º grau de jurisdição, e mais, sem sentença. Não poderia ser diferente, pois o procedimento monitório foi instituído justamente para ser usado nos casos em que se requer celeridade processual.

Esse modelo não se amolda aos privilégios processuais da Fazenda, que demandam não só um julgamento de mérito, como também condicionam a eficácia da decisão condenatória ao reexame da matéria pelo Tribunal **ad quem**.

Nesse sentido o comando legal inserido no art. 475, II, do CPC, **in verbis**:

‘Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal a sentença:

II – proferida contra a União, o Estado e o Município.’

Carreira Alvim e **Ada Pellegrini Grinover**, que defendem o uso da monitória contra a Fazenda, procuram superar o problema aduzindo que, quando a Fazenda figurar no pólo passivo da demanda, poderá haver reapreciação pelo Tribunal²⁵.

Ora, admitindo-se, como faz a renomada Professora **Ada Pellegrini**, a necessidade de se outorgar o prazo privilegiado para embargos (CPC, art. 188) e ainda estando a decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, essas alterações teriam um efeito de tal ordem na ação monitória que esta perderia sua principal característica, sua razão de ser, que é a celeridade.

Seria muitas vezes preferível – até por questão de rapidez – lançar mão do rito sumário, se presentes as hipóteses do art. 275 do CPC, em vez dessa nova ‘modalidade’ de monitória, com prazo em quádruplo para embargar o recurso obrigatório, visto que muito pouco teria de diferente da ação ordinária convencional.

Mesmo dotada de recurso **ex officio**, o cabimento da monitória contra a Fazenda seria pouco provável. Isso porque, quando o Código

25. **Ada Pellegrini** aduz “Tratar-se-á somente de observar as prerrogativas da Fazenda Pública no procedimento monitório: benefício de prazo para embargar (contestar) e *tal-vez*, a garantia do duplo grau de jurisdição quando a sentença condicional se consolidar” (**op. cit.**, p. 28 – grifamos).

de Processo Civil fala em ‘duplo grau de jurisdição’, quis se referir ao reexame de mérito da lide. Ocorre que na monitória o **meritum causae** não é apreciado quando não são interpostos embargos.

Na realidade, o que se devolverá ao tribunal será não o mérito da causa, mas apenas o exame das formalidades necessárias à propositura da ação monitória, o que, **permissa venia**, é incompatível com o princípio do reexame necessário a que estão sujeitas as decisões proferidas em detrimento da coisa pública.

5.3. *Precatório*

Tendo em vista a natureza injuntiva da ação monitória, o juiz, recebendo a inicial, expede ordem provisória, sob condição suspensiva, para que o réu, no prazo de 15 dias, pague o débito ou cumpra a obrigação de fazer, ordem essa que ganha foros de definitividade, uma vez não interpostos os embargos.

Ora, se, como lembra **Antônio Raphael Silva Salvador**²⁶,

‘não se pode, nem mesmo em execução por título judicial contra a Fazenda, exigir o pagamento em vinte e quatro horas ou mesmo a penhora de bens, havendo execução especial na forma dos arts. 730 e seguintes do Código de Processo Civil, como então, exigir-se o pagamento por mandado ou a entrega de coisa antes de sentença judicial e antes de execução especial a que tem direito a Fazenda? ... como poderíamos aceitar que o mandado expedido **initio litis** já determinasse à Fazenda que fizesse um pagamento que não poderia fazer por depender de orçamento e de destinação apropriada da quantia, tudo a exigir precatório?’

Arremata o autor, aduzindo, com propriedade, que ‘não pode haver ordem de pagamento contra a Fazenda Pública, cujos débitos somente serão quitados em obediência ao sistema de precatório previsto no artigo 730 do CPC e no art. 100 da Lei Maior.

Os autores que defendem o uso da ação contra a Fazenda argumentam que, quando movida contra ente público, a monitória serviria apenas como meio de obter-se o título executivo. Obtido o título, a execução dar-se-ia em observância ao disposto no art. 730 do CPC²⁷.

26. **Salvador**, apud **Tucci**, *op. cit.*, p. 74.

27. **Dias**, *op. cit.*, p. 24, e **Novély Vilanova da Silva Reis**, em artigo publicado no Suplemento Direito e Justiça do Correio Braziliense de 28.8.1995, p. 3, apud **Dias**, *op. cit.*

A prevalecer esse entendimento, entendo que haveria uma deturpação – não prevista pelo legislador – da ação monitória, que perderia por completo sua principal característica, que é a injuntividade, na medida em que já não haveria o ‘mandado para pagamento’ típico do procedimento monitório, porquanto, como se disse, um tal mandado seria inviável contra a Fazenda Pública, porque contra ela é inadmissível uma ordem para pagamento e seus bens não são susceptíveis de penhora.

Cruz e Tucci, analisando essa possibilidade, também, mostrou-se contrário à aplicação deturpada da monitória, **in verbis**:

‘Mesmo então que se admitisse a ação monitória em face da Fazenda Pública, a decisão preambular, traduzida na injunção de pagamento, jamais gozaria de eficácia executiva plena e imediata, circunstância essa que desnatura, **ex radice**, o procedimento monitório.’²⁸

Sob outro prisma, é preciso que se tenha em conta que, em momento algum, a norma legal prevê essa aplicação descaracterizada da ação monitória, onde o mandado de pagamento nada tem de injuntividade. Daí porque entendo não ser lícito ao intérprete deturpar a norma para ‘adequá-la’ às ações movidas contra a Fazenda Pública.

Nesse sentido é que eventual ação monitória deduzida contra a Fazenda Pública deve ser repelida, devendo ser decretada a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, como acentuou **Eduardo Talamini**²⁹ por inadequação do instrumento processual utilizado.

5.4. Indisponibilidade do Direito – não-incidência dos efeitos da revelia

Outro elemento a indicar a insusceptibilidade do uso da ação monitória contra a Fazenda Pública reside no fato de que, nesse tipo de procedimento, não interpostos embargos no prazo legal, há confissão ficta da obrigação, convertendo-se o mandado inicial de pagamento em título executivo (CPC, art. 1.102c).

28. **Tucci**, *op. cit.*, p. 78.

29. **Talamini** *apud Tucci*, *op. cit.*, p. 78.

Isto é, não apresentando embargos, o réu confessa a dívida determinando a lei que se lhe apliquem os efeitos da revelia. Nessa linha, o entendimento de **Carreira Alvim**, para quem

‘A ausência de embargos não gera apenas a confissão quanto à matéria de fato, mas reconhecimento tácito do próprio direito material do credor.’³⁰

Contra a Fazenda Pública, entretanto, não prevalece a regra da confissão, aplicável às lides entre particulares, uma vez que o direito do Estado é indisponível, o que faz incidir a regra do art. 320 do CPC, vazada nos seguintes termos:

‘Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

(...)

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.’

Não incidindo sobre a Fazenda os efeitos da revelia, não pode o mandado inicial ser convertido, **pleno jure**, em título executivo. Daí porque, não havendo presunção da veracidade dos fatos, ainda que não contestados, ou, no caso, não embargados, sobre eles o autor deverá fazer prova, cabendo ao juiz a cognição plena dessa prova, pouco importando se já existe prova escrita. Até porque essa prova está, em tese, sujeita a vícios e irregularidades de diversas ordens, não sendo incontestável. Não se pode admitir, com efeito, que toda prova escrita seja sempre imaculada, mormente quando se sabe que se trata aqui de documento sem eficácia de título executivo.

Nesse sentido, conclui-se pela inaplicabilidade da monitória contra a Fazenda, porque esse tipo de procedimento prevê, para o caso de não serem interpostos embargos, a confissão ficta e a conversão, sem julgamento, do mandado de pagamento em título executivo, o que é inviável em se tratando de direitos indisponíveis, conforme inequívoco preceito contido no art. 320, II, do CPC.

30. **Alvim**, *op. cit.*, p. 128.

6. Conclusão

O legislador, quando quis disciplinar o uso do processo executivo contra a Fazenda instituiu todo um capítulo para esse fim, dotando-o de particularidades próprias (CPC, art. 730).

Se, ao disciplinar a ação monitoria – cuja característica é mais de natureza executiva do que cognitiva –, omitiu-se em fazer disposições específicas atinentes às ações propostas contra a Fazenda Pública, tudo indica que, intencionalmente, quis limitar o seu uso às lides havidas entre particulares.

Por outro lado, em face das inúmeras peculiaridades de ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne aos privilégios de direito material e processual da Fazenda Pública, como o princípio do reexame necessário, da imperiosidade do precatório, da inexistência de confissão ficta, e da impenhorabilidade dos bens públicos, torna-se inviável a pretensão de se deduzir contra ela a ação monitoria.

Mesmo os autores que defendem o seu uso contra o ente público, de um modo geral concordam que o procedimento monitorio deveria sofrer alterações procedimentais para adequar-se aos privilégios processuais e materiais do Estado.

No entanto, como se deixou claro, essas alterações, além de não previstas nem admitidas pela Lei n. 9.079/1995, que introduziu a ação monitoria, seriam de tal ordem que a ação perderia por completo sua característica de injuntividade.

É de todo recomendável, que, nas demandas movidas contra a Fazenda, faça-se o uso da ação de conhecimento, especialmente quando puder ser empregada em seu rito sumário, pois é quase certo que, em razão dos muitos obstáculos processuais, eventual ação monitoria, ainda quando admitida, consumiria mais tempo para ser julgada do que uma ação de conhecimento.” (Ação Monitoria contra a Fazenda Pública, *in* Rev. Informação Legislativa – outubro/dezembro de 1997, n. 136, p. 283 **usque** 286).

Por essa ordem de idéias, dada a sua reconhecida autoridade, ganham necessário espaço os substanciosos e didáticos comentários lavrados pelo douto **José Rogério Cruz e Tucci**, a dizer:

(...)

“É bem de ver, por outro lado, que a execução contra a Fazenda Pública somente pode lastrear-se em título judicial, de modo que o detentor de título extrajudicial, como uma verdadeira exceção à regra geral prevista no Código de Processo Civil, mas justificada pela peculiaridade dos princípios que informam o Direito Público, deve propor ação de conhecimento para a obtenção de título judicial, para, tão-só em seguida, promover a respectiva execução.¹²¹

A *ação monitória*, diante dessa orientação, seria então o remédio indicado para que o credor, portador de título extrajudicial, pudesse obter, em espaço temporal abreviado, título judicial contra a Fazenda, não fosse o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil.

É que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam o da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no bojo do *procedimento monitório*, dirigida à Fazenda Pública. Basta atentar-se para a regra do inciso II do apontado dispositivo, impositiva do ‘pagamento na ordem de apresentação do precatório’, para concluir-se pela inadmissibilidade da *ação monitória* em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta flagrante.” (in *Ação Monitória*, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, p.p. 65 e 67).

Confluente às exposições transcritas, despiciendas outras, ainda que reconheça as fortes razões desenvolvidas nas autorizadas lições favoráveis à proposição contra a Fazenda Pública, mas, para mim, vezes a basto, suficientes aquelas para o convencimento da impropriedade da ação, ousando divergir, *voto provendo o recurso*.

É o voto-vista.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: A questão que ora se apresenta diz respeito à possibilidade de ajuizamento da ação monitória contra a Fazenda Pública.

121. Consulte-se, amplamente, **Vicente Greco Filho**, *Da Execução contra a Fazenda Pública*, São Paulo, Saraiva, 1986, p.p. 58/59.

O Ministro-Relator, acompanhado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em judiciosas fundamentações, entenderam pela viabilidade de sua aplicação enquanto que o Ministro Milton Luiz Pereira, fundado, igualmente, em sólidas considerações, manifestou-se pela impropriedade da ação contra a Fazenda Pública.

Poder-se-ia dizer que a ação monitoria pode se constituir em título extrajudicial que fundamentaria uma ação para a obtenção do título judicial possibilitador da execução. Entretanto, como observou o Ministro Milton Luiz Pereira, o legislador, ao disciplinar o uso do processo executivo contra a Fazenda Pública, o fez através de dispositivos específicos, não criando regramentos que possibilitem a introdução da monitoria na execução contra a Fazenda Pública.

Igualmente, o legislador, ao dispor sobre a ação monitoria não criou qualquer dispositivo atinente ao uso da monitoria contra a Fazenda.

Constatada a ausência de regramentos que permitam a utilização do remédio processual tratado, contra a Fazenda, vê-se que o legislador chega à conclusão de que a Fazenda Pública, em atenção ao princípio do interesse público, em face mesmo da proteção ao Erário, deve seguir procedimento específico, reduzindo, com isso, a possibilidade de constituição de crédito indevido.

Essa conclusão ganha enlevo ante a observação que na ação monitoria a revelia do Estado implica em conversão do título extrajudicial em título executivo judicial, com imediato prosseguimento do processo transformado então em mandado executivo.

Sobre o assunto, faz-se oportuno rememorar, com o destaque devido, o entendimento do Ministro Milton Luiz Pereira em seu voto-vista:

“Não incidindo sobre a Fazenda os efeitos da revelia, não pode o mandado inicial ser convertido, **pleno jure**, em título executivo. Daí porque, não havendo presunção da veracidade dos fatos, ainda que não contestados, ou, no caso, não embargados, sobre eles o autor deverá fazer prova, cabendo ao juiz a cognição plena dessa prova, pouco importando se já existe prova escrita. Até porque essa prova está, em tese, sujeita a vícios e irregularidades de diversas ordens, não sendo incontestável. Não se pode admitir, com efeito, que toda prova escrita seja sempre imaculada, mormente quando se sabe que se trata aqui de documento sem eficácia de título executivo, o que é inviável em se tratando de direitos indisponíveis, conforme inequívoco preceito contido no art. 320, II, do CPC.”

Tais as razões expendidas, manifesto-me pela impropriedade da utilização da ação monitória contra a Fazenda Pública, pelo que, voto pelo provimento do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 215.988 – PR

(Registro n. 99.0045485-5)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Itaipu Binacional
Advogados: Theophilo Cordeiro Neto e outros
Recorrida: Cotrans Comércio e Transportes Ltda
Advogados: Armando José Farah e outros
Sustentação oral: José Carlos Cal Garcia Filho (pela recorrida)

EMENTA: Administrativo – Contrato de prestação de serviços de transporte rodoviário – Disposições do art. 28 do Anexo “A” do Tratado de Itaipu – Inaplicabilidade à espécie dos autos – Aplicação da lei brasileira (art. XIX do Tratado e art. 9º, § 2º, da LICC) – Incidência, **in casu**, do Decreto-Lei n. 2.300/1986.

– Itaipu Binacional, por ser empresa sediada em Brasília e Assunção, submete-se à lei brasileira que regula as obrigações decorrentes dos contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas e residentes no Brasil, nos termos do art. XIX do Tratado que a instituiu e art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

– Daí, a incidência das normas pertinentes ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos, constantes do Decreto-Lei n. 2.300/1986, em vigor na época da prestação dos serviços objeto da presente lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima

indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília-DF, 4 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 12.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Itaipu Binacional interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, desafiando acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Administrativo. Contrato de prestação de serviços de transporte rodoviário. Itaipu Binacional. Aplicação do IGP-FGV.

1. Proponente do contrato a binacional Itaipu, cujas sedes, segundo o artigo IV do Tratado que a instituiu, localizam-se em Brasília e Assunção, resta patente a aplicação da lei brasileira para regular as obrigações dele surgidas.

2. Incidem na espécie as normas relativas ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos contidas no Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente à época da prestação dos serviços objeto da presente ação. Segundo tal diploma, os contratos por ele regidos somente poderiam ser alterados por acordo das partes, à exceção das cláusulas denominadas regulamentares ou de serviço, não podendo alterar a equação encargo-remuneração em prejuízo do contratado.

3. A Itaipu Nacional não pode efetuar o pagamento dos respectivos contratos sem o devido reajuste, valendo-se da Lei n. 8.030/1990 – Plano Collor – que estabeleceu os lineamentos básicos do plano de estabilização econômica.” (fl. 365).

A Recorrente alega contrariedade ao art. 28 do Tratado de Itaipu, aos arts. 2º, §§ 1º e 2º, e 4º e 5º da LICC e ao Decreto-Lei n. 2.300/1986.

Resume a questão jurídica nesta indagação: "... a Itaipu, entidade de direito internacional público, estava obrigada a pagar preço, reajustado, abusivo e expressivamente superior ao praticado pela própria Cotrans mais de um ano após o plano econômico, em detrimento da equivalência honesta de prestação e contraprestações?"

Diz, ainda, que "O verdadeiro objeto da polêmica é, pois, se a letra fria de um contrato pode se sobrepor ao interesse público, à moralidade administrativa, obrigando a entidade pública – e a Itaipu é pública, ainda que internacional – a pagar preço abusivo, em detrimento do justo equilíbrio econômico-financeiro, da equivalência honesta entre prestações e contraprestações e do princípio do não-enriquecimento sem causa".

Aí, afirma, se encontra "o ponto nodal, o cerne da questão" (fls. 368/369).

A Recorrente traz, ainda, os argumentos e informações que se seguem:

– o acórdão recorrido negou vigência ao Tratado de Itaipu, bem como à LICC;

– transcreve às fls. 371/373 disposições do referido Tratado, bem como do seu Estatuto constituído pelo Anexo A, respectivamente artigos I, III, §§ 1^a e 2^a; IV, § 1^a; e arts. 3^a, 8^a, alíneas **a** e **b**; 9^a, alínea **c**, e art. 28;

– a regência especial para as licitações e contratações da Itaipu decorre de disposições expressas do Tratado, integrando o Direito Positivo do Brasil e do Paraguai;

– se a Itaipu, *por força do Tratado (força de lei federal)* tem *norma especial* para reger as suas *licitações e contratações*, é mais do que óbvio que o Decreto-Lei n. 2.300 ou a atual Lei n. 8.666, não se aplicam à Itaipu;

– assim é que as licitações e contratações na Itaipu – sempre por força do Tratado, artigo 28 de seu Anexo A – regem-se pelo Regimento Interno, que é secundado pelo detalhamento denominado NGL, também aprovado pelo Conselho de Administração (fl. 374);

– nunca se negou que às relações entre Itaipu e terceiros sediados no Brasil são aplicáveis as leis internas brasileiras, como dispõe expressamente o art. XIX do mencionado Tratado (fls. 378/379).

A Recorrida, às fls. 393/403, diz que:

– a Recorrente pretende discutir, em verdade, alegada "excessiva lucratividade", e portanto, a onerosidade do contrato, bem assim o suposto "enriquecimento sem causa", da Recorrida, questões de fato que não podem ser apreciadas em sede de recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 411/425, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Conheço do recurso.

Afasto, de plano, a exaustiva discussão plantada no apelo, sobre tópicos como “preço abusivo”, “detrimento da equivalência honesta”, pretensão de “enriquecimento sem causa”, etc., com que, evidentemente, pretende a Recorrente desqualificar o pedido da Autora-recorrida.

Isto porque se trata de matéria de prova já debatida nas instâncias ordinárias e cujo reexame é defeso no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula n. 7.

A Recorrente afirma que as licitações e contratações por ela promovidas, com pessoas residentes e domiciliadas em Território Nacional, por força do Tratado que a instituiu, nos termos artigo 28, Anexo “A” (Estatuto), regem-se pelo Regimento Interno da Empresa.

Vejamos o que diz o art. 28, acima mencionado:

“O Regimento Interno da Itaipu, mencionado no artigo 9º, será proposto pela Diretoria Executiva à aprovação do Conselho de Administração e contemplará, entre outros, os seguintes assuntos: (...) o regime para obtenção de propostas, adjudicação e contratação de serviços e obras, a aquisição de bens ...” (cf. fl. 373).

Seja como for, nenhum dos dispositivos dos multicitados Tratado e seu Estatuto (Anexo “A”), transcritos às fls. 371/373, autorizam o entendimento, exposto pela Recorrente, de que a Itaipu “tem norma especial para reger as suas licitações e contratações”, excluindo a legislação brasileira sobre a matéria, no caso o Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente na época do contrato firmado com a Autora.

O voto-condutor do aresto recorrido, ao confirmar a sentença de 1º grau, observa, com felicidade:

“... ”

Quanto à primeira alegação da Apelante, relativamente à não-aplicação da legislação brasileira face à sua natureza de pessoa jurídica binacional, entendo ser a mesma de todo descabida.

Não obstante as normas contidas no Tratado internacional que instituiu e regulamentou a hidrelétrica de Itaipu, a elas se sobrepõe o disposto no artigo 9^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil, que prevê:

‘Art. 9^o. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 2^o. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.’”

Desta forma, proponente do contrato a binacional Itaipu, cujas sedes, segundo o artigo IV do Tratado que a instituiu, localizam-se em Brasília e Assunção, resta patente a aplicação da lei brasileira para regular as obrigações dele surgidas.

Além disso, referido Tratado, promulgado pelo Decreto n. 72.707, de 28 de agosto de 1973, é expresso ao afirmar, no **caput** do seu artigo XIX:

‘O foro da Itaipu, relativamente às pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas ou com sede no Brasil ou no Paraguai, será, respectivamente, o de Brasília e o de Assunção. Para tanto, cada alta parte contratante aplicará a sua própria legislação, tendo em conta as disposições do presente Tratado e de seus anexos.’

Ressalto, ainda, que ao contrário da alegação da Apelante de que ‘o *Tratado* instituiu norma própria para suas licitações’, não há no seu texto ou nos seus anexos – em especial o Anexo A, que contém o estatuto da Itaipu – qualquer norma específica relativa à matéria.

Conclui-se, pois, pela irrelevância de maior investigação acerca da natureza e do regime jurídico aplicado à empresa binacional, visto restar patente, em qualquer caso, a aplicabilidade da legislação brasileira.

Neste passo, incidem na espécie as normas relativas ao procedimento da licitação e aos contratos administrativos contidas no Decreto-Lei n. 2.300/1986, vigente à época da prestação dos serviços objeto da presente ação.

Segundo referido diploma, os contratos por ele regidos somente poderiam ser alterados por acordo das partes, à exceção das cláusulas denominadas regulamentares ou de serviço.

Se é certo, porém, que no interesse público tem a Administração o condão de alterar e até mesmo rescindir unilateralmente o contrato cuja execução demonstre-se prejudicial ou inútil à comunidade, não o pode fazer em relação à equação encargo-remuneração, em prejuízo ao contratado.

...”

Conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 300.116 – SP

(Registro n. 2001.0005309-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Construdaotro Construções Ltda
Advogados: José Emmanuel Burle Filho e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores: Regina Maria Rodrigues da Silva e outros

EMENTA: I – “Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio.” (STF – RE n. 108.182/Min. Oscar Corrêa).

II – “A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do Direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.” (STJ – RMS n. 407/Humberto).

III – A desconstituição de licitação pressupõe a instauração de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.

IV – A declaração unilateral de licitação, sem assegurar ampla defesa aos interessados ofende o art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 6 de novembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 25.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A Recorrente, vitoriosa em licitação pública, construiu, mediante empreitada, prédios para o Estado-recorrido. Cinco anos depois, quando já estavam levantados os edifícios, o Estado declarou a nulidade da licitação. A Empreiteira propôs ação ordinária, visando a desconstituir a declaração de nulidade.

O v. acórdão ora recorrido, em reexame **ex officio**, declarou improcedente a demanda. Para o fazer, desenvolveu argumentação que resumo, assim:

- a) não prescreve o direito de a Administração declarar a nulidade de seus próprios atos (STJ – RMS n. 176/Américo Luz);
- b) a faculdade de fazer tal declaração é ampla e, devendo ser exercida **ex officio**, não depende de contraditório;
- c) é notória a existência de ilicitude nos contratos de construção semelhantes àqueles sobre os quais incidiu a declaração de nulidade;
- d) para efeito de prequestionamento, adianta-se que não houve ofensa a qualquer dos artigos de lei mencionados pela Empreiteira.

O acórdão está sob desafio de recursos especial e extraordinário, ambos aprovados no juízo de admissibilidade.

O recurso especial assenta-se nos permissivos **a** e **c**. Afirma que o acórdão contrariou o art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 e negou vigência ao art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

No que se refere ao dissídio pretoriano, oferece como paradigmas, acórdãos formados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Não desenvolve, contudo, análise comparativa entre tais precedentes e a decisão recorrida.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recurso merece conhecimento, por ofensa ao art. 49 da Lei n. 8.666/1993, expresso nestas palavras:

“A autoridade competente para aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta lei.

§ 2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e em seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.”

No texto do art. 49, chama atenção o § 3º. Nele, assegura-se o direito de contraditório e defesa, no caso de “desfazimento do processo licitatório”. Desfazimento, é fácil verificar, constitui o gênero, cujas espécies são revogação, anulação e declaração de nulidade.

Não há dúvida de que, em se tratando de licitação, a desconstituição pressupõe a instalação de contraditório, em que se assegure ampla defesa aos

interessados. Esta é a regra proclamada pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.

Ao esquecer tais cautelas, o v. acórdão recorrido, sem dúvida, ofendeu o § 3º.

Aliás, nossa jurisprudência há muito tempo assentou-se no entendimento de que a declaração unilateral de nulidade pelo Estado, reclama temperamentos. Lembro, a propósito, nosso acórdão, no REsp n. 45.522, cujo voto-condutor diz:

“O ato impugnado praticou-se sob invocação da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, cujo dispositivo autoriza a declaração de nulidade dos atos administrativos ilegais.”

O enunciado da Súmula n. 473, por sua aparente amplitude, levou o Supremo Tribunal Federal, conduzido pelo eminente Ministro Oscar Corrêa (nos autos do RE n. 108.182) ao registro de que:

“Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso, o reino do arbítrio.”

Esta Turma, no julgamento do RMS n. 407-MA, traduziu esta preocupação ao proclamar:

“A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do Direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.

É vedado ao Estado, sob o pretexto de que houve irregularidades formais, desconstituir unilateralmente a investidura de servidores nomeados mediante concurso público.” (RMS n. 407).

No voto com que conduzi a formação deste acórdão, parti de excelente parecer, oferecido pelo eminente Procurador da República, Gilmar Ferreira Mendes.

Desenvolvi linha de argumentação, nestes termos:

“Merece destaque no primoroso trabalho do eminente Subprocurador da República, a segura reportagem, nele desenvolvida, da evolução doutrinária, em tema de revisão dos atos administrativos.

De início, considerou-se a Administração, livre para desfazer seus próprios atos, independentemente de qualquer cautela. Bastava a alegação de que o ato malsinado padecia de nulidade.

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da autotutela da Administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse público.

Envolvidas nesta preocupação, a doutrina e a jurisprudência desenvolvem constantes pesquisas, em busca da solução de compromisso, capaz de instaurar o equilíbrio, como bem observam **Erichsen** e **Martens**:

‘O princípio da legalidade da Administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia. Daí resulta que a solução para um conflito concreto entre a matéria jurídica e interesses há de levar em conta todas as circunstâncias que o caso possa eventualmente ter.’ (Tradução do Professor **Gilmar F. Mendes** – cf., fl. 361 desses autos).

Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.

Tal princípio, muitas vezes, prestou-se a deformações, servindo de justificativa para a implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.

Em interessante monografia, a Professora **Weida Zancaner** traça fiel esboço do estágio em que se encontra, hoje, o processo de composição entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica:

‘O princípio da legalidade, fundamento do dever de invalidar,

obriga a Administração Pública a fulminar seus atos viciados não passíveis de convalidação. Só que a invalidação não pode ser efetuada sempre, com referência a todas as relações inválidas não convalidáveis que se apresentem ao administrador, em razão das barreiras ao dever de invalidar.

Os limites ao dever de invalidar surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois, como todos sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação.

Claro está que o princípio da legalidade é basilar para atuação administrativa, mas, como se disse, encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios que devem ser respeitados, ou por se referirem ao Direito como um todo, como por exemplo, o princípio da segurança jurídica, ou por serem protetores do comum dos cidadãos, como, por exemplo, a boa-fé, princípio que também visa a protegê-los quando de suas relações com o Estado.

Assim, em nome da segurança jurídica, simetricamente ao que referimos quanto à convalidação, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações fazendo-as intocáveis. Isto sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará a invalidação do ato viciado. Esta é, pois, uma primeira barreira à invalidação.

Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados.'

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o Direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos.

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem, não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos, certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé.” (Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Ed. RJ, 1990, p.p. 58/59).

Há situações concretas em que a declaração administrativa da nulidade se faz impossível.

Uma destas situações ocorre quando o ato acoimado de nulo serviu como fundamento de ato posterior, praticado em outro plano de competência. Vejamos um exemplo, lembrado por **Lúcia Valle Figueiredo**:

A teor da Lei n. 6.766, de 19.12.1979, a aprovação do projeto constitui requisito para a aprovação do loteamento.

Efetivado o registro, a partir de tal aprovação, é possível à Municipalidade decretar a nulidade de seu ato?

Evidentemente, não!

Do contrário, estar-se-ia atribuindo, por vias oblíquas, ao administrador municipal, o poder de cancelar um registro público.

Existem, contudo, outros limites à livre retratação.

Em boa hora, o legislador brasileiro inseriu no Direito Positivo uma importante condição para desconstituição do ato administrativo: a ocorrência de lesão ao patrimônio público.

Com efeito, ao regulamentar o exercício da ação popular, a Lei n. 4.717, de 26.6.1965, em vários dispositivos, coloca a lesividade como atributo necessário à declaração de nulidade.

De acordo com a Lei de Ação Popular “são nulos os atos lesivos”...

A contrário senso, os atos não lesivos são imunes à declaração de nulidade.

Lúcia Valle Figueiredo, com a simplicidade dos mestres, explica esta submissão da legalidade à segurança das relações jurídicas, observando:

“Sem dúvida, um valor eventualmente a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, mercedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica e a segurança das relações estabelecidas.

Em casos tais – ausência de dano, bem como a necessidade de proteção de outros valores – a Administração não deve anular seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder.” (Extinção dos Contratos Administrativos – Ed. RJ – 1986 – p. 78).

Na expressão do publicista argentino **M. A. Berçaitz**, muito bem lembrada por **Lúcia Valle Figueiredo**:

“Cabe acrescentar que não se deve declarar qualquer nulidade, pela nulidade mesma, como no Direito Privado. Sem prejuízo econômico ou do interesse público, deve-se procurar a estabilidade do ato ou do contrato.” (ob. cit., p. 79).

Estas considerações que já se vão alongando, sugerem que, no estágio atual do Direito brasileiro, em que se empreende decisivo processo de consolidação do Estado de Direito, a regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF merece algum temperamento. Assim, é de se reconhecer a faculdade de a Administração anular seus próprios atos, desde que:

- a) tenham causado lesão ao Estado;
- b) sejam insuscetíveis de convalidação;
- c) não tenha servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência.

Sem estas limitações, a Súmula n. 473 transforma-se em instrumento de violência, em repelente entulho autoritário, capaz de reimplantar o “reino do arbítrio” a que se refere o eminente Ministro Oscar Corrêa.

Na hipótese destes autos, embora não me pareça que a impugnada declaração de nulidade tenha infringido a Súmula n. 21 do STF, dou provimento ao recurso por entender que não se demonstrou lesão ao patrimônio do Estado do Maranhão, resultante do procedimento de investidura.

Lesiva, em verdade é a desconstituição do concurso e das nomeações: em função dela, o Estado seria obrigado a ministrar novo e dispendioso concurso público, e ficaria prejudicado em sua atividade essencial de arrecadar receita. De quebra, não se pode desprezar a responsabilidade civil do Estado, pelos danos causados aos candidatos nomeados e logo destituídos.

De outra parte, o concurso, maculado por simples e discutível pecado venial é suscetível de plena e cômoda convalidação.

Questão análoga foi objeto do REsp n. 6.518-RJ, em que esta Turma decidiu:

“Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito.” (REsp n. 6.518-RJ).

No longo voto que desenvolvi, como relator, na assentada em que foi julgado este recurso, fiz referência a velho caso em que atuei como advogado. Disse, então:

“Nos primórdios de minha advocacia, em 1966, tive a honra de atuar como patrono da Recorrente, no Recurso em Mandado de Segurança n. 16.742. Naquele, cuidou-se de situação fática muito próxima do que ora ocorre com a Recorrente. Naquele processo, minha constituinte obtivera matrícula, através de mandado de segurança liminarmente concedido. A segurança veio a ser cassada, quando sua beneficiária já havia alcançado o objetivo perseguido através da impetração: terminara todo o curso.

Por ilustrativo, peço vênica para transcrever o relatório oferecido pelo saudoso Ministro Luiz Gallotti (cf. RTJ 41/251):

‘Trata-se de um desses casos de média para aprovação. A impetrante conseguiu a segurança pela sentença de 1ª instância, que produziu seus efeitos, até que foi cassada pelo Tribunal Federal de Recursos, por acórdão de 24.6.1965. A sentença era de 4.12.1962.

O Tribunal Federal de Recursos cassou a segurança, de acordo, aliás, com a jurisprudência:

‘Ensino superior. Média de aprovação. Não contravém à lei, ao contrário, a ela se amolda fielmente, o regimento interno de estabelecimento de ensino superior que fixa a média cinco como mínimo para aprovação do aluno.’

Mas, no recurso, a impetrante alega que se formou em dezembro de 1964, quando a cassação da segurança ocorreu em junho de 1965. Depois disso, aliás, já fez concurso, em que foi habilitada.

Proferi despacho, exigindo o seguinte:

‘Oficie-se ao Sr. Diretor da Faculdade Nacional de Filosofia, solicitando informar quando se formou a impetrante Valentina da Rocha Lima, ou seja, se isso ocorreu em dezembro de 1964.’ (fl. 92).

Meu ofício foi de 14 de novembro, mas, como não tive ainda resposta, a recorrente trouxe aos autos prova no sentido de que, realmente, a sua formatura é anterior ao acórdão que cassou a segurança, ou seja, a formatura ocorreu quando ainda a sentença, concessiva da segurança, produzia seus efeitos.

A Procuradoria Geral da República opinou pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.’

A partir destes fatos, o saudoso Ministro resumiu seu voto, dizendo:

‘Ela se formou em 1964 e em junho de 1965 é que o Tribunal Federal de Recursos cassou a segurança, depois de ela já se ter formado. Isso está provado nos autos.

Em face das circunstâncias especiais do caso e de acordo com reiteradas decisões do Tribunal, dou provimento ao recurso.’

Deste voto resultou acórdão unânime traduzido nesta ementa:

‘Média para aprovação em curso superior.

Pode o regimento da Faculdade exigir a média cinco.

Caso em que, apesar disso, se restabelece a sentença concessiva da segurança, porque ela fora cassada meses depois da formatura.’

No precedente acima destacado, a cassação da segurança ocorreu depois da formatura. Aqui, o ato de recusa alcançou o concurso homologado, a candidata aprovada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continuou em outros julgados. Vejamos alguns:

‘Ensino superior. Média mínima de aprovação.

Tendo o impetrante concluído o curso, mantém-se a sentença concessiva do mandado de segurança, em atenção à natureza do efeito produzido pelo julgado.’ (RE n. 60.408 – RTJ 41/857).

É válida a exigência da média superior a quatro para aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento.

Mas, em casos análogos ao presente, em face da situação criada pela concessão da segurança concedida na 1ª instância e por efeito da qual os impetrantes colaram grau e vêm exercendo a profissão desde 1960, segurança só cassada quase três anos depois (em setembro de 1963), tem o Tribunal entendido que deve restaurá-la.’ (RE n. 15.513 – RTJ 41/593).

O Ministro Xavier de Albuquerque, com a elegância que o caracteriza, registrou nestas palavras a sensibilidade com que o Supremo Tribunal prestigiou a teleologia, nos processos de seleção e formação:

‘O poder desses fatos não é despiciendo. Em certa época, multiplicaram-se mandados de segurança contra a exigência de média mínima de aprovação no ensino superior. Deram-se liminares e concederam-se seguranças que propiciaram a continuação dos cursos e a graduação dos impetrantes. Muito tempo depois, quando firmado o entendimento de que era legítima a exigência, cassaram-se tais concessões. Mas o Supremo Tribunal, em atenção às situações de fato criadas pelo deferimento liminar ou inicial dos mandados de segurança, foi levado a restaurá-los em vários casos.’ (RE n. 92.757 – RTJ 95/476).

Voltemos à hipótese dos autos: lamentável (ou providencial) engano da Administração, deu à recorrente acesso ao concurso e oportunidade de demonstrar sua qualidade intelectual.

O chamamento para a contratação demorou, ensejando se adimplisse o único requisito de que ela carecia.

Agora, não mais existe inscrição a cancelar. Existe, sim, uma

candidata aprovada, madura, com boa classificação: no ponto de ser contratada.

O procedimento seletivo atingiu sua finalidade, sem causar prejuízo ao patrimônio público.

Desconstituí-lo agora, seria – não homenagear a Súmula n. 473 – mas praticar ato iniciado por desvio de finalidade (Lei n. 4.717/1965). Seria praticar ato lesivo ao interesse público. Eis que a desconstituição do certame resultaria na troca de candidato bem classificado por outro, presumivelmente de qualidade inferior.

Como se percebe, o v. acórdão recorrido, além de não entrar em dissídio com qualquer dos três verbetes da súmula, deu à controvérsia a solução mais consentânea com o ordenamento jurídico.”

Os argumentos que, longamente, acabo de desenvolver conduzem à constatação de que:

I – É lícita a extensão, por analogia, dos benefícios assegurados pelo Decreto-Lei n. 1.044/1969, à estudante que deixou de freqüentar aulas, por se encontrar sob prisão preventiva, em razão de processo que resultou em absolvição.

II – Na avaliação da nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, de boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito.

III – A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento. A Administração pode declarar a nulidade de seus atos, mas não deve transformar esta faculdade, no império do arbítrio.

Dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 309.037 – RS

(Registro n. 2001.0027952-0)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrentes: Darci Avelhaneda Melo e outros

Advogados: Regina Gabbardo Masoni e outros
Recorrida: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Elza Oliveira dos Santos e outros

EMENTA: Multa – Correção monetária – Juros – Incorporação (Lei n. 8.036/1990, art. 2º, § 1º, alínea d).

– Incorporam-se ao FGTS valores decorrentes de multas, correção monetária e juros moratórios devidos pelo empregador inadimplente, sobre os pagamentos em atraso. (Lei n. 8.036/1990, art. 2º, § 1º, d).

– Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 11 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 4.2.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O acórdão recorrido proclama:

“Direito Administrativo. FGTS. Acervo do Fundo e contas vinculadas. Distinção. Multas.

1. O FGTS não é composto somente pelas contas vinculadas, mas, também, por outros recursos a ele incorporados, formando um

acervo financeiro maior que a soma dos valores pertencentes aos trabalhadores.

2. As contas vinculadas são constituídas pelos depósitos efetivados pelos empregadores, mais correção monetária e juros que correm à conta do Fundo.

3. Para que possa responder por suas obrigações, os resultados financeiros, as dotações orçamentárias específicas, os resultados das aplicações dos recursos do FGTS, as multas, a correção monetária e juros moratórios devidos e demais receitas patrimoniais e financeiras são creditadas à conta do FGTS e não às contas vinculadas.

4. Apelação improvida.” (fl. 329).

Os Recorrentes queixam-se de ofensa à Lei n. 8.036/1990, especificamente ao art. 2º, § 1º, alínea **d**, e art. 22.

Dizem que:

– entendem ser-lhes devido o valor da multa cobrada de seu ex-empregador, pois sendo a CEF mera gestora do FGTS, não pode apropriar-se de valores que pertencem aos fundistas, que são titulares de todas as quantias pagas pelos empregadores;

– a CEF reconhece expressamente que os valores cobrados da ex-empregadora dos Autores, referem-se a encargos moratórios devidos pela Empresa pelo pagamento, em atraso, de valores relativos ao FGTS dos empregados;

– o acórdão recorrido deu interpretação equivocada à norma legal, atribuindo à lei efeitos diversos daqueles por ela tutelados, ao entender que os valores recolhidos sobre atraso no pagamento devem ser incorporados ao Fundo e não à conta vinculada dos empregados.

Nas contra-razões, esclarece a CEF que o valor buscado pelos Recorrentes, não pertence à conta vinculada dos empregados, mas ao próprio Fundo, tratando-se de multa cobrada em virtude de atraso da empregadora no pagamento dos encargos sociais.

Aduz que a multa em questão nada mais é que uma penalização ao empregador inadimplente, legalmente devida ao Fundo, e não ao empregado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O recurso não merece acolhida.

O acórdão recorrido está correto, ao repelir a pretensão dos Recorrentes no sentido de que lhes pertence o recebimento feito pela CEF, como gestora do FGTS, de multa incidente sobre pagamento efetuado pela sua ex-empregadora, consoante o art. 22 c.c. art. 2^a, § 1^a, alínea **d**, da Lei n. 8.036/1990.

Com efeito, o referido dispositivo não deixa dúvida sobre a destinação do recebimento realizado nas condições mencionadas. Oportuna a sua transcrição:

“Art. 2^a. O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações:

§ 1^a. Constituem recursos incorporados ao FGTS, nos termos do **caput** deste artigo:

...

d) multas, correção monetária e juros moratórios devidos.”

“Art. 22. O empregador que não realizar os depósitos previstos nesta lei no prazo fixado no art. 15, responderá pela atualização monetária da importância correspondente. Sobre o valor atualizado dos depósitos incidirão ainda juros de mora de um por cento ao mês e multa de vinte por cento, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei n. 368, de 19 de dezembro de 1968.”

O art. 13 e parágrafos da mesma lei, dispõem:

“Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalizarão juros de três por cento ao ano.

...”

O dispositivo do art. 2^a, § 1^a, é suficientemente claro, para sustentar o acórdão recorrido.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 323.307 – SP

(Registro n. 2001.0055768-1)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Míriam A. Peres Silva e outros
Recorrido: Hotel Joamar Ltda
Advogados: Sandoval Geraldo de Almeida e outros

EMENTA: Tributário e Processual Civil – Levantamento de depósito judicial efetuado para suspender a exigibilidade tributária antes do trânsito em julgado da sentença – Inadmissibilidade – Precedentes.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que entendeu ser indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa a título de alimentação a seus empregados, quando efetuados descontos nos salários destes, ainda que não esteja devidamente aprovado pelo Ministério do Trabalho.

2. Consoante farta jurisprudência desta Corte, é vedado ao contribuinte o levantamento do depósito judicial, efetuado em ação cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, antes do trânsito em julgado da ação principal. Inteligência do art. 32, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. Precedentes das Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 12 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 3.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no art. 105, III, a e c, da Carta Magna, contra v. acórdão que entendeu cabível o levantamento do depósito judicial (referente ao Finsocial), efetuado em processo cautelar, independentemente do estado do processo principal, ao argumento de que o mesmo foi espontâneo.

Afirma-se que o decisório objurgado violou os arts. 151, II, do CTN, 1º, III, e 4º do Decreto-Lei n. 1.737/1979, assim como aponta dissídio jurisprudencial com julgados desta Corte Superior.

Alega a Recorrente, em síntese, que não cabe o levantamento de depósito judicial antes do trânsito em julgado.

Contra-razões ofertadas pela manutenção do **decisum a quo**.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): A matéria jurídica encartada nos dispositivos legais tidos por violados foi devidamente debatida no acórdão recorrido, assim como comprovada a divergência jurisprudencial, merecendo, assim, ser conhecido o apelo extremo.

No caso em tela, discute-se se é cabível o levantamento de depósito judicial, efetuado em processo cautelar, independentemente do estado do processo principal, ou se a levantamento há que ser realizada somente após o trânsito em julgado.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no entendimento de que os depósitos só podem ser liberados em favor de qualquer das partes após o trânsito em definitivo da decisão que solucionar a lide.

O § 2º do art. 32 da Lei n. 6.830/1980, é cristalino ao afirmar: “Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente”.

E inúmeros são os precedentes nesse sentido, ou seja, se o depósito for efetuado para assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, II), sendo convertido em renda da União em caso de

insucesso do contribuinte, não pode ser levantado antes de sentença a este favorável, transitada em julgado, pois o depósito é feito também em garantia da Fazenda Nacional (REsp n. 159.473-PE, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 4.5.1998, unânime, Primeira Turma).

No mesmo trilhar:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Liminar garantida por depósito para suspender a exigibilidade (CTN, art. 151, II).

1. A compensação ou a conversão em renda do valor depositado para suspender a exigibilidade do crédito tributário somente viabiliza-se após o trânsito em julgado do provimento judicial terminativo do litígio, favorável ao contribuinte.

2. Precedentes.

3. Recurso provido.” (REsp n. 267.587-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 27.11.2000).

“Processual Civil. Agravo regimental. Prequestionamento. Levantamento de depósito judicial. Precedentes.

1. Para a caracterização do prequestionamento, basta que o Tribunal **a quo** discuta a questão controvertida à luz dos dispositivos legais apontados como violados, sem a necessidade de mencioná-los expressamente.

2. Não é possível o levantamento de depósito judicial, suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, antes do trânsito em julgado. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 154.710-PE, Segunda Turma, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 1.8.2000).

“AFRMM. Crédito. Suspensão. Exigibilidade. Depósito. Levantamento. Sentença. Trânsito em julgado.

– O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado, se favorável ao contribuinte.

– Se o desembaraço aduaneiro de mercadorias ocorreu sem o recolhimento do AFRMM, em razão de liminar deferindo o pedido de depósito da importância correspondente a esta exação, caso extinto o processo, fica sem efeito a liminar, não autorizando o levantamento do depósito que deve ser convertido em renda da União.

– Recurso provido.” (REsp n. 227.958-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 7.2.2000).

“Ação cautelar. Finsocial. Levantamento de depósito antes do trânsito em julgado da ação principal. Impossibilidade. Inteligência do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional. Recurso especial provido.

1. Somente após o trânsito em julgado da sentença da ação principal poderá ser feito o levantamento ou a conversão em renda da União do depósito efetuado para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Ocorre que, tendo sido autorizado o levantamento dos valores relativos às majorações das alíquotas do Finsocial pela autora da ação, ora recorrida, do depósito efetuado, tem-se como violada a norma inserta no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, visto que o depósito em comento tem por fim suspender a exigibilidade do crédito tributário.

2. Recurso especial provido.” (REsp n. 179.294-SP, Primeira Turma, deste Relator, DJ de 7.2.2000).

“Finsocial. Depósito. Suspensão. Crédito. Exigibilidade. Levantamento.

– Os depósitos só podem ser levantados pela parte após o trânsito em julgado da sentença a ela favorável e a União só pode converter os depósitos em renda após transitar em julgado a sentença que lhe favorecer.

– Recurso provido.” (REsp n. 169.365-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.10.1998).

“AFRMM. Crédito. Suspensão. Exigibilidade. Depósito. Levantamento. Sentença. Trânsito em julgado.

– O depósito efetuado para suspender a exigibilidade do crédito tributário é feito também em garantia da Fazenda e só pode ser levantado após sentença final transitada em julgado, se favorável ao contribuinte.

– Recurso provido.” (REsp n. 166.521-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 10.8.1998).

“Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Depósito

judicial (art. 151, II, do CTN). Disponibilidade do montante condicionada ao trânsito em julgado da ação principal (arts. 9^o, I, e 32, § 2^o, da Lei n. 6.830/1980).

I – É vedado ao autor o levantamento de depósito judicial suspensivo da cobrança de crédito tributário em constituição, antes do trânsito em julgado da ação proposta, consoante o disposto no art. 151, II, do CTN, c.c. o art. 32, § 2^o, da Lei n. 6.830/1980.

II – Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 142.370-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 20.4.1998).

“Processual Civil. Tributário. Mandado de segurança. Depósito judicial para suspensão da exigibilidade de crédito tributário (art. 151, II, do CTN). Disponibilidade do montante condicionada ao trânsito em julgado da decisão (arts. 9^o, I, e 32, § 2^o, da Lei n. 6.830/1980).

I – É vedado ao autor o levantamento de depósito judicial suspensivo da cobrança de crédito tributário em constituição, antes do trânsito em julgado das ações propostas, consoante o disposto no art. 151, II, do CTN, c.c. o art. 32, § 2^o, da Lei n. 6.830/1980. Precedentes.

II – Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 98.823-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 13.4.1998).

“Tributário. Depósito efetuado pelo devedor. Levantamento. Possibilidade, após o trânsito em julgado da decisão.

– O depósito visando a suspender a exigibilidade do crédito tributário, não pode ser levantado enquanto não definitivamente julgada a lide.” (REsp n. 151.440-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 25.2.1998).

“Processo Civil. Depósito judicial do tributo controvertido. Decisão que liberou parte dele à base de precedente do Supremo Tribunal Federal.

– O depósito previsto no art. 151, II, CTN, é feito sob o regime de indisponibilidade, que na via judicial só cessa com o trânsito da sentença em julgado, sendo então devolvido ao autor da ação ou convertido em renda da Fazenda Pública, conforme a demanda seja bem ou malsucedida.

– Hipótese em que, antes da sentença final, foi liberada parte do depósito para autor da ação.

– Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 76.841-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 16.12.1996).

Destarte, estando pacificado o assunto a respeito no seio jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não havendo, portanto, mais dissídio a respeito da matéria, cabe-se prover o especial.

Posto isto, *dou* provimento ao recurso, afastando a possibilidade de levantamento do depósito judicial antes do trânsito em julgado da ação principal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 329.421 – MT

(Registro n. 2001.0087443-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Banco Banorte S/A (em liquidação extrajudicial)
Advogados: Pedro Lopes Ramos e outros
Recorrida: União

EMENTA: Administrativo e Direito do Trabalho – Banco – Prorrogação – Jornada de trabalho – Comissionados – Ausência de acordo prévio ou convenção coletiva do trabalho – Prorrogação além das horas extras – Violação à legislação trabalhista (artigos 59 e 225 da CLT) – Multa – Autuação – Procedência.

Incide em infração trabalhista, o banco que prorroga jornada de trabalho dos seus empregados comissionados além das horas extras, sem acordo prévio ou mediante convenção coletiva do trabalho e dos não-comissionados, excedendo as horas extras do acordo escrito. Cabível a multa, no caso, e procedente a autuação, porquanto violados os artigos 59 e 225 da CLT.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília-DF, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 5.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cuida-se de recurso especial fundado na letra **a** do permissivo constitucional e interposto pelo Banco Banorte S/A, em liquidação extrajudicial, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sintetizada no acórdão que ostenta a seguinte ementa:

“Administrativo. Multas por infrações à CLT (arts. 59 e 225). Ausência de **bis in idem**.

1. O apelante não cometeu um só ilícito trabalhista (‘prorrogar jornada de trabalho de bancário’).

2. O fato do Banco ter prorrogado, sem acordo prévio, a jornada de comissionados além do normal não é o mesmo que prorrogar a jornada de não-comissionados, já prorrogável em razão de contrato escrito.

3. Duas foram as normas da CLT violadas: arts. 59 e 225. Não há se falar em **bis in idem**.

4. Precedente do TRF/1ª Região.

5. Apelação e remessa oficial providas.” (fl. 49).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, contudo, ao fundamento basilar de que não havia qualquer vício a sanar (fls. 63/64).

Irresignado, nas razões recursais, o Recorrente alega ter havido violação aos artigos 59 e 225 da CLT e artigos 302, 334 e 535 do CPC (fls. 70/77).

A União apresentou contra-razões às fls. 80/85.

Admitido e processado na origem, o recurso subiu a esta Instância Superior, vindo-me os autos distribuídos e conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): O acórdão vergastado entendeu ser cabível a multa aplicada ao Banco Nacional do Norte S/A por prorrogado a jornada de trabalho dos seus empregados comissionados além das duas horas extras, sem acordo prévio ou por força de convenção coletiva do trabalho, bem como por excesso de jornada dos não-comissionados, cuja prorrogação se deu além das horas extras pactuadas em acordo escrito. Por isso, considerou violadas as normas dos artigos 59 e 225 da CLT.

Irresignado, o Banco-vencido, sobre alegar, em preliminar, violação ao artigo 535 do CPC, por negativa de prestação jurisdicional além de afronta aos mesmos dispositivos de legislação obreira (arts. 59 e 225), apontou, ainda, como desafeiçoados os artigos 302 e 334 do CPC e interpôs o presente recurso especial, postulando seja reformada a decisão recorrida.

Conheço do recurso parcialmente, porquanto dos artigos 302 e 334 do CPC não cuidou o decisório hostilizado, conforme ressaltado no julgamento dos embargos de declaração (fl. 66).

Afasto, do mesmo modo, a possibilidade de maltrato ao artigo 535 da Lei Processual Civil, eis que a egrégia Turma julgadora **a quo** não quedou inerte acerca das questões suscitadas nos embargos, mas sobre elas se manifestou, esclarecendo inclusive que “a violação ao art. 224, § 2º, da CLT e arts. 302 e 334 do CPC não foi mencionada na petição inicial nem nas razões de apelação” (fl. 66).

Não há, pois, como divisar vulneração a tal dispositivo legal.

Da mesma forma, quanto ao mérito propriamente dito, afigura-se-me incensurável a decisão objurgada.

A alegativa de violação aos artigos 59 e 225 da CLT, apresentada pelo Recorrente, não resiste à menor análise, diante dos sólidos e jurídicos fundamentos do aresto recorrido.

Sob este aspecto, em apertada síntese, sustenta que “o ilícito cometido pelo Banco foi unicamente o de prorrogar jornada de trabalho e está sendo

punido duplamente por ter prorrogado a jornada de dois grupos de trabalho distintos” (fl. 74). Daí porque entende que não pode ser duplamente penalizado pelo simples fato de alguns dos seus empregados possuírem jornada de trabalho privilegiada, reduzida em duas horas” (fl. 75).

Tais argumentos não procedem, nem afastam os bem lançados fundamentos do voto-condutor do acórdão recorrido, do qual se pode extrair toda a juridicidade do raciocínio lógico assim expendido:

“O Apelado violou a norma trabalhista, não somente por prorrogar a jornada de trabalho além das oito horas legais, mas por desatender aos requisitos exigidos para tanto.

Só aparentemente as situações dos dois autos são as mesmas, examinemos as duas infrações e suas respectivas tipificações.

O Apelado, como se viu do relatório, foi autuado por ter prorrogado a jornada de empregados comissionados além das duas horas extras sem acordo prévio do empregado ou mediante convenção coletiva de trabalho. A tipificação da infração se fez no art. 59 da CLT.

Já a segunda autuação teve como fato gerador o excesso de jornada de não-comissionados.

No primeiro caso, a infração está na prorrogação da jornada sem acordo escrito ou sem convenção coletiva. Já no segundo caso, a prorrogação se deu além das horas extras do acordo escrito.

O Apelado, como se constata, com atos diferentes cometeu dois ilícitos administrativos, capitulados em artigos distintos. Assim, não se pode invocar a figura do **bis in idem**. Ao contrário, entender, como entende o MM. Juiz **a quo** em sua bem elaborada sentença, que a violação consistiu única e exclusivamente em ‘prorrogar’ jornadas de trabalho de comissionados e não-comissionados é não atentar para o espírito da lei, pois os bancários que não desfrutaram de horário reduzido não ficam ao desamparo nas normas gerais deferidas aos trabalhadores.

Sem razão o Apelado quando pretende enquadrar seu ilícito administrativo num único artigo, o 225, pois duas normas distintas foram violadas: arts. 59 e 225. No primeiro caso – o dos comissionados – a jornada foi prorrogada sem acordo prévio entre empregado e empregador ou convenção coletiva de trabalho. No segundo caso – o dos não-comissionados – prolongou-se a jornada, já prorrogável em virtude de acordo escrito, além das horas extras pré-estabelecidas.” (fls. 45/46).

A eminente Relatora, Juíza Selene Maria de Almeida, traz ainda à colação acórdão, em caso análogo, da lavra do insigne Adhemar Maciel, que muito nos honrou integrando este colendo Tribunal (fl. 47).

Em conclusão, portanto, entendo que não restaram violados os artigos invocados pelo Recorrente, razão pela qual nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 329.892 – RS

(Registro n. 2001.0060860-5)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: Patrícia Vargas Lopes e outros
Recorrido: J. Schneider Empreiteira de Mão-de-Obra Ltda – Microempresa
Advogado: Fábio Henrique Posenatto

EMENTA: Tributário – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples) – Empresa prestadora de serviço de construção civil – Ampliado o universo das restrições inseridas no artigo 9º da Lei n. 9.317/1996 (artigo 4º da Medida Provisória n. 1.523-7/1997, convertida na Lei n. 9.528/1997) – Execução de obras de construção civil – Opção pela sistemática do Simples – Submissão a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente.

Com o advento da Medida Provisória n. 1.523-7, de 1997, a execução de obra de construção civil foi incluída na atividade de construção de imóveis de que trata o artigo 9º da Lei n. 9.317/1996, passando as empresas do ramo a não poder optar pelo regime simplificado de tributação denominado Simples.

Consoante o disposto no artigo 8º, § 2º, da Lei n. 9.317/1996, a opção da pessoa jurídica pelo Simples, submeterá a optante a esta sistemática, a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 5.11.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com fundamento na letra a do permissivo constitucional, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconheceu o direito da J. Schneider Empreiteira de Mão-de-Obra Ltda/ME de contribuir como optante do regime de impostos denominado Simples, na qualidade de empresa dedicada ao ramo de execução de obras da construção civil, em acórdão que restou assim ementado:

“A Lei n. 9.528/1997 (conversão da Medida Provisória n. 1.523), ao acrescentar ao art. 9º da Lei n. 9.317/1996, um quarto parágrafo, veicula norma restritiva ao direito do contribuinte.

Tratando-se de norma de caráter extensivo, inaplicável o disposto no art. 106, inciso I, do CTN.

As disposições expressas no art. 8º, § 2º, da Lei n. 9.317/1996, conduzem à aplicação da nova medida somente no exercício financeiro seguinte ao da ampliação normativa.” (fl. 132).

A Autarquia-recorrente alega, em resumo, negativa de vigência ao artigo 9º, inciso V, da Lei n. 9.317/1996 (fls. 134/138).

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem, subindo os autos ao exame desta Instância Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): O artigo 9º, inciso V, da Lei n. 9.317, de 1996, em relação ao qual se alega negativa de vigência, foi explicitamente prequestionado pelo acórdão recorrido.

Conheço do recurso, portanto, pelo único fundamento da letra **a** do permissivo constitucional.

No mérito, contudo, não vejo como configurada a alegada negativa de vigência do mencionado dispositivo legal, mas entendo que a tal norma foi dada interpretação sistemática escorreita e incensurável.

O Instituto-recorrente, adstrito à simples interpretação literal do texto da Lei n. 9.317/1996 (artigo 9º, V) sustenta que, desde a edição deste diploma legal, “ao recorrido é vedada a opção ao Simples, dada a atividade empresarial que desenvolve, qual seja, a de empreiteira voltada à execução de obras de construção civil” (fl. 136). Em seguida, assevera que, “posteriormente, a fim de não pairar qualquer dúvida quanto à impossibilidade da opção ao Simples, sobreveio a claríssima redação dada pelo artigo 4º da Medida Provisória n. 1.523-7, de 2 de maio de 1997, que inseriu no art. 9º da Lei do Simples, que tão-somente esclareceu o que deveria se ter por atividade de construção civil.” (fl. 137).

Já o voto-condutor do aresto hostilizado, sem negar que a Medida Provisória n. 1.523-7, de 30.4.1997, tenha ampliado a restrição contida no artigo 9º, § 4º, da Lei n. 9.317/1996, dá interpretação sistemática destes textos, de forma correta e refuta o entendimento de que a Lei n. 9.528/1997, resultante da conversão da referida medida provisória, veiculou regra de conteúdo interpretativo. Aduz, ainda, que tal argumento não resiste nem mesmo a uma breve análise fática, que passa a fazer, para afinal concluir, nos seguintes termos:

“Inicialmente, cabe ressaltar a posição da Receita Federal, ao cadastrar as empresas executantes de obras como optantes do Simples.

Tal entendimento expresso pelo órgão da Administração encarregado do cadastramento das empresas no Simples, aponta num sentido de interpretação da norma, que no caso, colide com o da Autarquia-ré (INSS). Portanto, configurada clara divergência na apreensão do alcance da norma em comento.

Considerando a existência de entendimento diverso dentro da Administração, cai por terra a tese de que a norma que incluiu um quarto parágrafo, teria caráter expressamente interpretativo, não comportando, portanto, ampliação da base atingida pela norma.

Existindo duas interpretações, sendo uma delas mais restritiva, a Medida Provisória n. 1.523/1997, ao optar pelo entendimento mais abrangente, refoge à conceituação de norma expressamente interpretativa, o que, no caso, restringe-se somente à aparência, visto ampliar o leque de excluídos da concessão de medida isentiva. Portanto, ao dirimir a controvérsia, optando pela extensão do alcance da norma, caracterizou-se como tendo caráter nitidamente extensivo.

No caso, a questão fática é essencial, pois expõe a clara intenção extensiva da norma veiculada na Medida Provisória n. 1.523-7, qual seja, a de restringir o leque de contribuintes a ser atingidos pelo tratamento tributário mais benéfico.

Tratando-se, no caso, de norma nova e mais gravosa, não há que se falar em caráter retroativo, o que apenas se poderia supor no caso de ser o conteúdo expressamente interpretativo.

Aplica-se, ainda, no caso em pauta, o disposto no § 2º do art. 8º da Lei n. 9.317/1996, que determina que:

‘A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do Simples a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período.’

Deste modo, é de ser mantida a sentença proferida pelo juiz **a quo**, ao determinar o direito da Autora de optar pelo Simples no exercício de 1997.” (fls. 128/129).

Estes judiciosos fundamentos, pela sua adequada formulação, a meu sentir, não merecem reparos, mesmo porque não restaram infirmados pelo Recorrente.

Não há, portanto, como divisar, no caso, qualquer violação ao artigo 9º, inciso V, da Lei n. 9.317/1996.

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 331.369 – SP

(Registro n. 2001.0079502-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Município de São Paulo
Procuradores: Maria Regina Ferro Queiroz Penteado e outros
Recorrida: CS Participações Ltda
Advogados: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Porte de remessa e retorno – Isenção – Fazenda Pública – Cessão de crédito – Legitimidade da cessionária para promover execução – Anuência do devedor.

A isenção de custo de que goza a Fazenda Pública inclui as despesas com remessa e retorno dos autos. Precedentes jurisprudenciais.

A cessionária do crédito não tem legitimidade para promover a execução contra o devedor se a alienação do crédito litigioso foi a título particular, sem a ciência ou o consentimento da parte devedora.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de outubro de 2001 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Municipalidade de São Paulo interpõe recurso especial (fls. 299/309), com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela colenda Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo decisão que reconheceu a legitimidade ativa da CS Participações Ltda, em razão da cessão de crédito realizada por Vega Sopave S/A, em seu favor.

Consta da ementa da decisão objurgada:

“Cessão de crédito. Legitimidade da cessionária para iniciar a execução de título judicial. Cabimento. Aplicação, à espécie, do art. 567, II, do CPC. Anuência do cedido nos termos do art. 42, § 1º, do mesmo **Codex**. Inexigibilidade. Registro do documento de cessão para conhecimento de terceiros, a teor do art. 1.067 do CC. Desnecessidade. Notificação da cedida prevista no art. 1.069 do CC suprida pela intimação desta para a execução. Agravo improvido.” (fl. 292).

Sustenta a Recorrente que o v. acórdão recorrido negou vigência ao artigo 42, **caput** e § 1º, do Código de Processo Civil, ao permitir que a cessionária ingressasse no feito, independentemente da aquiescência da Recorrente.

Alega que “a transferência do direito material deu-se na pendência do processo de conhecimento, circunstância que autoriza concluir pela continuidade da substituição processual pelo cedente, assim como pela necessidade da aquiescência da Executada para que se dê a substituição de parte, pela cessionária”.

Aduz, ainda, que a cessão de crédito foi realizada por meio de instrumento particular sem a notificação do devedor, violando, assim, o disposto no artigo 1.069 do Código Civil.

Ao final, ressalta a Recorrente haver evidente risco de se pagar duas vezes a quantia de R\$ 115.151.951,46, segundo os cálculos da Recorrida.

Nas contra-razões de fls. 312/335, CS Participações Ltda, alega, em apertada síntese, que: – é necessária a declaração de deserção do recurso especial devido ao não-recolhimento do porte de remessa e retorno; – há impossibilidade de análise de provas em sede de recurso especial; – o cessionário tem legitimidade para promover a execução, independentemente da anuência do devedor.

Admitido na origem o presente recurso, foram os autos encaminhados a esta Instância Superior, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, a isenção de custas de que goza o Recorrente inclui as despesas com remessa e retorno dos autos. Nesse sentido os Recursos Especiais n. 304.810-RS, DJ de 20 de agosto de 2001, relator o eminente Ministro Felix Fischer, e 304.807-RS, DJ de 13.8.2001, relator o eminente Ministro Edson Vidigal.

Também não estamos diante de reexame de provas, e, sim, de questões de direito. Em seu recurso especial (fl. 299), aponta a Municipalidade de São Paulo como violados os artigos 42, **caput** e § 1^o, do CPC, e 1.069 do CC, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra **a**.

Entendo estar com a razão o Recorrente. A meu ver, os aludidos dispositivos legais foram contrariados pelo v. acórdão recorrido. Estabelece o artigo 42, **caput** e § 1^o, do CPC, que:

“A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1^o. O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.”

No caso concreto, a CS Participações Ltda, como cessionária do crédito, não pode promover a execução contra o Recorrente, porque a alienação do crédito litigioso a ela foi a título particular, sem a ciência ou consentimento da Recorrente.

Também o artigo 1.069 do Código Civil deixa claro que:

“A cessão de crédito não vale em relação ao devedor, senão quando a este notificado ...”

Na espécie **sub judice** a Municipalidade de São Paulo não foi notificada.

No Recurso Especial n. 152.978-SP, DJ de 29 de março de 1999, relator o eminente Ministro Menezes Direito, decidiu a Quarta Turma que a regra do **caput** do artigo 42 do CPC não altera a legitimidade das partes em decorrência da alienação do direito litigioso, a título particular.

A egrégia Terceira Turma, no Recurso Especial n. 235.642-SP, DJ de 19.6.2000, relator o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, firmou o entendimento de que:

“A falta de notificação ao devedor de que houve cessão conduz a que essa não lhe seja oponível, sendo válido e eficaz o pagamento que efetuar ao cedente, primitivo credor. O mesmo, entretanto, não ocorre com a transação.”

Dou provimento ao recurso e inverte as penas da sucumbência.

