

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 462.671 – RS

(Registro n. 2002.0086679-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Agravante: Conselho Regional de Química da 5ª Região
Advogados: Mônica Melchiades Pinheiro e outro
Agravada: M. V. Indústria de Vinhos Ltda
Advogados: Vítor Hugo Zenatto e outro

EMENTA: Processual Civil – Agravo de instrumento – Data de protocolo do recurso especial ilegível – Juntada de peças na ocasião do regimental – Impossibilidade – Agravo improvido.

1. Mostra-se deficiente o instrumento do qual não consta a data de interposição do recurso especial obstado, porquanto impossível a análise da sua tempestividade. Aplicação da Súmula n. 288 do STF.

2. É inócua a juntada de novo traslado do recurso, uma vez que, consoante pacífico entendimento desta Corte, não é possível, no agravo regimental, suprir-se omissão ocorrida quando da formação do instrumento. Precedente da Corte Especial.

3. A existência de qualquer informação por parte do Tribunal a quo, atestando a tempestividade do recurso especial obstado, não tem o condão de suprir a ausência, no instrumento do agravo, de qualquer peça essencial à verificação dos pressupostos de admissibilidade, uma vez que estes são reexaminados pelo relator neste Tribunal Superior. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 7 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Conselho Regional de Química da 5ª Região em face de decisão que não conheceu de agravo de instrumento, prolatada nos seguintes termos, **in verbis**:

“Vistos, etc.

Consoante se depreende da leitura do instrumento, a data do protocolo do recurso especial está ilegível (fl. 90), sendo assim, não há como aferir a sua tempestividade, o que atrai a incidência do óbice da Súmula n. 288 do STF.

Ante o exposto, *não conheço* do agravo de instrumento.

Publique-se. Intimem-se.” (fl. 144).

Sustenta o Recorrente, em suma, que o recurso especial fora interposto no tempo oportuno. Para comprovar o alegado, colaciona aos autos novo traslado do recurso obstado, agora com a data de protocolização legível.

Em favor de sua tese, argúi que o despacho de admissibilidade da Presidência do Tribunal **a quo** nada atesta a respeito da tempestividade do recurso, concluindo-se que fora atendido tal requisito. Aduz, ainda, que cumpriu o disposto no art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil e na Súmula n. 288 do STF.

Por fim, alega que esses dispositivos não impõem como condição de admissibilidade do recurso a legibilidade do protocolo da petição de interposição da via especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O inconformismo não merece prosperar.

Com efeito, não consta do instrumento a data de interposição do recurso especial, uma vez que, na cópia apresentada, o carimbo do protocolo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região encontra-se completamente ilegível. Sendo assim, não há como aferir a tempestividade do recurso obstado, o que atrai a incidência do óbice da Súmula n. 288 do STF.

Outrossim, é inócua a juntada aos autos de novo traslado do original do recurso especial, uma vez que, consoante pacífico entendimento desta Corte, não é possível, no agravo regimental, suprir-se omissão ocorrida quando da formação do instrumento.

Nesse sentido:

“Processo Civil. Agravo de instrumento. Peças obrigatórias. Juntada na Superior Instância. Dever de vigilância.

1. Uma vez se encontrando o recurso de agravo de instrumento (art. 544, § 1º, do CPC) na Superior Instância, não produz efeito a juntada de peças faltantes no traslado, hipótese equivalente à complementação de peças.

2. É que às partes compete o dever de vigilância na formação do instrumento, sendo de sua exclusiva responsabilidade a composição daqueles autos. O eventual impedimento de acesso aos autos não interfere, principalmente diante da Lei n. 8.906 – art. 7º, inc. XV, que corrobora a letra do art. 40, inc. I, do CPC.

3. Precedentes do STF e do STJ.

4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 253.684-RJ, Corte Especial, rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, DJ de 27.8.2001).

Ademais, consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a existência de qualquer informação por parte do Tribunal **a quo**, atestando a tempestividade do recurso especial obstado, não tem o condão de suprir a ausência, no instrumento do agravo, de qualquer peça essencial à verificação dos pressupostos de admissibilidade, uma vez que estes são reexaminados pelo relator neste Tribunal Superior.

Nesse sentido:

“Processo Civil. Formação do agravo de instrumento. Cópia da petição de interposição do recurso especial. Aferição de tempestividade.

Carimbo de protocolo ilegível. Impossibilidade de sanar o defeito após a apreciação de admissibilidade recursal pelo relator.

I – Compete ao juízo natural o reexame de admissibilidade recursal, **ex officio**, que não é suprido pela certidão da secretaria do órgão de origem, ainda que ateste a tempestividade do recurso, pois ficaria impossibilitada a revisão de sua correção pelo órgão julgador competente.

II – A juntada de xerocópia de petição de interposição de recurso especial, com carimbo de protocolo ilegível, compromete, de igual forma, a certificação de tempestividade do recurso especial, *e não pode ser substituída ou suprida a formalidade pela juntada de outra cópia, ainda que não defeituosa, após o juízo de inadmissibilidade recursal pelo relator do agravo de instrumento. Precedentes.*” (AgRg no Ag n. 226.764-RS, Segunda Turma, rel.^a Min.^a Nancy Andrichi, DJ de 1.8.2000, p. 241). (grifei).

“Processual Civil. Carimbo de protocolo de recebimento do especial ilegível. Agravo de instrumento. Não-conhecimento. Recurso desprovido.

– Não se conhece do agravo de instrumento quando o carimbo do protocolo de recebimento do recurso especial encontrar-se ilegível, inviabilizando a aferição da tempestividade do apelo extremo.

– Ao examinar o agravo de instrumento, resta devolvido a esta Corte o exame de todos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, entre eles, a tempestividade, uma vez independentes os juízos proferidos pelo tribunal de 2º grau e pela instância especial.” (AgRg no Ag n. 389.429-RS, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 18.2.2002, p. 464).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 211.236 – RS

(Registro n. 1999.0036563-1)

Relator: Ministro Paulo Medina

Agravante: Fazenda Nacional
Procuradores: Dolizete Fátima Michelin e outros
Agravada: Cooperativa de Arroz Comobi Ltda
Advogados: Ney Silveira Gomes Filho e outro

EMENTA: Agravo regimental – Tributário – Contribuição Social sobre o Lucro – Cooperativa – Não-incidência.

1. As sociedades cooperativas, quando atuam no desempenho de suas finalidades, praticando ato cooperativo definido no art. 79 da Lei n. 5.764/1971, não apuram resultados qualificados como lucros.

2. O ato cooperativo não está sujeito à incidência da Contribuição Social sobre o Lucro, por não configurar fato gerador do tributo.

3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministra Eliana Calmon, Presidenta.

Ministro Paulo Medina, Relator.

Publicado no DJ de 10.3.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de agravo regimental apresentado pela Fazenda Nacional contra decisão monocrática proferida pela Ministra Nancy Andrighi que negou provimento ao recurso especial manifestado contra acórdão da Primeira Turma do TRF-4ª Região, que julgou indevido o pagamento de Contribuição Social sobre o Lucro pela Cooperativa-recorrida, em relação à prática de “atos cooperativos”.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

“Trata-se de recurso especial interposto com base no art. 105, III, a e c, da CF/1988, contra acórdão que teve como indevido o pagamento de CSSL decorrente de operações com seus associados, uma vez que as receitas geradas pelas cooperativas através das práticas de atos cooperativos são isentas de qualquer tributo; e que os valores indevidamente recolhidos são compensáveis na forma da Lei n. 8.383/1991, independentemente de autorização administrativa.

O tema já foi objeto de apreciação por esta Corte Superior de Justiça:

‘Tributário. Contribuição Social sobre o Lucro. Cooperativas. Receita resultante de atos cooperativos. Isenção. Cabimento.

Os resultados decorrentes da prática de atos com não-associados das cooperativas estão sujeitos à tributação.

Os resultados positivos obtidos em decorrência das atividades regulares das cooperativas estão isentos do pagamento de tributos, inclusive da Contribuição Social sobre o Lucro.’ (REsp n. 170.371, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 14.6.1999).

‘Recurso especial. Tributário. Contribuição Social sobre o Lucro. Sociedade cooperativa. Não-incidência. Dissídio demonstrado e negativa de vigência a dispositivos de lei federal não configurada.

Descaracterizado o dissídio jurisprudencial, se as razões recursais não apontam precedente em sentido contrário ao acórdão recorrido.

Ao se decidir que as sociedades cooperativas não apuram resultados qualificados como lucros, mas sobras que, em princípio, devem retornar aos associados proporcionalmente às operações realizadas, observada foi a legislação, pois o fato gerador da contribuição consiste justamente na percepção do lucro.’ (REsp n. 171.800, rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 31.5.1999).

Para fins de compensação, procedido o lançamento por homologação, não há necessidade de prévio reconhecimento da autoridade fazendária ou de decisão judicial transitada em julgado. Precedentes:

REsp n. 215.838-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.1999; REsp n. 129.627-PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 25.10.1999; REsp n. 178.739-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 21.6.1999.

Forte nestas razões, *nego provimento* ao recurso, com espeque no art. 557, **caput**, do CPC.”

Aduz a Fazenda Nacional que a atual jurisprudência da Corte, em relação à tributação de cooperativas, caminharia em sentido oposto ao do consignado na decisão agravada, colacionando ementas de duas decisões proferidas pelo Ministro Garcia Vieira, a saber: REsp n. 191.424-RS, DJ de 15.3.1999, e EREsp n. 169.662-SP, DJ de 27.9.1999.

Acrescenta que o caso dos autos não configuraria hipótese de ato cooperativo, não se enquadrando no conceito fixado no art. 79 da Lei n. 5.764/1971. Em relação ao deferimento da compensação da contribuição indevidamente recolhida, sem necessidade de prévia intervenção da autoridade fazendária, nenhum inconformismo manifestou o Agravante.

Este o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Os autos versam sobre ação ordinária proposta por cooperativa rural, objetivando a declaração de inexistência de obrigação de pagamento de Contribuição Social sobre o Lucro sobre o resultado positivo obtido nas operações com seus associados, bem como o reconhecimento do direito à compensação das parcelas indevidamente recolhidas a esse título.

O acórdão recorrido, após fixar a definição de *ato cooperativo*, contida no art. 79 da Lei n. 5.764/1971, e, verificar, **in casu**, a prática exclusiva desta categoria de atos pela Cooperativa-autora, entendeu inócua hipótese de incidência de qualquer tributo, especialmente da Contribuição Social sobre o Lucro.

Vejam-se os seguintes excertos do acórdão:

“Desta forma, a interpretação dos dispositivos legais deixa claro que todas as receitas geradas pelas cooperativas através das práticas de atos cooperativos são isentas de qualquer tributo – e a Contribuição

Social sobre o Lucro tem natureza tributária. Somente os resultados obtidos com a prática de operações que não envolvam atos cooperativos estão sujeitos ao pagamento de tributo.

(...)

Conforme consta dos autos, a Autora opera somente com seus associados (art. 2º, incisos I a VII, fl. 14), voltadas à prática de atos cooperativos, não havendo previsão de venda ou prestação de serviços a pessoas estranhas ao quadro de associados, de forma que os resultados apresentados decorrem, exclusivamente, da prática de atos cooperativos. Não está, portanto, obrigada ao pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro” (fls. 64/65).

O recurso especial foi manifestado sob a alegação de negativa de vigência ao artigo 111 do Código Tributário Nacional, aos artigos 87 e 111 da Lei n. 5.764/1971, ao artigo 4º da Lei n. 7.689/1988, artigo 66 da Lei n. 8.383/1991, art. 39 da Lei n. 9.250/1995, artigos 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996 e divergência jurisprudencial.

A decisão agravada, fundada em jurisprudência dominante deste Tribunal, negou seguimento ao recurso consignando o entendimento de que a prática de atos cooperativos, ou seja, aqueles “praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais”, na dicção do art. 79, **caput**, da Lei n. 5.764/1971, não está sujeita à tributação.

O entendimento está em perfeita consonância com o tratamento constitucional dispensado às cooperativas e com a legislação aplicável à espécie, não merecendo o menor ajuste.

A Constituição Federal de 1988 dispensou tratamento especial às cooperativas, de modo a incentivar sua criação e desenvolvimento, em virtude de sua singular natureza.

Veja-se, a propósito, o inciso XVIII do art. 5º (que veda a interferência estatal no funcionamento das cooperativas, garantindo sua criação independentemente de autorização governamental); o § 2º do art. 174 (que prevê o apoio e o estímulo ao cooperativismo e outras formas de associativismo); § 3º do art. 174 (favorecendo a organização da atividade garimpeira em cooperativas); inciso VI do art. 187 (determinando que a política agrícola observe o cooperativismo), etc.

Quanto à matéria tributária, a Constituição Federal de 1988 fez expressa previsão de que o tratamento tributário das atividades das cooperativas (ato cooperativo) se dê por lei complementar que dispense “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas” (letra c, inc. III, art. 146, CF).

Tem-se, dessa forma, que a Constituição Federal erigiu como princípio tributário, o tratamento adequado às cooperativas, que, na autorizada lição de **Roque Antônio Carrazza** significa “*reconhecer as peculiaridades do ato cooperativo e, ao fazê-lo, eximi-lo, o quanto possível, de tributação.*” (Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª edição, Malheiros, São Paulo, p. 760).

No que concerne à Contribuição Social sobre o Lucro, o reconhecimento das peculiaridades do ato cooperativo implica a conclusão necessária da não-incidência de tal tributo nas operações entre as cooperativas e seus associados.

As cooperativas não objetivam lucro, já que constituídas para o auxílio dos cooperados. Tal fato decorre da própria definição da lei que as regulamenta, Lei n. 5.764/1971, já citada:

“Art. 3º. Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, *sem objetivo de lucro.*”

É novamente **Roque Carrazza** que consigna:

“Note-se que numa cooperativa (qualquer que seja) os associados visam a incrementos econômicos entre si. Mas isto não é lucro.

Com efeito, nenhuma cooperativa existe para criar riqueza e depois distribuí-la entre seus associados, na proporção de sua participação societária. Não. Visa, apenas, obter uma vantagem econômica para todos os membros do grupo que se uniu. Noutras palavras, os valores arrecadados pela cooperativa são transferidos aos cooperativados, deduzidas, apenas, as despesas de administração.

Isto já indica que as cooperativas, além de não obterem lucro, também juridicamente não faturam, isto é, não auferem proveito próprio, pelo resultado das atividades que promovem, em nome de seus associados.

Daí, a nosso ver, não incidirem sobre os atos cooperativos nem o IR, nem o PIS, nem a Cofins.” (Carrazza, *op. cit.*, p. 762).

Não havendo lucro na prática do ato cooperativo, não existe possibilidade material de haver recolhimento de tributo como a Contribuição Social sobre o Lucro, cujo fato gerador é, exatamente, a percepção deste. Veja-se que *não se trata de isenção tributária*, mas de *hipótese de não-incidência ou atipicidade*, pois não há ocorrência de fato algum que se subsuma à hipótese de incidência tributária.

Os precedentes colacionados na decisão agravada, concluem, com inequívoco acerto, no sentido mencionado. Tenha-se do REsp n. 171.800-RS, rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 31.5.1999:

“Ao se decidir que as sociedades cooperativas não apuram resultados qualificados como lucros, mas sobras que, em princípio, devem retornar aos associados proporcionalmente às operações realizadas, observada foi a legislação, pois o fato gerador da contribuição consiste justamente na percepção do lucro.”

Em decisão mais recente, assentou esta Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 215.311-MA, rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 11.12.2000, p. 188:

“Tributário. ISS. Cooperativa médica. Atividade empresarial.

1. *A cooperativa, quando serve de mera intermediária entre seus associados (profissionais) e terceiros, que usam do serviço médico, está isenta de tributos, porque exerce atos cooperativos (art. 79 da Lei n. 5.764/1971) e goza de não-incidência.*

2. *Diferentemente, quando a cooperativa, na atividade de intermediação, realiza ato negocial, foge à regra da isenção, devendo pagar os impostos e contribuições na qualidade de verdadeira empregadora.”*

Em relação aos atos praticados com não-associados ou aqueles alheios aos objetivos das cooperativas, o acórdão recorrido e os colacionados na decisão agravada, bem como aqueles citados no agravo, contêm a ressalva expressa de que estariam sujeitos à tributação. Não houve, em nenhum aspecto, modificação do entendimento deste Superior Tribunal.

A afirmação permite concluir que o Agravante, em realidade, pretende reexame de provas, quando afirma que os atos praticados pela Recorrida não se enquadrariam na definição de ato cooperativo, do art. 79 da Lei n. 5.764/1971, como restou consignado no acórdão recorrido. Obviamente, a pretensão é inviável em sede de especial, a acarretar a incidência da Súmula n. 7-STJ.

Quanto ao deferimento da compensação das contribuições recolhidas indevidamente, não existe necessidade de pronunciamento, pois o Agravante não manifestou nenhum inconformismo quanto a este aspecto, como ressaltado.

Posto isto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO-PRELIMINAR-VENCIDO

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

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

Indago, qual o objeto do agravo? O mérito da causa? Nos termos do § 1º, não. É que, se “provido o agravo, o recurso terá seguimento”. Qual recurso? Por certo, o recurso especial, pois o agravo já terá sido provido.

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

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

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

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 263.173 – GO

(Registro n. 2000.0058853-9)

Relator: Ministro Paulo Medina
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: Município de Itapirapuã
Advogado: José dos Reis Gomes de Almeida
Interessado: Ministério Público do Estado de Goiás

EMENTA: Administrativo – Processo Civil – Ação civil pública.

1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre Poderes (art. 2º, CF).

2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.

3. A condenação em obrigação de fazer ou não fazer, prevista no art. 3º da Lei n. 7.347/1985, não pode suplantiar a harmonia e independência entre os Poderes.

4. Ao Poder Executivo cabe a análise da conveniência e oportunidade da realização de obras públicas.

5. Impossibilidade do Juiz erigir critérios de administração.

6. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministra Eliana Calmon, Presidenta.

Ministro Paulo Medina, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de agravo regimental apresentado pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática proferida pela Ministra Nancy Andrighi, que negou provimento ao recurso especial manifestado contra acórdão da Terceira Turma julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás.

O acórdão do TJGO foi proferido em ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Goiás contra o Município de Itapirapuã visando compelir a Municipalidade à construção de aterro sanitário para acolhimento do lixo urbano. O órgão colegiado posicionou-se no sentido de que a Administração Pública pode figurar como parte passiva em ação civil pública, vindo, eventualmente, a ser condenada ao cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, nos termos do art. 3º da Lei n. 7.347/1985. No entanto, fixou limites à atividade jurisdicional, no que concerne a eventuais condenações da Fazenda, a serem efetivadas de forma que não agridam ao princípio da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF), que não invadam área de exercício de poder discricionário do Executivo e que obedçam à necessidade de existência de previsões orçamentárias.

O recurso especial aviado pelo Ministério Público alega ter o acórdão recorrido negado vigência ao art. 3º da Lei n. 7.347/1985 e ainda, divergência jurisprudencial, destoando a decisão recorrida de acórdão desse STJ, proferido no REsp n. 88.776, rel. Min. Ari Pargendler.

O recurso foi inadmitido na origem, mas por decisão proferida em agravo de instrumento veio a este Tribunal para análise. Examinando o REsp, a Ministra Nancy Andrighi negou-lhe provimento, como ressaltado, em decisão do seguinte teor:

“(...) A pretensa violação ao art. 3º da LACP não ocorreu porque o v. acórdão recorrido não sustenta a impossibilidade de se exigir o cumprimento de obrigação de fazer em sede de ação civil pública, mas, ao contrário, pondera a respeito da dotação orçamentária e da independência dos Poderes constituídos. Veja-se o teor da ementa:

‘Apelação cível. Ação civil pública para compelir a Administração Municipal à obrigação de fazer.

I – É certo que, consoante disposições da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a ação civil pública poderá ter por objeto

a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, e que a Administração Pública, eventualmente, estará legitimada para figurar no pólo passivo dessa ação.

II – Os atos administrativos podem, entre outras classificações, ser vinculados ou discricionários. A vinculação ou atuação vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto, ao passo que discricionários são os atos praticados conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Os atos vinculados são estritamente regradados em todos os seus elementos, enquanto os discricionários podem ofertar certa dose de liberdade ao agente público, especialmente no que toca à conveniência e oportunidade, elementos do chamado mérito administrativo.

III – Ao Poder Judiciário não é dado, sob pena de intromissão indevida, estabelecer a prioridade para construção de obra pública, se a sua realização está sujeita aos critérios discricionários do administrador.

IV – Apelação conhecida e improvida.’

Mesmo quanto ao dissídio jurisprudencial, é necessário que se vislumbre plausibilidade na tese de ofensa à legislação federal, o que incoorreu. Por outro lado, a hipótese colacionada é diversa, e excepcional, não guardando a devida similitude, pois trata de obra de aterro sanitário em presídio, com natureza acessória, de uma outra obra pública já construída, a fim de lhe dar funcionalidade e dignidade aos presos.

A jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça também não ampara o Recorrente. Veja-se:

‘Administrativo. Processo Civil. Ação civil pública.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade do Juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender a projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

7. Recurso provido.' (REsp n. 169.876, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 21.9.1998).

'Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

I – O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual, e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

II – A Constituição Federal e, em suas águas, a Constituição do Estado de Goiás são dirigentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as 'tarefas' e 'programas' preestabelecidos) e para o Judiciário ('atualização constitucional').

Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro, assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

III – Recurso especial não conhecido.’ (rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 20.5.1996).

Portanto, o v. acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte, motivo pelo qual *nego* provimento ao recurso, com espeque no art. 557, **caput**, do CPC.”

O Ministério Público Federal manifestou o presente agravo regimental, aduzindo, em síntese: a) que o Judiciário poderia condenar o Estado a uma obrigação de fazer, num processo de ação civil pública, desde que esta objetivasse a tutela à saúde, meio ambiente, consumidor, etc.; b) que a questão orçamentária aventada na decisão não prosperaria porque a decisão judicial seria implementada com obediência ao instituto da programação orçamentária; c) que o Ministério Público deveria atuar na implantação das políticas públicas impositivas ao administrador; d) que o paradigma colacionado se adequaria perfeitamente ao caso, não havendo razão para a distinção procedida pela decisão; e) que seria possível a figuração do Poder Público no pólo passivo de ação civil pública dirigida à reparação do meio ambiente.

Este o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): O acórdão proferido pelo TJGO não importou em negativa de vigência ao art. 3^a da Lei n. 7.347/1985, o que foi percebido, com clareza, pela decisão agravada, que não merece reparo.

A decisão limitou-se a dar correta interpretação ao dispositivo legal, fixando o seu alcance em consonância com a estrutura organizacional fixada na Constituição Federal.

Como primeira expressão do direito na ordem cronológica, a Constituição define o arcabouço da organização política, instituindo os Poderes

Públicos e definindo-lhes as competências. A Constituição Federal de 1988 consagrou, como princípio fundamental, o princípio da separação dos Poderes (art. 2^o), adotando-o como modelo organizatório das funções dos Poderes.

O princípio da separação dos Poderes, que são harmônicos e independentes entre si, importa a conclusão de que cada um desses Poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo) desenvolve funções precípuas, o que deve ocorrer sem interferência indevida de qualquer uma das esferas nas demais.

Nesse diapasão é que compete ao Poder Executivo, precipuamente, o exercício da atividade ou função administrativa, que engloba a execução dos serviços públicos e o regular andamento das obras públicas. Assim é que, observadas as disposições legais, incumbe ao Executivo, no desempenho de suas funções, avaliar e sopesar as medidas que devam ser tomadas para atender de forma melhor e menos onerosa ao interesse público.

A “função jurisdicional”, afeta ao Poder Judiciário, em sede de divisão tripartite do Poder, consiste em “dizer o direito” ao apreciar conflito de interesses que lhe for submetido. No exercício dessa função, o Poder Judiciário deve observância, em primeiro lugar, aos princípios constitucionais que determinam todo o delineamento da ordem jurídica, não podendo extrapolar dos limites lógicos decorrentes da aplicação desses princípios.

Assim, no caso tratado, o Judiciário deve proceder à análise do art. 3^o da Lei n. 7.347/1985, reputado violado, em consonância com as normas constitucionais indicadas, o que significa que seu pronunciamento não pode importar, em hipótese alguma, em violação à independência entre os Poderes.

O controle jurisdicional não pode significar que o Judiciário substitua o Executivo na execução de atividades de administração, erigindo e priorizando critérios que não são os do administrador, mas os do julgador.

No caso dos autos, se houvesse a condenação do Poder Executivo Municipal à realização da obra, haveria invasão de área de competência do Executivo, inserta, inclusive, no âmbito da discricionariedade administrativa.

Com efeito, cumpre ao Poder Executivo Municipal, a avaliação da conveniência e oportunidade das medidas a serem adotadas para a solução da questão ambiental tratada nos presentes autos. Tais medidas não prescindem de definição de questões técnicas, cuja competência para análise o Judiciário não possui. Como bem ressaltado, a realização da obra importa, inclusive, exame e análise de existência de verbas e programação orçamentária,

em conformidade com as leis financeiras, o que não é suprido por decisão judicial.

É o eminente **Seabra Fagundes**, no clássico *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, que aponta a necessidade de existência de limites à apreciação judicial do ato administrativo, pela própria natureza das funções exercidas pelos Poderes:

“Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e conseqüências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às conseqüências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente.”

A jurisprudência nacional é pacífica na vedação da subversão dos Poderes constituídos, decidindo este egrégio Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, que:

“restrito ao exame da legalidade do ato, não é permitida a perquirição judicial sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, nessas hipóteses, emitindo-se manifestação de administração e não de jurisdição reservada ao Poder Judiciário.” (RMS n. 628-0-RS, STJ, Primeira Turma, rel. Ministro Milton Pereira, RSTJ 75/136).

Do voto do relator, Ministro Milton Pereira, extrai-se o seguinte:

“Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legitimidade, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ele se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com a conveniência do governo ou com elementos

técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a confirmação do ato com a lei escrita, ou na sua falta, com os princípios gerais do Direito, como ensina **Hely Lopes Meirelles**, in *Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª ed., RT, p. 682.” (fls. 71 a 73).

O precedente mencionado na decisão agravada, da lavra do Ministro José Delgado, REsp n. 168.876-SP, precisa bem a questão. Com agudeza, fixa o acórdão que *“as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes”*.

Em lição magistral, aduz ainda o relator:

“O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensas aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém, é, em substituição à atividade administrativa do Poder Executivo, determinar que sejam executados.

(...) Em outras palavras, o controle exercido pelo Poder Judiciário é sobre o atuar do Poder Executivo, fazendo com que ele obedeça, no exercício de tal ação, aos princípios impostos pelo ordenamento jurídico: legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade e, em determinadas situações, o controle do mérito.”

Posto isto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO-PRELIMINAR-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Srs. Ministros, fico vencido. E o faço por entender inconstitucional o § 1º-A do art. 557 do CPC.

Penso que infringe a Constituição, negando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos julgamentos e a presença do advogado na Tribuna.

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

Indago, qual o objeto do agravo? O mérito da causa? Nos termos do § 1^a, não. É que, se “provido o agravo, o recurso terá seguimento”. Qual recurso? Por certo, o recurso especial, pois o agravo já terá sido provido.

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

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

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

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 12.572 – GO

(Registro n. 2002.0033208-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Newton Emerson Pereira
Advogados: Sérgio de Araújo Lopes e outros
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 1^a Região
Paciente: Newton Emerson Pereira

EMENTA: Processo Civil – Execução fiscal – Recurso ordinário em **habeas corpus** – Prisão civil – Depositário infiel – Bem perecível.

1. Desídia do depositário do bem perecível em não oferecê-lo para alienação antecipada ou substituí-lo pelo seu valor.
2. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso. Vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz e Paulo Medina. Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília-DF, 6 de junho de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

Publicado no DJ de 5.8.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: 1. O TRF da 1ª Região, julgando **habeas corpus** impetrado por Newton Emerson Pereira, contra decisão do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, que está a ameaçar o Paciente por ser depositário infiel, denegou a ordem com base em julgados do STF, em decisão assim ementada:

“**Habeas corpus**. Depositário infiel. Bem fungível. Ameaça de prisão.

I – tendo havido penhora de bem fungível e não tendo o depositário garantido sua conservação, ou devolvido o equivalente em dinheiro na época da devolução, cabível sua prisão.

II – Ordem denegada.”

2. Interpõe o Paciente o presente recurso ordinário, narrando os fatos que dão suporte a este *writ*, os quais podem ser assim resumidos:

a) que na execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional contra a empresa Boivet Indústria e Comércio de Produtos Veterinários Ltda, foram penhorados duzentos e seis sacos de suplemento mineral para nutrição de animais, ficando os bens sob a responsabilidade do Paciente;

b) o produto é perecível, com validade de um ano apenas, e a execução teve o seu trâmite muito demorado por várias razões, dentre as quais, a oposição de embargos, e a situação da empresa, que entrou em concordata e depois em falência, tendo encerrado as atividades empresariais em 17.7.1997, e

c) que os bens, depois de tantos anos, pereceram, não sendo entregues à Justiça quando procurados.

Culpa o Recorrente a demora da Justiça pelo perecimento dos bens penhorados, o que o desobriga do dever de guarda.

Invocando precedentes jurisprudenciais, pugna pela concessão do *writ*.

3. O Ministério Público Federal, ouvido, opinou pelo improvimento do recurso, assim resumindo a espécie:

“1. Processual Civil. Execução fiscal. Recurso ordinário em **habeas corpus**. Prisão civil. Bem fungível. Depositário infiel.

2. Ilegalidade da decretação da prisão civil não configurada. Irrelevante tratar-se de bem fungível. Negligência da paciente em informar ao juiz da causa para desonerar-se do perdimento do bem, substituí-lo por outro bem em garantia ou pagar o valor da dívida.

3. Precedentes: RHCs n. 11.655-PR e 10.609-RS.

4. Parecer pelo conhecimento do RHC e, no mérito, pelo desprovimento.”

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Nada justifica a desídia e descumprimento da obrigação do depositário que, à vista das dificuldades da empresa e da demora no procedimento da ação fiscal, deveria ter se desobrigado do **munus**, oferecendo a coisa que estava em sua guarda para alienação antecipada.

Por fim, mesmo que a entrega fosse inviável, caberia ao depositário substituir o bem pelo seu valor.

Dentro deste entendimento, nego provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Pedi vista dos autos face à divergência do voto da ilustre Relatora com a jurisprudência dominante neste STJ, no sentido de que, tratando-se de bens fungíveis e consumíveis aplicam-se à penhora com depósito as regras do mútuo, sendo incabível a prisão do devedor.

Filio-me à corrente dominante por entender ignominiosa a prisão por dívida. Assim, adotando os precedentes firmados nos RHCs n. 10.235-MG, da relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (DJ de 23.10.2000); 14.299-SC, rel. Min. Barros Monteiro (DJ de 18.12.2000); AgRg no REsp n. 331.363-MG, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira (DJ de 18.2.2002); HC n. 9.346-SP, rel. Min. Ari Pargendler (DJ de 3.11.1999), todos proclamando que em havendo depósito de coisas fungíveis, a infidelidade do depositário não justifica a prisão civil, peço vênia à ilustre Relatora para, dela divergindo, conhecer e dar provimento ao recurso.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 11.589 – SC**

(Registro n. 2000.0017521-8)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrentes: Ceres Cavalcanti de Albuquerque e outro
Advogados: Ceres Cavalcanti de Albuquerque (em causa própria)
e outro
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Rio do Sul-SC
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Procuradores: Mauro José Deschamps e outros

EMENTA: Recurso ordinário – Mandado de segurança impetrado contra ato de Magistrado – Advogado – Autorização para a retirada de autos de cartório – Provimento n. 90/1998 – Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – Pessoa de confiança processada por crime de desacato – Revogação da autorização pelo Juiz – Impossibilidade.

Ao regular a atividade da secretaria da Vara na qual oficiava, o MM. Juiz de 1^º grau age como autoridade administrativa, submetido, portanto, às regras do Direito Administrativo. Dessa forma, tem inteira pertinência a antiga máxima, pela qual, se o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração somente poderá fazer aquilo que a lei determina.

O Provimento n. 90/1998 expressamente permite a autorização, pelo advogado, para que qualquer pessoa pudesse, sob sua responsabilidade, retirar autos.

Entre a norma e o fato (pretensão do advogado em autorizar a retirada por pessoa de sua confiança), há inequívoca vinculação. Se o ato normativo não protegia de maneira adequada o interesse público, deveria ser desconstituído ou modificado pelas vias próprias, mas nunca aplicado de maneira restritiva pelo Magistrado, que, convém repetir, exercia na ocasião função administrativa, não jurisdicional.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 1.7.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Ceres Cavalcanti de Albuquerque e Allan Cavalcanti de Albuquerque Olstan impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Ex.^{mo} Sr. Juiz da 1^a Vara Cível da Comarca de Rio do Sul, para que fosse garantido o direito da primeira, advogada, em autorizar seu funcionário e filho, o segundo, a retirar autos

da secretaria da Vara, como lhe permitia o Provimento n. 90/1998, da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não obstante a existência de processo criminal contra aquele.

A liminar foi indeferida (fl. 18).

Encerrada a instrução processual, o egrégio Tribunal do Estado de Santa Catarina houve por bem denegar a ordem, proferindo acórdão assim ementado:

*“Mandado de segurança. Permissão para a retirada de processos do cartório. Cassação. Imputação, ao autorizado, da autoria de fatos desabonadores. Revogabilidade do ato lastreada na quebra de confiança, revogável **ad nutum**. Poder-dever do togado, investido do **munus** de administrador. Interesses da ordem pública, sociedade e justiça. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder (Lei n. 1.533/1951, artigo 1^o). Ordem denegada.”* (fl. 120).

Irresignados, opuseram os Impetrantes embargos declaratórios, rejeitados, todavia, pelo Tribunal **a quo**:

“Embargos declaratórios. Vedação da retirada de autos de cartório. Questão afeta aos motivos que ensejaram o impedimento ao autorizado. Constituição Federal, Estatuto da OAB e Provimento n. 90/1998 da Corregedoria Geral da Justiça. Medida administrativa disciplinadora de natureza provisória. Autorização cassada no interesse da ordem pública, sociedade e justiça. Hipótese de omissão repelida. Erros. Juízo de convicção. Apoio em premissas equivocadas. Manifestação do acórdão em sintonia com o resultado do julgamento. Requisitos do artigo 535. Ausência. Rejeição.” (fl. 138).

Inconformados com esse resultado, interpuseram os Impetrantes recurso ordinário, pleiteando seja reformada a decisão proferida pelo Tribunal **a quo** e restaurado o ato que concedeu o direito à primeira-recorrente a autorizar a retirada de autos pelo segundo, sob sua responsabilidade.

Contra-razões (fls. 182/184).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso (fls. 198/208).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Tratam os autos da questão de saber se decisão de natureza administrativa proferida por Juiz de Direito pode extrapolar o conteúdo de provimento editado pela Corregedoria do Tribunal.

O Provimento n. 90, de 12 de novembro de 1998, assinado pelo Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, dispõe que:

“Art. 1º. A retirada de autos cíveis de cartório é reservada a advogados, estagiários regularmente inscritos na OAB, constituídos procuradores de alguma das partes, além de pessoas expressamente autorizadas por escrito pelo advogado, sob sua responsabilidade.

Art. 2º. Em caso de tramitação mediante segredo de justiça, o seu exame, em cartório, é restrito aos advogados, ressalvadas informações às partes.

(...)

Art. 4º. Em matéria penal, a carga poderá ser efetuada, também, somente por advogado ou estagiário regularmente inscritos na OAB, mesmo sem procuração, se o acusado indicar defensor no interrogatório ou em qualquer ocasião que comparecer em juízo, bem assim de terceiros expressamente autorizados por escrito pelo advogado, sob sua responsabilidade.”

O Juízo de 1ª grau, por seu turno, não obstante a permissão conferida pelo referido provimento, houve por bem revogar o ato que deferira o pedido formulado por Ceres Cavalcanti de Albuquerque para que Allan Cavalcanti de Albuquerque Olstan retirasse autos do Cartório da 1ª Vara em seu nome e sob sua responsabilidade (fl. 11). Esclareceu o ínclito Magistrado, nas informações, que:

“Tratou-se de medida preventiva que levou em conta os interesses da ordem pública, da sociedade e da Justiça, que estão sempre acima de qualquer interesse pessoal. O que diria o cidadão rio-sulense, ávido por descobrir escândalos, sumamente atento à correção dos atos administrativos de todos os Poderes, se já na segunda-feira seguinte ao episódio tido por desabonador, visse o indigitado solto sob fiança transportando processos judiciais pelas ruas da cidade, sob plena autorização do Juízo?”

O douto Colegiado **a quo** reforça essa fundamentação, ao mencionar que:

“(...) Nem a edição do provimento nem a interpretação conferida pelos Impetrantes às referidas normas são aptas a desconstituir os critérios de que se valeu o Juiz, que, para tal desiderato, invocou outras, sobrepondo os interesses particulares da causídica e de seu filho. Neste contexto, e ainda que venha a ser absolvido, o envolvimento do segundo impetrante nos fatos narrados na peça acusatória era fator que incitava certo receio em relação à confiança que se lhe havia sido depositada, pois deixou antever, quando menos, seu despreparo frente a determinadas responsabilidades.” (fls. 123/124).

Consoante se pode observar pela leitura da narrativa supra, total razão assiste aos Recorrentes.

Ao regular a atividade da secretaria da Vara na qual oficiava, o MM. Juiz de 1ª grau age como autoridade administrativa, submetido, portanto, às regras do Direito Administrativo. Dessa forma, tem inteira pertinência a antiga máxima, pela qual, se o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, a Administração somente poderá fazer aquilo que a lei determina.

O Provimento n. 90/1998 expressamente permite a autorização, pelo advogado, para que qualquer pessoa pudesse, sob sua responsabilidade, retirar autos. Assim, nenhuma restrição pode ser imposta, a não ser a relacionada com a própria movimentação dos autos. Quer dizer, limitações ou cessações poderiam ser impostas, desde que ocorridas na retenção indevida dos autos, extravio, etc., pois, não há perder de vista que a responsabilidade pela autorização é do advogado, a quem somente poderão ser carregadas as penalidades previstas em lei.

Trata-se, portanto, de ato vinculado, pois que pelo referido provimento, a autoridade administrativa declarou, de maneira explícita, a sua vontade de permitir a retirada de autos em tais condições. Daí decorre que, do confronto entre a norma e o fato (pretensão do advogado em autorizar a retirada por pessoa de sua confiança), há inequívoca vinculação. Se o ato normativo não protegia de maneira adequada o interesse público, deveria ser desconstituído ou modificado pelas vias próprias, mas nunca aplicado de maneira restritiva pelo Magistrado, que, convém repetir, exercia, na ocasião, função administrativa, não jurisdicional.

Consoante bem lembrou o nobre representante do Ministério Público Federal:

“A rigor, qualquer providência no sentido de restrição ao direito do 2º impetrante deveria, a nosso sentir, decorrer de ato dessa Autoridade e não do Juiz da 1ª Vara da Comarca de Rio do Sul-SC. A competência para instaurar a ação disciplinar não deve ser confundida com a competência do órgão que forma juízo sobre o fato e a conduta do apontado infrator, e a eventual aplicação de sanções.

A Lei de Organização Judiciária dispõe sobre a competência dos Juízes de Varas, dos Diretores de Foro e dos Corregedores, que se sobrepõem à ordem hierárquica, quanto ao poder disciplinar.

O Provimento é ato administrativo diretamente expedido por S. Ex.ª o Corregedor-Geral de Justiça, ato que deve ser cumprido pelos demais Juízes Titulares de Varas.

A aplicação restritiva do provimento não pode ficar a libido da autoridade hierarquicamente inferior, de sorte a considerar fatos isolados ocorridos sem nenhuma vinculação com a matéria tratada no ato regulamentador para justificar a aplicação de sanções não previstas no citado provimento.” (fls. 205/206).

Evidente, portanto, a violação ao direito da advogada em autorizar qualquer pessoa de sua confiança a retirar os autos e, em consequência, o desrespeito ao direito do 2º impetrado em, uma vez autorizado, utilizar tais poderes, motivo pelo qual impõe-se a reforma do acórdão recorrido para que seja concedida a ordem.

Diante do exposto, dou provimento ao presente recurso.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.750 – GO

(Registro n. 2000.0022492-8)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Cooperativa Mista dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano Ltda
Advogados: Dejjane Mara Maffissoni e outros

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Goiás
Recorrido: Estado de Goiás
Procuradores: Tomáz de Aquino Petraglia e outros
Sustentação oral: Ricardo de Paiva Leão (pelo recorrente)

EMENTA: RMS – Tributário – Denúncia espontânea – Parcelamento da dívida – Compensação tributária da multa moratória – Reconhecimento de sua cobrança indevida – Impossibilidade – Precedentes do STJ.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 378.795-GO, asse-ntou o entendimento de que o benefício concedido pelo art. 138 do CTN não incide nos casos em que o contribuinte opta pelo paga-mento parcelado de seu débito junto ao Fisco.

2. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Vota-ram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Presidiu a sessão a Sra. Minis-tra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Cooperativa Mista dos Produtores Rurais do Sudoeste Goiano Ltda, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou a segurança pretendida pela ora recorrente.

Noticiam os autos que a Impetrante requereu à Delegacia Fiscal em Rio Verde-GO, o parcelamento do pagamento do ICMS, referente aos meses

de agosto, setembro, outubro e novembro do ano de 1995, por meio de denúncia espontânea, o qual foi aprovado e concedido pela Administração. Parcelado o débito fiscal, os valores do imposto espontaneamente denunciado foram pagos com os acréscimos de juros moratórios e multa de mora.

Posteriormente, a Cooperativa requereu, administrativamente, junto ao órgão fazendário, a devolução dos valores pagos a título de multa de mora, obtendo resposta negativa ao seu pleito. Sendo assim, impetrou ação mandamental

O Tribunal de origem decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

“Mandado de segurança. Direito à compensação de crédito tributário. Nos termos da Súmula n. 213 do STJ, é o mandado de segurança a via própria para a declaração do direito à compensação tributária. Contudo, o crédito tributário do sujeito passivo deve ser revestido de certeza e liquidez conferida pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás, em procedimento administrativo apropriado. É de se reconhecer a carência de ação, em face da impossibilidade jurídica do pedido, visto a impossibilidade de se declarar o direito à compensação de crédito tributário, quando o impetrante não faz prova juntamente com a exordial da certeza e liquidez de seu crédito, já que não é defeso ao Poder Judiciário suprimir a apreciação da Corte de Contas, principalmente pela via mandamental, por não comportar dilação probatória. Segurança denegada.”

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso ordinário, sustentando, em suas razões, que tem direito à compensação dos valores pagos a título de multa de mora, no valor de R\$ 207.097,57 (duzentos e sete mil, noventa e sete reais e cinquenta e sete centavos), que lhe foi cobrado indevidamente, em face da ilegalidade desta exigência tributária, nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional.

Aduziu, por fim, que o mandado de segurança é reconhecidamente cabível e adequado para que o jurisdicionado pleiteie a compensação de tributos, a teor da Súmula n. 213 do STJ (fls. 120/150).

A Procuradoria Fiscal do Estado de Goiás ofereceu oportunamente contra-razões, alegando, em síntese, a impropriedade da ação mandamental, pois almeja a Recorrente na hipótese a obtenção de efeitos patrimoniais, o que é vedado a teor do art. 15 da Lei n. 1.533/1951 e pela Súmula n. 269 do STF.

Defendeu, ainda, que a compensação dos tributos contraria o disposto

no art. 100 da Constituição Federal, como também a empresa não observou as exigências da legislação estadual, como a exigência da manifestação do Tribunal de Contas do Estado sobre a certeza e a liquidez do crédito, para fazer jus à compensação tributária (fls. 156/164).

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso para que seja assegurado à Recorrente o direito de compensação relativa ao valor pago a título de multa de mora, devidamente corrigido pelo índice de correção monetária utilizado para os débitos tributários estaduais (fls. 188/193).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O inconformismo não merece prosperar.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. n. 378.795-GO, de relatoria do eminente Ministro Franciulli Netto, assentou o entendimento de que, nos casos em que há parcelamento do débito tributário, o benefício da denúncia espontânea não deve ser aplicado, visto que o parcelamento do tributo não substitui o pagamento exigido pelo art. 138 do CTN.

Assim consignou o Ministro Franciulli Netto, em seu voto, sobre a matéria:

“(...) A noção de adimplemento, reitero, redundando na satisfação integral do credor. Não foge a essa compreensão o dispositivo previsto no Código Tributário Nacional, no que toca à denúncia espontânea. A quitação há de ser integral, apta a reparar a delonga do contribuinte.

Há mora para quem está pagando em prestações, pois o cumprimento da obrigação foi desmembrado, e só será quitada, a obrigação, quando satisfeito integralmente o crédito. O parcelamento, pois, não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas (art. 158, I, CTN).”

Nesse mesmo sentido, confira-se:

“Ementa: Tributário. Denúncia espontânea. Parcelamento da dívida. Impossibilidade de excluir a multa moratória.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 378.795-GO, assentou o entendimento de que o benefício concedido pelo art. 138 do CTN não incide nos casos em que o contribuinte paga o seu débito parceladamente.

(...)

5. Agravo regimental provido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora.” (AgRg no REsp. n. 396.248-SC, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.9.2002, p. 187).

Ante o todo exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.526 – DF

(Registro n. 2000.0112881-7)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrentes: Andréa Leão Tavares e outros
Advogado: Sérgio Ricardo da Silva
Tribunal de origem: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Impetrado: Juízo Federal Diretor do Foro da Seção Judiciária do Distrito Federal
Recorrida: União

EMENTA: Previdenciário – Contribuição – Servidores comissionados – Base de cálculo – Lei n. 9.783/1999.

1. Os servidores que exercem cargos em comissão, funções comissionadas ou gratificadas, pela Lei n. 9.783/1999 (art. 2º), passaram a recolher com base na remuneração e mais o valor da função, mesmo não integrando a gratificação a base de cálculo para a auferição dos futuros proventos.

2. Entendimento administrativo do STJ no sentido de só fazer incidir a contribuição sobre os vencimentos do cargo efetivo, porque

suspensa a eficácia do art. 2º da Lei n. 9.783/1999 pelo STF (ADIn n. 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello).

3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 28 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

Publicado no DJ de 5.8.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso ordinário interposto de acórdão assim ementado:

“Constitucional. Contribuição social. Servidor público. Função comissionada. Princípios da isonomia e da vedação ao confisco. Violação. Inexistência.

1. A exigência da contribuição social sobre os valores recebidos em decorrência do exercício de função comissionada ou gratificada, por atender à proporcionalidade e à capacidade contributiva, absorvendo apenas uma parcela da renda do contribuinte, está em consonância com os princípios constitucionais da isonomia e vedação ao confisco. Precedente da Segunda Seção (MS n. 1999.01.00.084987-0-BA).

2. Segurança denegada.” (fl. 81).

Sustentam os Recorrentes, em síntese:

a) com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, houve alteração no art. 40 da CF, passando a contribuição previdenciária dos servidores públicos a ter caráter contributivo e, por isso, deve haver correspondência entre a contribuição e o benefício a ser gozado quando da aposentadoria;

b) dentro da linha de raciocínio do caráter contributivo e atuarial do regime da previdência social do servidor público, se os valores correspondentes ao exercício de funções comissionadas não serão incorporados para fins de aposentadoria, também não poderão compor a base de cálculo da contribuição previdenciária;

c) há exceção quanto às parcelas incorporadas a título de função comissionada, nos termos da Lei n. 9.527/1997, uma vez que tais parcelas integrarão o benefício da aposentadoria;

d) por tais razões, o art. 1º da Lei n. 9.783/1999 viola o art. 40 da CF, na redação conferida pela Emenda Constitucional n. 20/1998;

e) o STF, na ADIn n. 790-4, já examinou tese semelhante, e

f) a persistir a sistemática, a exação deixará de ser contribuição para se configurar imposto, nos termos do art. 16 do CTN e, portanto, dependeria de lei complementar para sua instituição (art. 154, I, da CF), sem o que ocorreria verdadeiro confisco (art. 150, IV, da CF) ou, no mínimo, redução de vencimentos (art. 37, XV, da CF).

Ao final, pede a reforma do acórdão, diante da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.783/1999.

Com as contra-razões, subiram os autos, opinando o Ministério Público Federal pela manutenção do julgado.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Questiona-se neste recurso a inconstitucionalidade da Lei n. 9.783/1999, que tratou da contribuição previdenciária paga pelos servidores públicos, incluindo-se na base de cálculo os valores recebidos a título de função de confiança.

Alegam os Recorrentes que, estando limitados os proventos à remuneração do cargo efetivo, como estabelecido na CF/1988 (art. 40, §§ 2º e 3º), não se pode aceitar que os servidores contribuam sobre base de cálculo que não lhes beneficiará quando da aposentação.

Em outras palavras, pretendem os Impetrantes afastar o desconto da contribuição previdenciária, previsto na Lei n. 9.783/1999, das parcelas recebidas em razão do exercício de cargo em comissão, funções comissionadas ou gratificadas, em face da exclusão das mesmas do sistema de aposentadorias

e pensões (arts. 40, §§ 2º e 3º; 149, parágrafo único; 150, II; 195, § 5º; 201 e 202 da CF/1988; Leis n. 9.527/1997, art. 18, e 9.783/1999).

Tenho ponto de vista firmado em votos anteriores, sobre o tema, nos quais expressei o meu entendimento, no sentido de entender compatível que sejam os proventos concedidos com base na remuneração de cargo efetivo, enquanto incida a contribuição previdenciária sobre o total da remuneração, incluindo nela a gratificação pelo cargo em comissão, mesmo que não sirva a gratificação de parâmetro para os futuros proventos.

Argumentei na oportunidade do julgamento do REsp n. 12.474-DF:

“Dentro de um sistema social justo, é natural que pague mais quem ganhe mais, com expectativa, inclusive, de levar para a aposentadoria a vantagem, se incorporada.”

Desta forma, foi esboçado o meu entendimento no resumo seguinte:

“Administrativo. Servidor público. Contribuição previdenciária: Lei n. 9.783/1999. Função comissionada.

É legal a base de cálculo da contribuição previdenciária pela total remuneração do servidor público, como sói acontecer com os trabalhadores brasileiros em geral, não sendo empecilho a possibilidade de serem os proventos calculados com base na remuneração do cargo efetivo.”

Neste sentido foram os julgados da Primeira Turma, como demonstra o aresto seguinte:

“Previdenciário. Mandado de segurança. Contribuição. Servidores com gratificação ou exercendo cargos em comissão.

1. Não há amparo do ordenamento jurídico à pretensão de servidores públicos que recebem gratificações ou que exerçam cargos em comissão de não recolherem contribuição previdenciária.

2. A Lei n. 9.783, de 28 de janeiro de 1999, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos ativos e inativos, só excluiu as diárias para viagens, desde que não excedam cinquenta por cento da remuneração mensal, a ajuda de custo em razão de mudança de sede, a indenização de transporte e o salário-família (art. 1º, parágrafo único).

3. O Poder Judiciário não pode conceder isenção por interpretação jurisprudencial.

4. Recurso improvido.” (RMS n. 12.492-DF, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 23.4.2001).

No mesmo diapasão, decidiu o Ministro Francisco Falcão, no RMS n. 12.356-DF, argumentando:

“A Emenda Constitucional n. 20, apesar de ter alterado o sistema de previdência social, não restringiu a contribuição previdenciária unicamente sobre os valores referentes aos cargos permanentes.

A Previdência Social não é limitada à aposentadoria, mas, também, a uma série de serviços que o servidor comissionado tem direito, tais como, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, licença-paternidade, licença por acidente de serviço, etc.

Por sua vez, o art. 195, § 5º, da Constituição Federal, determina que nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Nesse contexto, impossível o oferecimento dos serviços acima elencados sem uma contraprestação que assegure a fonte de custeio respectiva.

Nessa perspectiva, não vislumbro o alegado direito líquido e certo a ser protegido por meio de mandado de segurança.”

Ocorre que esta Corte, enfrentando questão idêntica na esfera administrativa, Processo STJ n. 1.014/1999, decidiu de forma inversa, no sentido de que os servidores deste Tribunal não sofram o desconto questionado na retribuição pecuniária das suas atribuições comissionadas.

Com efeito, ficou estabelecido no processo administrativo já mencionado:

“De acordo com o entendimento da Dilep, o termo remuneração, inserido nos incisos do dispositivo transcrito, induziria a incidência dos percentuais temporários sobre todas as parcelas que compõem o conceito, incluindo a retribuição devida pelo exercício de função comissionada.

Entretanto, defendendo tese oposta, a titular da Secretaria de Recursos Humanos, em razão da natureza da contribuição, entende

aplicável a esses percentuais a mesma base de cálculo utilizada no percentual fixo, ou seja, o novel conceito 'remuneração de contribuição'.

Para solucionar a questão, inicialmente, é salutar a lembrança de que a interpretação de uma norma não deve se limitar à simples investigação do sentido literal das palavras nelas contidas. O processo interpretativo será sempre deficiente se realizado com foco em apenas um dos métodos disponíveis para tanto. Daí porque é pacífico que a aplicação mais desejável da lei far-se-á por meio da combinação de elementos integrantes de todas as espécies de interpretação passíveis, o que na visão do Professor **R. Limongi França** constitui, tão-somente, a passagem por 'momentos ou etapas de uma mesma interpretação, que integra um ato uno do espírito' (Instituições de Direito Civil, Ed. Saraiva, 2^a ed., p. 33).

Assim sendo, o verdadeiro sentido do art. 2^o da lei em comento jamais poderá ser alcançado tomando-se este dispositivo isoladamente. Deverá, sim, ser buscado dentro da realidade em que está inserido, considerando-se, exato sentido das palavras e locuções que o compõem, as condições existentes no momento de sua criação e, principalmente, a intenção que revela quando confrontado com os demais elementos componentes do sistema.

Nesse mister, a leitura atenta do **caput** do art. 2^o revela que os adicionais não são uma espécie de novo tributo, mas mero acréscimo temporário ao mesmo tributo estabelecido pelo art. 1^o, desautorizando a utilização do simples conceito 'remuneração' para sua cobrança.

A interpretação sistemática conduz a esse raciocínio. Somente no referido art. 1^o está definida a base de cálculo (remuneração de contribuição) da contribuição previdenciária majorada pelo art. 2^o. Maior acerto, portanto, cabe à posição da Sra. Secretária de Recursos Humanos, pois se é fato que o tributo é um só (contribuição para custeio da previdência social dos servidores federais), também o é que, diante do aparente conflito entre as disposições do **caput** e dos incisos do dispositivo, deve prevalecer a forma de aplicação mais coerente com o todo, qual seja, a incidência apenas sobre a remuneração de contribuição.

De outra parte, verifica-se também que a própria Lei n. 9.783/1999 não foi fruto de orientação casuística e desordenada. Ao contrário, nasceu de um evidente plano de reestruturação do Estado com vistas à sua minimização e especialização, que tenta trazer para o seio da

Administração Pública métodos e técnicas típicos da iniciativa privada. Foi abandonado um sistema previdenciário considerado benevolente em excesso, adotando-se agora novos conceitos – ‘regime de caráter contributivo’ e ‘equilíbrio financeiro e atuarial’ – que afastam permanentemente o custeio integral pelo Tesouro e solidificam a idéia de que o servidor perceberá na aposentadoria em função de sua contribuição durante a atividade.

Como, então, admitir que o servidor contribua com base naquilo que não influenciará, em nada, os seus futuros proventos de aposentadoria?

Seria um imenso disparate aceitar tal contra-senso. Se a idéia central é adotar um sistema justo em que o servidor financia a sua aposentadoria, o limite lógico para a respectiva contribuição só pode ser exatamente aquilo que integrará o seu futuro provento. Não se cobrará contribuição sobre parcelas remuneratórias que não influem na composição do provento, orientação mais afinada com os objetivos da lei, que reafirma a não-incidência da contribuição sobre a retribuição da função comissionada.

Essa, aliás, a orientação adotada pelo Poder Executivo que, recentemente, por meio da Portaria Normativa n. 5 do Ministério do Orçamento e Gestão/Seap (em anexo) confirmou a incidência da contribuição previdenciária, exclusivamente, sobre a ‘remuneração de contribuição’ (art. 2º) ...”

Por outro ângulo, temos que a Lei n. 9.783/1999, examinada no STF, deu ensejo ao seguinte:

“Sobre a inconstitucionalidade relativa ao adicional a que se refere o art. 2º da Lei n. 9.783/1999 – suspenso para ativos e inativos – ADIn n. 2.010 (liminar).

O STF, na data de 30.9.1999, Ata n. 28, publicada no DJ de 11.10.1999, julgando liminar na ADIn n. 2.010, rel. Min. Celso de Mello, sendo requerente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, decidiu, na ementa, **verbis**:

‘Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, no **caput** do art. 1º da Lei n. 9.783, de 28.1.1999, a eficácia das expressões ‘é inativo, e dos pensionistas’ e ‘do provento ou da

pensão': O Tribunal, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, também deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender eficácia do art. 2^a e seu parágrafo único da mesma lei (n. 9.783/1999), e, por unanimidade, deferiu, ainda, a cautelar, para suspender a eficácia do art. 3^a e seu parágrafo único da mencionada lei (n. 9.783/1999). Votou o Presidente. Plenário, 30.9.1999.

(...)'

Sobre o exercício de cargo em comissão, sendo titular de cargo efetivo o servidor, deve ser apreciada a espécie sob a ótica do Regime Geral de Previdência – porque a este regime remetida a espécie (vide parte final do § 12 do art. 40 da CF – redação da Emenda Constitucional n. 20/1998).

O ativo tem a obrigação, pois, de pagar a Previdência Social:

I – sobre o valor do cargo efetivo, pelo regime instituído pelo art. 40, **caput**, da CF/1988;

II – sobre o valor da função comissionada, pelo Regime Geral de Previdência (art. 40, § 12, **in fine**, da CF). (interpretação sistemática com o § 13 do art. 40 da CF).

Na verdade, o § 3^a do art. 40 da CF – quando se refere a 'na forma da lei – corresponderão à totalidade da remuneração' (os proventos) – admite a oscilação (na forma da lei) entre poder ou não ser computado para aposentadoria o valor do total da remuneração sobre os descontos, se vigente à época da aposentação, o permita a lei.

E, a lei de regência para aposentação é a vigente à época em que reunidas as condições para tal, respeitada a legislação anterior (expressamente prevista na Emenda Constitucional n. 20) e o número de contribuições exigido pela referida Emenda Constitucional n. 20 (Súmula n. 359 do STF).” (fls. 115 e 116 – destaques originais). (ADIn n. 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 11.10.1999).

Advertida pelo precedente administrativo e pelo precedente judicial, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira – RMS n. 12.590-DF, julgado em 12.11.2001 –, tenho de posicionar-me em divergência com o que tenho proclamado, para acolher a argumentação dos Impetrantes e, provendo o recurso, reformar o acórdão e conceder a segurança.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 12.714 – GO**

(Registro n. 2000.0137815-5)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Sauro Brasileira de Petróleo S/A e Filiais
Advogados: Felicíssimo José de Sena e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Goiás
Recorrido: Estado de Goiás
Procuradores: Valdenira Oliveira Gomes e outros

EMENTA: Tributário – ICMS – Ausência reiterada de recolhimento – Infração fiscal – Regime especial de fiscalização – Legalidade – Precedentes.

1. É legal a sujeição do contribuinte remisso ao regime especial de fiscalização, se este deixou de cumprir com suas obrigações fiscais (art. 143 do Código Tributário goiano).

2. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Presidiu a sessão a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 12 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora.

Publicado no DJ de 9.12.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela pessoa jurídica de direito privado Sauro

Brasileira de Petróleo S/A e Filiais, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que denegou a segurança pleiteada pela ora recorrente.

Noticiam os autos que a indigitada empresa impetrou ação mandamental contra ato emanado pelo Secretário de Fazenda do Estado de Goiás que determinou a sujeição da Impetrante à apuração diária do ICMS, ao acompanhamento de agentes do Fisco nas operações da empresa e à prévia aprovação pelo Fisco dos créditos fiscais de ICMS constantes nas notas de aquisição de produtos, em atendimento ao regime especial de fiscalização e controle instituído à Autora.

A tutela liminar foi deferida, todavia, ao final, o Tribunal de origem decidiu a demanda nos seguintes termos:

“Ementa: Mandado de segurança. ICMS. Regime especial de controle, arrecadação e fiscalização.

I – Está comprovado nos autos que a Empresa-impetrante incorreu em diversas infrações fiscais, o que levou ao regime especial de controle, arrecadação e fiscalização do ICMS.

II – Não age com ilegalidade ou abuso de poder autoridade fiscal que cumpre determinações legais (CTE).

III – Segurança denegada. Decisão unânime.” (fl. 134).

Inconformada, a Empresa-impetrante interpôs o presente recurso ordinário, alegando, em suas razões, que a decisão recorrida afrontou diretamente os preceitos consagrados nos arts. 5º, incs. LIV, LV e LVII, e 170 da Constituição Federal. Aduziu, ainda, que a medida adotada pelo Fisco é arbitrária, pois medidas coercitivas como a que se discute somente poderia ser praticada pela Administração quando presente a intenção do contribuinte em burlar o Fisco. Complementando, sustenta que as cópias dos autos de infração juntada pela Autoridade coatora não tem o condão de configurar a infringência ao art. 143 do Código Tributário Estadual – CTE.

Em suas contra-razões, a Procuradoria do Estado de Goiás alega que a Recorrente é uma das maiores infratoras da legislação tributária estadual (consoante documentos de fls. 79/100), e que a causa determinante da imposição do regime especial à Empresa foi a ausência reiterada ou o recolhimento a menor do ICMS devido sobre a venda de combustíveis pela Recorrente.

A douta Subprocuradoria Geral da República, adotando as razões ministeriais de fls. 165/168, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O inconformismo não merece prosperar.

Consoante restou provado no bojo do processo, a Recorrente incorreu na prática de diversas infrações fiscais, o que ensejou a expedição de diversos autos de infração em seu desfavor e a adoção do regime especial de fiscalização e controle do ICMS pela Administração Fazendária.

A medida restritiva aplicada à Empresa, encontra-se perfeitamente adequada ao disposto no art. 143 do Código Tributário goiano. Os autos de infração, juntados às fls. 79/100, comprovam que a Recorrente está em débito com a Fazenda Pública, como também, vem, repetidamente, deixando de recolher o valor devido a título de ICMS.

Dispõe o referido artigo:

“O sujeito passivo que *repetidamente infringir as normas deste código* poderá ser submetido a sistema especial de controle, fiscalização e arrecadação.”

Observa-se, portanto, que a sujeição da Empresa ao regime especial de fiscalização é legal e não afronta os princípios constitucionais invocados em sua defesa, uma vez que a Recorrente não cumpriu com as suas obrigações fiscais.

Corroborar-se, nesse particular, as considerações engendradas pelo Ministério Público do Estado de Goiás, a seguir transcritas:

“(…) A certidão negativa de débito não tem a força probante que lhe quer emprestar a insurgente. Tange a dívida ativa inscrita, enquanto da prova documental acostada exsurge a existência de diversos processos administrativos em seu desfavor, caminhando perante o Conselho Administrativo – CAT, motivo suficiente à imposição do vergastado regime especial de controle, fiscalização e arrecadação do ICMS, em sintonia com o Código Tributário Estadual.” (fl. 167).

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes deste colendo STJ, que em casos semelhantes, assim colocou à espécie:

“Ementa: Tributário. ICMS. Cobrança antecipada. Regime especial de fiscalização. Legalidade. Precedentes.

É legítima a cobrança antecipada do ICMS, sob o pálio da Constituição Federal (art. 146, III, **b**), Lei Complementar n. 26/1987 (art. 26, II) e Lei Estadual n. 3.796/1996 (arts. 28, I, **b**, e 8^a).

Não padece de ilegalidade a sujeição do contribuinte ao regime especial de fiscalização, se este deixou de cumprir com suas obrigações tributárias (art. 76, § 1^a e IV, da Lei Estadual n. 3.796/1996).

Recurso improvido.” (RMS n. 14.618-SE, rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 30.9.2002, p. 158).

“Ementa: Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Recurso especial. ICMS. Regime especial de controle, arrecadação e fiscalização. Legalidade. Agravo regimental improvido.

‘1. Prática imposta ao contribuinte remisso e reincidente prevista em lei (Código Tributário Estadual e sem regulamento).

2. Regime de arrecadação do ICMS que não se confunde com sanções impostas ao devedor remisso.

3. Recurso improvido.’ (REsp n. 7.856-GO, relatora Ministra Eliana Calmon, DJU de 17.12.1999, p. 341.)’

– Agravo a que se nega provimento.” (AgRg no REsp. n. 287.179-SP, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 27.8.2001, p. 228).

“Ementa: Processual e Tributário. Recurso ordinário. Mandado de segurança. ICMS. Sistema especial de controle e fiscalização de tributos. Portaria n. 438/1992 da Secretaria da Fazenda de Pernambuco. Legalidade. Sonegações fiscais comprovadas. Inclusão de empresa no sistema especial. Inexistência de direito líquido e certo. Ausência de prova pré-constituída. Inviabilidade do mandado de segurança.

1. A Portaria n. 438/1992 da Secretaria de Fazenda do Estado de Pernambuco, editada com supedâneo em leis estaduais, não padece de ilegalidade.

2. Comprovadas irregularidades fiscais referentes à sonegação de tributos, a inclusão da empresa no sistema especial de controle e fiscalização não implica em violação a direito líquido e certo.

3. Ausente a prova pré-constituída da apreensão de mercadorias com o fito de impor a cobrança de tributo, o mandado de segurança é inviável.

4. Recurso ordinário improvido.” (RMS n. 9.293-PE, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 8.5.2000, p. 77).

“Ementa: Tributário. ICMS. Regime especial de controle, arrecadação e fiscalização. Legalidade.

1. Prática imposta ao contribuinte remisso e reincidente prevista em lei (Código Tributário Estadual e sem regulamento).

2. Regime de arrecadação do ICMS que não se confunde com sanções impostas ao devedor remisso.

3. Recurso improvido.” (RMS n. 7.856-GO, rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 17.12.1999, p. 341).

Ante o todo exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 102.716 – SP

(Registro n. 1996.0048206-3)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Município de Santos
Advogados: Elaine Elias e outros
Recorrido: Hidalgo Comércio e Reparos de Containers Ltda
Advogado: Jonas Ambrósio Gonçalves

EMENTA: Processual Civil – Ações cautelar e principal julgadas simultaneamente improcedentes – Apelação – Efeitos (art. 520, IV, CPC) – Decisão que recebe recurso no seu duplo efeito, confirmada por acórdão – Recurso especial – Alegada divergência de interpretação de lei federal entre os Tribunais de São Paulo e Santa Catarina – Ocorrência – Recurso especial conhecido e provido para que a apelação seja recebida somente no efeito devolutivo no que toca à cautelar.

– Configura-se o dissenso pretoriano a dar caminhada ao recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional quando “são diversas as soluções sobre a mesma questão, e não quando há soluções idênticas para questões diferentes” (in RTJ 127/308).

– Julgadas ao mesmo tempo improcedentes a ação principal e a cautelar, interposta apelação contra a decisão, cabe recebê-la com efeitos distintos, ou seja, a cautelar no devolutivo e a principal nos efeitos legais.

– Recurso especial conhecido e provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 6 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se a espécie de recurso especial ajuizado pela Municipalidade de Santos contra Hidalgo – Comércio e Reparos de Containers Ltda, com supedâneo no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal.

Argumenta a Recorrente, em apertada síntese, que interpôs agravo de instrumento contra r. decisão que recebeu apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo. Afirma que o aludido recurso foi ajuizado contra r. sentença que julgou improcedente ação declaratória de nulidade de ato administrativo e, bem assim, medida cautelar preparatória da principal que, diante dos termos inseridos no artigo 520, inciso IV, do Código de Processo Civil, deveria ter sido recebido tão-somente no efeito devolutivo (fls. 2/3).

O v. acórdão da colenda Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo de instrumento, asseverando ser inaplicável à espécie dos autos o disposto no artigo 520, inciso IV, do estatuto processual civil, tendo em vista que as li-des principal e cautelar foram decididas em única sentença e julgadas im-procedentes, sendo, em decorrência, cassada a liminar anteriormente con-cedida na medida preparatória, razão pela qual correto o recebimento da apelação em seu duplo efeito (fls. 35/39).

Em vista disso, veio a lume o presente recurso especial, ancorado na divergência, trazendo à colação julgado do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para demonstração do dissenso pretoriano (fls. 42/47).

Apresentadas as contra-razões (fls. 51/52), o Tribunal de origem de-feriu o seguimento do recurso (fl. 55).

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Nunca é demais lembrar que restou sedimentado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 86, que:

“Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.”

De outra parte, veio a lume a Lei Federal n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que atribuiu nova redação ao § 3º do artigo 542 do Código de Processo Civil, determinando que o recurso especial interposto contra decisão interlocutória ficará retido nos autos, devendo ser processado se o reiterar a parte, em suas razões de recurso interposto contra a decisão final ou, ainda, nas contra-razões. Nesse diapasão é o comando inserto no artigo 1º da Resolução n. 1, de 2 de março de 1999, deste Pretório ao prever que, **verbis**:

“Os recursos especiais interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, bem como agravos de instrumento, visando a que sejam admitidos, aguardarão, no Superior Tribunal de Justiça, a remessa do especial relativo à decisão final da causa.”

Deflui que a sistemática processual, agasalhada pela resolução, modificou o regime de subida imediata do recurso especial interposto contra acórdão proferido em agravo de instrumento, para o da retenção obrigatória do apelo extremo.

No particular, é curial trazer à colação os ensinamentos de **Nelson Nery Júnior**, no sentido de que “o novo regime, da retenção obrigatória do RE e REsp se aplica às decisões finais, de última ou única instância, proferida a partir de 18.12.1998, porque o recurso cabível, bem como seu regime jurídico, são os da lei que vigorava na data da decisão impugnável”. E continua: “Proferido o julgamento, nasce para a parte ou interessado o direito de recorrer, de acordo com as regras legais vigentes à época do referido julgamento. Ocorre o direito adquirido processual àquele recurso, com as regras ditadas pelo regime jurídico da lei vigente por ocasião do julgamento, direito adquirido esse que a lei posterior (Lei n. 9.756/1998), não pode atingir (CF, 5^a, XXXVI)” (cf. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei n. 9.756/1998. Coordenação: **Teresa Arruda Alvim Wambier** e **Nelson Nery Júnior**, Ed. Revista dos Tribunais, 1^a ed., p. 480).

Infere-se, pois, que o presente recurso especial foi interposto em 25.4.1996 (fl. 42), sob a égide do dispositivo legal revogado, não devendo, por conseguinte, obediência à nova regra trazida pelo artigo 542, § 3^a, do estatuto processual civil, razão pela qual, no particular, correta a subida imediata.

Com essas premissas, passo ao exame da pretensão recursal.

Cifra-se a controvérsia em verificar se o v. acórdão emanado do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao atribuir o duplo efeito a recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente a ação cautelar e a principal simultaneamente vulnera o permissivo constitucional que obsta a interpretação divergente de lei federal em vista da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, c, CR).

A Corte Máxima, ao tratar da divergência jurisprudencial, pronunciou que “só há dissídio quando são diversas as soluções sobre a mesma questão, e não quando há soluções idênticas para questões diferentes” (in RTJ 127/308).

In casu, o presente recurso especial preenche os requisitos inculpidos no artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e, bem assim, o comando inserto no artigo 255 do Regimento Interno deste Sodalício,

pois, em verdade, restou devidamente demonstrada a divergência ante a decisão proferida por um Tribunal e a interpretação dissonante sobre a mesma matéria manifestada por outra Corte. Aliado a este fato, foi observada a necessária comparação analítica entre o v. julgado impugnado e o oriundo do colendo Tribunal de Santa Catarina, bem como a devida citação de repositório autorizado (art. 133, RISTJ).

O artigo 520, inciso IV, do Código de Processo Civil preconiza que:

“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

(Omissis).

IV – decidir o processo cautelar;”

O v. acórdão oriundo do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, ora impugnado, sustenta a seguinte tese:

“As lides principal e cautelar foram decididas em única sentença e julgadas improcedentes, cassada a liminar concedida na ação preparatória.

Se assim ocorreu, não se decidiu apenas o processo cautelar.

Decidiu-se a lide principal e, de forma simultânea, a lide cautelar.

A apelação interposta só poderia ser recebida no duplo efeito.” (fl. 37).

Ao revés, trouxe a Recorrente para comprovação do dissenso pretoriano v. julgado do colendo Tribunal de Santa Catarina, no sentido de que para a apelação interposta contra sentença que julga a ação principal e a cautelar deverão ser atribuídos efeitos distintos, asseverando que quanto a esta última, o recurso será recebido somente no devolutivo (fl. 48).

No caso particular, interposta que foi a apelação contra sentença que julgou improcedente concomitantemente a cautelar e a ação principal, nos termos de doutos ensinamentos, não se pode cogitar de duplo efeito para ambas, o que enseja, por conseguinte, a interpretação divergente dada pelo colendo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Na esteira dos comentários de **Nelson Nery Jr.** e **Rosa Maria Nery**, “caso o Juiz, com evidente erro de técnica, julgue a cautelar e a principal

na mesma sentença, a apelação que impugnar a sentença relativamente a ambas as ações deve ser recebida: a) no efeito apenas devolutivo, quanto à parte que impugnar a cautelar; b) nos efeitos legais quanto à parte que impugnar a ação principal, que podem ser duplos (suspensivo e devolutivo), ou simples (apenas devolutivo)” (cf. Código de Processo Civil Comentado ..., Ed. RT, 4ª ed. revista e ampliada, nota 10 ao inciso IV do art. 520, p. 1.011).

O ilustre Ministro Barros Monteiro, no sentido do entendimento ora adotado assim se pronunciou quando do julgamento do REsp n. 81.077-SP, publicado **in** DJ de 23.9.1996, cuja ementa ora se reproduz:

“Apelação. Ação principal e medida cautelar. Julgamento simultâneo. Efeitos.

Julgadas concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação global, ao Juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente à medida cautelar tão-somente no efeito devolutivo (art. 520, inc. IV, do CPC).

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.”

Nessa mesma linha de raciocínio foram as decisões proferidas no RMS n. 8.388-SP, **in** DJ de 23.3.1998, relator o ilustre Ministro Peçanha Martins; REsp n. 157.638-SC, **in** DJ de 14.6.1999, relator o ilustre Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, entre outras.

Conquanto existam respeitáveis pronunciamentos em sentido contrário, conclui-se, **data venia**, que é de todo insustentável a tese no sentido de que da sentença julgando improcedente a cautelar e a ação principal de maneira concomitante se reconheça ao magistrado a discricionariedade ao receber o recurso de apelação, declarar efeito não autorizado pela lei.

Vem à balha a preleção de **José Carlos Barbosa Moreira**, aliás, bem lembrada no v. aresto trazido para comprovação da divergência, no sentido de que “no plano dos princípios, contudo, a mera circunstância de proferir-se uma decisão ao mesmo tempo que outra de maneira alguma autoriza a adoção de regime diverso do previsto em lei para a eficácia da apelação, com referência a qualquer delas. É impertinente o argumento tirado da relação de dependência lógica entre as decisões, o qual concerne apenas ao teor do julgamento em grau de recurso, não aos efeitos do recurso contra a sentença”. (cf. Comentário ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 424, 6ª ed., Ed. Forense).

Pelo que precede, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, a fim de que o recurso de apelação interposta na cautelar contra r. sentença que a julgou improcedente seja recebido tão-somente no efeito devolutivo, nos moldes do artigo 520, inciso IV, do Código de Processo Civil.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 156.129 – MS

(Registro n. 1997.0083765-3)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Banco Itaú S/A
Advogados: Nilza Ramos e outros
Recorridos: Odair Garcia de Freitas e cônjuge
Advogados: Venância Nobre de Miranda e outros

EMENTA: Processo Civil – Financiamento de imóvel – Sistema Financeiro da Habitação – Plano de Equivalência Salarial – Prestação com base no reajuste salarial do mutuário ocorrido no mês de assinatura do contrato – Pretendida não-incidência – Pedido no sentido de aplicação de resolução do BNH ulterior – Ausência de impugnação na contestação quanto a esse ponto – Sentença que reconhece o direito do mutuário com base em antiga resolução – Apelação atacando a validade dessa resolução por não mais vigorar – Apelação não conhecida pela Corte a quo por ausência de impugnação na contestação – Recurso especial – Alegada violação aos arts. 512 e 515, ambos do CPC – Inocorrência – Aplicação do princípio da eventualidade – Recurso especial não conhecido.

– É dever das partes alegar, no momento próprio, toda a matéria de ataque e defesa, diante da utilidade que esse proceder irá produzir para o deslinde da controvérsia, sob pena de, deixando para outra oportunidade, ocorrer a preclusão.

– “O princípio da eventualidade consiste em alegar a parte, de uma só vez, todos os meios de ataque e defesa como medida de previsão – **in eventum** para o caso de não dar resultado o primeiro. Isso significa, como acentua **Millar**, que as partes, nas fases apropriadas,

devem apresentar, simultânea e não sucessivamente, todas as suas deduções, sejam ou não compatíveis entre si, e ainda que o pronunciamento sobre uma delas torne prescindível considerar as subseqüentes.

Por força do princípio da eventualidade, devem as partes produzir suas alegações, nos períodos correspondentes, para a eventualidade de que mais tarde lhes possam ser úteis, ainda que por momento não o sejam.

O princípio da eventualidade está muito ligado à preclusão. Se a parte não alegou tudo o que lhe era lícito aduzir, no instante processual adequado, pode ficar impedida de suscitar uma questão relevante, em outra oportunidade, por ter ocorrido a preclusão. Esta última, aliás, como lembra **Enrico Tullio Liebman**, serve para garantir justamente a regra da eventualidade” (cf. **José Frederico Marques**, in *Instituições de Direito Processual Civil*, revista, atualizada e complementada por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, 1ª ed., Millennium Editora, 2000, Campinas-SP).

- Recurso especial não conhecido.
- Decisão por unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Custas, como de lei.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 10.9.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Versa o presente sobre recurso especial ajuizado pelo Banco Itaú S/A, com arrimo no artigo 105, inciso III, letra

a, da Constituição Federal, tendo por objeto desconstituir v. julgado oriundo do colendo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Argumenta, em apertada síntese, que a Corte de origem deixou de analisar matéria trazida por ocasião do ajuizamento do recurso de apelação, a pretexto de que não havia sido ventilada em 1ª instância. Esse entendimento, afirma o Recorrente, encerra verdadeira afronta aos comandos insculpidos nos artigos 512 e 515, ambos do estatuto processual civil. Diante disso, objetiva a reforma do **decisum** para que o Tribunal de origem “examine a matéria objeto da apelação, pelo seu merecimento, não rotulando de fato novo o argumento expendido nas razões de apelo, já que motivados pela citação na sentença de 1ª instância” (fl. 247).

Apresentadas as contra-razões, a egrégia Vice-Presidência da Corte **quo** obstou a caminhada do presente recurso especial, entendendo não preenchidos os pressupostos autorizadores à sua admissão. Irresignado, o Recorrente apresentou agravo de instrumento, que foi provido por meio de r. decisão da lavra do ilustre Ministro Demócrito Reinaldo (fl. 77 do 2ª apenso).

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Antes de penetrar no busílis da controvérsia, é de todo conveniente rememorar os principais relanços que circundam o presente recurso especial.

A irresignação brotou de ação ajuizada na instância estadual por Odair Garcia de Freitas e sua mulher, cujo escopo era ver declarada a nulidade parcial de contrato de mútuo destinado à aquisição de imóvel residencial firmado com o ora recorrente e, em conseqüência, não fosse repassado à prestação o reajuste que o mutuário obteve no mês da assinatura da sobre dita avença. Os Autores consignaram no pedido inicial que não estava sendo observado o disposto no Decreto-Lei n. 2.164/1984 e, bem assim, as Resoluções n. 14 e 22 do BNH.

Citada a instituição bancária, foi apresentada contestação e, ao depois, sobreveio r. decisão do MM. Juízo do Estado do Mato Grosso do Sul dando-se por incompetente, por se tratar de discussão acerca de reajuste de prestação de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação. Diante dessa decisão, os autos foram remetidos à colenda Justiça Federal (fls. 88/89), oportunidade em que foi determinada a citação da Caixa Econômica Federal a qual, de igual forma, apresentou contestação. Entretanto, o

colendo Tribunal de Justiça daquele Estado houve por bem prover agravo de instrumento ajuizado pelos mutuários e reconhecer que a competência para dirimir a lide é da Justiça Estadual (fls. 143/148), razão porque os autos retornaram ao primevo órgão julgador eleito pelos Autores.

Adveio, então, r. sentença do douto Juízo Estadual consignando que o instrumento contratual, firmado pelas partes em 9.11.1989, dispõe acerca de contrato de financiamento sujeito às regras do Sistema Financeiro da Habitação, cujas prestações deverão ser reajustadas pelo Plano de Equivalência Salarial – PES, sendo que a ocupação do comprador do imóvel equivale à categoria profissional básica (médico). Pontificou que, a despeito das legislações que regulam o financiamento imobiliário, foram outorgados ao Banco Nacional da Habitação poderes para baixar normas para cumprimento do disposto no Decreto-Lei n. 2.164/1984, conferindo, ainda, a possibilidade de “fixar o mês de início de vigência do critério de reajuste previsto no *caput* do seu artigo 9^a” (grifos originais – cf. fl. 157). Diante da referida autorização, foi baixada pelo BNH a Resolução do Conselho de Administração n. 14, de 27.9.1984, que estabeleceu, no item 9.1, que o aumento de salário ocorrido no mês de assinatura do contrato não acarreta reajustamento da prestação. Com lastro nesses fundamentos, o digno magistrado de 1^a grau julgou procedente a demanda para declarar a nulidade da parte final da cláusula 6^a do contrato e obstou o reajuste das prestações com base no aumento salarial auferido pelo mutuário no mês de assinatura do pactuado (fls. 154/158).

Inconformada, a instituição bancária ajuizou apelação, pretendendo a reforma integral do julgado, impugnando o entendimento exarado pelo douto Magistrado de 1^a instância, assegurando que a referida Resolução n. 14/1984, que serviu de suporte para o desate dado à causa, havia sido revogada pela Resolução n. 35/1985. Assim, entendeu o Banco Itaú prevalecer o disposto na cláusula 6^a do contrato firmado (fls. 160/162).

Os mutuários, nas contra-razões ao apelo, apresentaram preliminar no sentido de que o pleito da instituição bancária veio a lume a destempo, trazendo à colação comentário do mestre **Theotônio Negrão** ao artigo 517 do Código de Processo Civil. No mérito, pugnaram pela manutenção da sentença monocrática (fls. 172/175).

A Corte de origem, por maioria de votos, vencido o insigne Desembargador-Relator, não conheceu do recurso, nos termos da ementa assim deduzida:

“1^a instância. Impossibilidade de apreciação na instância **ad quem**. Recurso não conhecido.

Segundo a sistemática do CPC, a apelação devolve ao Tribunal apenas o conhecimento da matéria impugnada, sendo, portanto, objeto de apreciação pela instância **ad quem** tão-somente as questões já deduzidas e discutidas no processo.

Se a Instância Superior conhece e julga matérias que não foram agitadas no juízo **a quo**, fere-se de morte o princípio do duplo grau de jurisdição, que não pode ser desprezado, visto que assegurador do direito da parte de ter a sua pretensão conhecida e julgada por dois juízos distintos.” (fl. 208).

Ainda irresignada, a instituição bancária apresentou embargos infringentes, postulando o prevailecimento do voto do eminente Desembargador-Relator.

Os embargos infringentes, dos quais não participou o Desembargador-Relator, foram rejeitados por unanimidade de votos (fls. 233/239).

Em vista desse desfecho, o Banco Itaú aforou o presente recurso especial ancorado na negativa de vigência aos dispositivos insertos nos artigos 512 e 515, ambos do Código de Processo Civil. Obtempera que, diante “da fundamentação da sentença em uma resolução já revogada expressamente, para dar procedência ao pedido do Autor, ora recorrido, motivado estava este recorrente, então apelante, a encetar o seu recurso nos moldes em que o fez, argumentando que a dita resolução embasadora da sentença, há muito estava revogada expressamente pela RC n. 37/1985 (Resolução do Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação) que vigia à época da contratação ora discutida, ...” (fl. 246). Assim, afirma a Recorrente, “se o Tribunal deixou de apreciar o objeto do recurso, como lhe convinha fazê-lo, em substituição à sentença, conhecendo da matéria que lhe foi devolvida e objeto da impugnação negou vigência (contrariou) o disposto no Código de Processo Civil (arts. 512 e 515)” (fl. 247).

Delimitada a matéria a ser deslindada, passa-se ao exame da pretensão recursal.

A apelação, repita-se, não foi conhecida a pretexto de que a matéria não teria sido agitada na 1ª instância. O inconformismo do Recorrente centra-se no entendimento de que, embora não alegada na contestação a revogação da resolução que serviu de base para o pedido inicial, bem como de fundamento para r. sentença monocrática, competia ao Tribunal de origem conhecer da matéria, uma vez que o julgamento do tribunal substitui a sentença recorrida “no que tiver sido objeto de recurso” (cf. arts. 512 e 515 do CPC).

Dos elementos constantes dos autos, infere-se que o contrato firmado entre Recorrente e Recorrido data de 9 de novembro de 1989 (fl. 23).

O pleito inicial está ancorado na questão atinente à possibilidade de ser repassado à prestação o reajuste que o mutuário obteve no mês da assinatura da avença. Os Autores trouxeram o disposto na Resolução n. 14, de 27.9.1984, para demonstrarem seu direito. Na contestação, o Réu, sem impugnar essa particularidade, contestou o pedido formulado.

É cediço que, na fase postulatória, o Autor expõe os fatos em que funda seu pedido e o Réu sua defesa, daí decorrendo que toca ao julgador aplicar o direito à espécie: **narra mihi factum, dabo tibi ius**. Conclui-se que, narrados os fatos pelas partes interessadas, no sentido de que lhes seja favorável o deslinde da controvérsia, daí resulta que compete ao Magistrado averiguar a veracidade e a procedência das afirmações expostas.

No caso, a r. sentença, ao acolher a pretensão dos Autores, fundou-se no pressuposto de que a mencionada resolução era válida. Todavia, a validade da Resolução n. 14/1984, em apelação, foi questionada por ter sido revogada pela de n. 37, de 11.3.1985.

Denota-se que o desfecho dado à lide pela Corte **a quo** se encontra em harmonia com a jurisprudência e a doutrina pátria.

Sabem-no todos, que é dever das partes alegar, no momento próprio, toda a matéria de ataque e defesa, diante da utilidade que esse proceder irá produzir para o deslinde da controvérsia, sob pena de, deixando para outra oportunidade, ocorrer a preclusão.

Na espécie dos autos, o Recorrente, no momento apropriado para defesa, deixou de atacar questão relevante para a solução da controvérsia, entendendo que a matéria poderia ser agitada em outra oportunidade. Dessa feita, deixando de impugnar o que lhe era lícito questionar, o Recorrente não se socorreu do denominado princípio da eventualidade, circunstância a obstar o exame pela Corte de origem, da matéria não agitada na fase apropriada.

Preleciona **José Frederico Marques** que “o princípio da eventualidade consiste em alegar a parte, de uma só vez, todos os meios de ataque e defesa como medida de previsão – **in eventum** para o caso de não dar resultado o primeiro. Isso significa, como acentua **Millar**, que as partes, nas fases apropriadas, devem apresentar, simultânea e não sucessivamente, todas as suas deduções, sejam ou não compatíveis entre si, e ainda que o pronunciamento sobre uma delas torne prescindível considerar as subseqüentes.

Por força do princípio da eventualidade, devem as partes produzir suas alegações, nos períodos correspondentes, para a eventualidade de que mais tarde lhes possam ser úteis, ainda que por momento não o sejam.

O princípio da eventualidade está muito ligado à preclusão. Se a parte não alegou tudo o que lhe era lícito aduzir, no instante processual adequado, pode ficar impedida de suscitar uma questão relevante, em outra oportunidade, por ter ocorrido a preclusão. Esta última, aliás, como lembra **Enrico Tullio Liebman**, serve para garantir justamente a regra da eventualidade” (cf. Instituições de Direito Processual Civil, revista, atualizada e complementada por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, 1ª ed., Millennium Editora, 2000, Campinas-SP).

Esse memorável ensinamento vem sendo perfilhado pela jurisprudência deste Sodalício, consoante v. aresto da lavra do ilustre Ministro Peçanha Martins, cuja ementa está assim vazada:

“Processual Civil. Contestação. Abrangência da defesa. Princípio da eventualidade. Preclusão. Embargos de declaração. Objetivo protelatório caracterizado. Imposição de multa. Fundamento constitucional do acórdão não impugnado. Súmula n. 126-STJ.

1. O Réu deve argüir, na contestação, tudo quanto for necessário à sua defesa; não o tendo feito, inclusive em face do princípio da eventualidade, preclui o seu direito de suscitar, na instância seguinte, o que não fez oportunamente.

... (omissis) ...” (cf. RSTJ 106/195).

Assim, pois, não impugnada a matéria no momento apropriado da contestação, inviável o exame da questão ventilada pela defesa somente por ocasião da apelação.

Posto isso, o recurso especial não merece ser conhecido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 249.813 – MA

(Registro n. 2000.0020065-4)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Advogados: Artur Vidigal de Oliveira e outros
Recorrida: Fazenda Santa Inácia S/A
Advogados: Diomar Bezerra Lima e outro

EMENTA: Administrativo – Incra – Desapropriação – Imóvel rural – Indenização da terra nua e da cobertura vegetal – Reavaliação – Novo laudo pericial – Justo preço.

– Tratando-se de expropriação de imóveis rurais, já que são duas as propriedades, a perícia deve considerar as particularidades de cada uma, inclusive verificando a contabilidade das fazendas e afastando o cálculo por amostragem, avaliando com mais profundidade cada caso concreto, sem perder de vista a lucratividade dos imóveis.

– Impõe-se seja efetivada nova avaliação, nos termos da lei, com rigor, atendendo-se à utilização, à vocação e aos resultados econômicos auferidos dos imóveis, objetivando firmar o justo preço devido.

– Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Franciulli Netto (voto-vista) e Laurita Vaz. Impedida a Sra. Ministra Eliana Calmon. Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 10.2.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial contra acórdão do TRF da 1ª Região proferido em ação de desapropriação

de imóvel por interesse social, em que é recorrente o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e, recorrida, a Fazenda Santa Inácia S/A.

A sentença (fl. 432) julgou a ação procedente e, com base no laudo do Perito Oficial, condenou o expropriante a indenizar a terra nua em NCz\$ 65.419.466,30; as benfeitorias em NCz\$ 55.509.609,00 e a cobertura vegetal em NCz\$ 66.748.851,00, estes correspondentes a 20% do que fora estabelecido pelo vistor (NCz\$ 333.744.255,00), considerando que, no caso específico, esta verba, embora devida separadamente, não poderia superar em cinco vezes o valor da terra nua e mais consectários (juros moratórios e compensatórios, correção monetária e honorários advocatícios).

Apreciando as apelações das partes e após a manifestação do Ministério Público Federal, o Tribunal Regional rejeitou a argüição do *Parquet* quanto à nulidade da perícia e suas demais alegações; negou provimento ao recurso do Incra e deu provimento parcial ao da expropriada para, mantendo a sentença, limitar em 50% a indenização da cobertura florestal a ser paga em TDAs. Posteriormente, repeliu os embargos declaratórios do Incra; acolheu parcialmente os oferecidos pelo Ministério Público Federal, corrigindo erro aritmético e reduzindo a verba honorária de 10% para 5% e deu provimento aos da desapropriada, ensejando-lhe o recebimento integral da indenização pela cobertura florística fixada no laudo (NCz\$ 333.744.255,00), porque já considerada a área de preservação ambiental imposta pelo Ibama.

Os acórdãos estão respectivamente resumidos nas seguintes ementas (fls. 623 e 654):

“Constitucional e Administrativo. Desapropriação. Indenização da cobertura vegetal. Laudo pericial. Benfeitorias. Juros compensatórios.

1. A cobertura vegetal, como acessão natural, é indenização em TDAs, observando-se a limitação administrativa da sua utilização.

2. Laudo pericial que se utilizou da amostragem casual *Randon Sampling* – média aritmética, método habitual nas perícias dos processos expropriatórios, de absoluta idoneidade.

3. Benfeitorias avaliadas com a depreciação pelo seu estado (boas, regulares e precárias).

4. Juros compensatórios devidos a partir da imissão.

5. Recurso do Incra improvido e provido em parte o recurso da expropriada.” (fl. 623).

“Processo Civil. Embargos de declaração. Omissões.

1. Corrige-se erro material referente ao laudo, porque já abatida da estimativa oficial a área de preservação florestal.
2. Erro de conta que se ajusta, fazendo desaparecer erro aritmético na soma das benfeitoras não reprodutivas.
3. Honorários de advogado que se reduz, diante do grande valor da condenação.
4. Embargos da expropriada acolhidos, acolhidos em parte os embargos do Ministério Público Federal e rejeitados os embargos do Incra.” (fl. 654).

Inconformado, o Incra manifestou recurso especial (fls. 657/665) fundado no permissivo da letra **a** (art. 105, III, CF), alegando violação aos arts. 165 e 458, II, do CPC, por falta de fundamentação do acórdão no que concerne às questões abordadas em seu apelo anterior; ao art. 535, I e II, do mesmo diploma processual, por negativa de prestação jurisdicional, já que não supridas as omissões apontadas em seus embargos declaratórios; finalmente, ofensa ao art. 12, §§ 1^a e 2^a, da Lei n. 8.629/1993, com referência à indenização da cobertura vegetal, a seu ver, indevida na forma como imposta. A par disso, interpôs também recurso extraordinário.

Oferecidas contra-razões aos dois recursos pela expropriada, apenas o especial foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo de instrumento para o STF.

Nesta egrégia Corte, o recurso especial foi julgado em 13.11.1997 (fl. 713), por esta Segunda Turma, em decisão majoritária, assim ementada:

“Administrativo e Processual. Desapropriação. Decisão incompleta.

A prestação jurisdicional há de ser completa. Não prospera o acórdão que não se manifesta sobre tema expressamente veiculado pelo Recorrente.

Recurso conhecido e provido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal **a quo** a fim de ser julgada integralmente a apelação.”

Retornando os autos ao TRF da 1^a Região, este decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Incra e do Ministério Público Federal e dar provimento à apelação da expropriante, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 735):

“Constitucional e Administrativo. Desapropriação. Indenização da cobertura vegetal. Laudo pericial. Benfeitorias. Juros compensatórios.

1. A cobertura vegetal, como acessão natural, é indenização em TDAs, observando-se a limitação administrativa da sua utilização.

2. Laudo pericial que se utilizou da amostragem casual *Random Sampling* – média aritmética, método habitual nas perícias dos processos expropriatórios, de absoluta idoneidade.

3. Benfeitorias avaliadas com a depreciação pelo seu estado (boas, regulares e precárias).

4. Juros compensatórios devidos a partir da imissão.

5. Recursos do Incra e do Ministério Público Federal improvidos e provido em parte o recurso da expropriada.”

Daí este novo apelo especial, em que o Incra alega ter o v. aresto violado o artigo 12, §§ 1^a e 2^a, da Lei n. 8.629/1993, quando aceitou valores distintos para a terra nua e benfeitoria, elevando de 20% para 50% a verba indenizatória referente à cobertura florestal; artigos 2^a, I, da Lei n. 4.132/1962; 3^a do Decreto-Lei n. 554/1969; 6^a, § 3^a, da Lei Complementar n. 76/1993 com alterações da Lei Complementar n. 88/1996; 5^a, 6^a e 12 da Lei n. 8.629/1993; 1.059 e 1.063 c.c. art. 1.262 do Código Civil; 1^a, 4^a e 5^a do Decreto n. 22.626/1933, bem como divergido de julgados de outros tribunais do País, quando condenou ao pagamento dos juros compensatórios cumulados com os moratórios, a partir da imissão na posse.

Contra-razões às fls. 763/776.

O recurso não foi admitido no Tribunal **a quo**. Contra o despacho denegatório do apelo especial foi interposto o cabível agravo de instrumento a que dei provimento.

Manifestou-se o Ministério Público Federal (fl. 794) pelo conhecimento do apelo fundado na alínea **a** e provimento parcial no tocante à inexistência de erro material, a fim de que seja diminuída a área indenizável, excluindo-se dela a parte da preservação permanente e as áreas não economicamente comercializáveis. Quanto à alínea **c**, opina pelo não-conhecimento, em face da falta de demonstração analítica da divergência.

À fl. 819, Leviston Importadora S/A requer autorização para habilitar-se nos autos como assistente simples da Autora, conforme instrumento particular de cessão de direitos creditórios que anexa (fls. 822/824).

Inobstante, a Fazenda Santa Inácia S/A, alegando inadimplência da Leviston Importadora, manifesta impugnação ao pedido de habilitação como assistente, requerendo indeferimento do mesmo, às fls. 826 e 827.

Às fls. 829/830, o Incra requer o indeferimento do pedido de habilitação de fl. 819.

Posteriormente, alegando “que não houve continuidade no negócio jurídico entabulado entre a Autora e a assistente”, a empresa Leviston Importadora S/A manifesta desistência do pedido de assistência anteriormente formulado (fl. 836).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Cuida-se, portanto, de recurso especial manifestado pelo Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – insurgindo-se contra acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que, negando provimento às apelações do ora recorrente e do Ministério Público e dando provimento ao recurso da Fazenda Santa Inácia S/A, nos autos de ação expropriatória de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, decidiu, nos termos da ementa que ora transcrevo (fl. 735):

“Constitucional e Administrativo. Desapropriação. Indenização da cobertura vegetal. Laudo pericial. Benfeitorias. Juros compensatórios.

1. A cobertura vegetal, como acessão natural, é indenização em TDAs, observando-se a limitação administrativa da sua utilização.

2. Laudo pericial que se utilizou da amostragem casual *Random Sampling* – média aritmética, método habitual nas perícias dos processos expropriatórios, de absoluta idoneidade.

3. Benfeitorias avaliadas com a depreciação pelo seu estado (boas, regulares e precárias).

4. Juros compensatórios devidos a partir da imissão.

5. Recurso do Incra e do Ministério Público Federal improvidos e provido em parte o recurso da expropriada.”

O recurso especial da autarquia federal, fundado na letra a do permissivo constitucional, alega negativa de vigência aos preceitos legais já indicados no relatório.

Em síntese, a inconformação do recorrente especial prende-se aos seguintes pontos:

– a avaliação da terra nua deve incluir a mata nativa, já que inexistente dispositivo legal que determine a separação de preços;

– elevação de 20% para 50% da verba indenizatória referente à cobertura florística (art. 12, §§ 1^a e 2^a, da Lei n. 8.629/1993), contrariando o conceito de justo preço;

– período de incidência dos juros compensatórios, se cabíveis, seria permitido no período que vai da imissão cujo mandado é expedido imediatamente até a transferência do domínio, com a efetiva aquisição da propriedade de forma originária pelo expropriante, no momento em que o respectivo mandado for levado a registro;

– redução do percentual de 12% para 6% para os juros compensatórios, incidente sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse;

– juros moratórios: a incidência destes configuraria duplicidade de juros sobre a mesma verba – os já embutidos nos TDAs e os derivados da condenação judicial.

Solicitei o pronunciamento do Ministério Público Federal que, em parecer de fls. 794 a 809, opinou pelo conhecimento do recurso pela alínea a e pelo provimento parcial “no tocante à inexistência de erro material, a fim de que seja diminuída a área indenizável, excluindo-se a área de preservação permanente e as áreas não economicamente comercializáveis”.

O órgão ministerial resumiu assim o parecer emitido (fl. 794):

“1. Constitucional e Administrativo. Desapropriação. Reforma agrária. Indenização. Terra nua e cobertura vegetal. Juros compensatórios. Dissídio não comprovado.

2. O acórdão recorrido, ao fixar o valor da justa indenização a que tem direito a expropriada, separando as indenizações da terra nua e cobertura vegetal, não violou o art. 12 da Lei n. 8.629/1993.

3. Indenização de parte da cobertura vegetal economicamente explorável.

4. São devidos cumulativamente juros compensatórios e moratórios, em desapropriação.

5. Aplicabilidade dos enunciados das Súmulas n. 12, 69, 113 e 114 do STJ. Dissídio não comprovado.

6. Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento, pela alínea **a**, e provimento parcial no tocante à inexistência de erro material, a fim de que seja diminuída a área indenizável, excluindo-se a área de preservação permanente e as áreas não economicamente comercializáveis.

7. Quanto à alínea **c**, opina o Ministério Público Federal pelo não-conhecimento por falta de demonstração analítica da divergência.”

Passo à análise dos pontos suscitados.

1. Quanto à insurgência da Recorrente no que se refere à avaliação da terra nua em separado, sem a inclusão da mata nativa, assiste razão em parte à autarquia federal, pois o valor das acessões naturais normalmente se inclui no preço das glebas.

A Medida Provisória n. 1.577-2, de 7.8.1997, alterou a redação do art. 12 da Lei n. 8.629, de 25.2.1993, que ficou assim redigido:

“Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I – localização do imóvel;

II – aptidão agrícola;

III – dimensão do imóvel;

IV – área ocupada e ancianidade das posses;

V – funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

§ 1º. Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA.”

Portanto, inexistente determinação legal no sentido de que se proceda à avaliação das terras como um todo. Mas não se abre mão dessa avaliação. Porque o comum, na compra de imóveis rurais, seja em São Paulo, em Minas Gerais ou na Bahia, é a compra do imóvel como um todo. Pode-se querer comprar uma propriedade agrícola voltada para o pastoreio,

a quantidade de pastos, as aguadas que têm, etc., mas, se, ao contrário, pretende-se comprar árvores, o que vale, evidentemente, são as árvores e aí há que ver-se o valor de mercado, tendo em vista o custo da retirada e da venda dessas árvores. De qualquer sorte, não é possível deixar-se de ter em conta o valor de mercado da gleba na sua extensão: considerada sobretudo a sua destinação e vocação: é assim que se compra em todos os lugares, sobretudo na Floresta Amazônica, vale dizer, no Centro-Oeste do Brasil ou nos Estados do Norte, o Pará e o Amazonas. Mas é de ver-se que a avaliação pode ser minudente na especificação dos valores individualizados dos bens, sem perder de vista, porém, o valor de mercado e, sobretudo, a lucratividade alcançada no imóvel, pois seria indesejável indenizar-se o prejuízo, e a desfunção da propriedade.

Verifiquei aqui e devo dizer que o voto-condutor do acórdão recorrido é da lavra da eminente Ministra Eliana Calmon; eu o tenho por inteiro e vou fazer a leitura. Avaliou-se cada um dos componentes e chegou-se a valores que, **data venia**, superavam e muito os indicados valores de mercado pelos órgãos chamados “oficiais ou financiadores” da produção: Banco do Brasil, Banco da Amazônia, Prefeitura, etc. Aqui vou ler um trecho do próprio voto da Ministra Eliana Calmon, quando ela diz:

“1. O valor da terra nua foi fixado a partir da localização do imóvel, como já destacado, bem assim o seu potencial;

2. Seguindo quase que a mesma ordem seqüencial do dispositivo legal em destaque, no cálculo do valor da terra nua, após a localização, capacidade potencial e dimensão do imóvel, passou o vistor oficial a colher dados da Emater, para quem o valor da aquisição de uma propriedade com as características da expropriada era de NCz\$ 6.000,00 (seis mil cruzados novos). O Banco do Brasil forneceu o preço de NCz\$ 1.000,00 (mil cruzados novos); a Prefeitura Municipal de Santa Luzia indicou o preço de NCz\$ 6.000,00 (seis mil cruzados novos); os proprietários rurais consultados elevaram a NCz\$ 10.000,00 (dez mil cruzados novos) e o serviço de corretagem local apresentou o preço de NCz\$ 6.000,00 (seis mil cruzados novos).”

E diz que o perito tomou como base o valor médio de NCz\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos cruzados novos).

Ora, em razão desse preço, como visto, o valor da chamada cobertura vegetal atinge 330 e tantos milhões, enquanto que o valor da terra em si era

insignificante. Vejam que são duas as propriedades; ainda que a expropriação cuide da gleba por inteiro, há como que uma divisão aqui: uma propriedade se dedicava à extração de madeira; a outra, tinha uma quantidade muito grande também de pastos, etc., enfim, uma outra era voltada para uma atividade chamada mista. Então, entendo que a perícia teria que contemplar essas particularidades de cada um dos imóveis e não só fazer uma avaliação da árvore, seja por que método for, mas, sobretudo, verificando a própria contabilidade da fazenda, porque, se é uma propriedade rural e, no caso, pessoa jurídica, comercializando seja que produto for, ela é obrigada a fazer os pagamentos devidos ao Ibama, ao Incra e ao Funrural; vale dizer, ela tem a sua vida econômica facilmente avaliada, o que afastaria, de forma absoluta, o cálculo por amostragem. No mais, o que tenho observado nesses casos é que, não obstante toda a técnica dos avaliadores, são todos eles, na verdade, estranhos à terra, porque dizem que são todos – na maioria dos casos – agrônomos da Capital de São Paulo e lá se utilizam de valores e de métodos que, parece-me, não foram testados ou comprovados na Amazônia, pelo menos não foram testados e comprovados com esse nome pomposo que ostenta de método *Randon Sampling*.

A exploração de mata, em qualquer imóvel rural, se a atividade não é típica de madeireiro, no mais das vezes é uma atividade que não conduz à lucratividade e temos todos notícias de que o Brasil tem sido inclusive penalizado no conceito internacional com a pecha de grande predador das florestas pelos incêndios. Assim foi, por exemplo, quando a Volkswagen quis implantar um projeto de agropecuária da mesma forma que o Bradesco e outras grandes empresas nacionais que para lá se dirigiram, conduzidas ou orientadas pelo governo no período revolucionário, e lá o que se viu foram os grandes incêndios e por quê? Porque tirar a cobertura vegetal custa muito caro, exige maquinário pesado e se não se utilizar a forma do incêndio, não há possibilidade de fazer-se nada, porque não há outra forma de fazer brotar os grãos senão a de submeter os grãos e a terra à ação da fotossíntese, do sol. Nada nasce à sombra.

No mais das vezes, essas fazendas situadas na Floresta Amazônica têm até impossibilidade de retirada de árvores. Outras não, porque se encontram próximas a rios.

É preciso que cada um desses laudos avaliatórios avalie com mais profundidade cada caso concreto, sobretudo tendo em mira a lucratividade dos imóveis, pois essa atividade de extração pode ser predatória, pode não conduzir ao lucro mas, ao contrário, ao prejuízo – não digo nem ao prejuízo

ecológico, não estou falando disso –, para o proprietário que o executa, e normalmente na abertura de pasto. Quem veio das terras mais fracas de Minas, como nós da Bahia, sabe que para fazer-se um pasto gasta-se muito dinheiro. Como deve ser também em Goiás. Esse comércio de madeira não deve ser esse colosso todo que se pode imaginar, sendo aqui avaliado por mundos e fundos como me parece ter ocorrido neste caso.

Entendo, não obstante a Súmula n. 7, que, em se tratando de expropriação, temos a obrigação de esquadriñar a prova, pois só se pode chegar a justo preço mediante o exame detido da prova. Aliás, assim o fez durante todo o tempo o Supremo Tribunal Federal. Nos meus quarenta anos de experiência forense, colhi inúmeros julgados do Supremo, revisando e mandando fazer novas avaliações, sobretudo quando ainda não se tinha o instituto da correção monetária.

Nessa hipótese, além da objeção do Ministério Público, penso que haveria que se determinar, neste caso, se fizesse o laudo tendo em vista as finalidades e a realidade de cada um dos imóveis para que possamos firmar o justo preço devido.

Dou provimento ao recurso do Incra para mandar que se proceda à avaliação nos termos da lei, com rigor, atendendo-se à utilização, à vocação e aos resultados econômicos auferidos do imóvel.

“Ementa: Processo Civil e Administrativo. Recurso especial. Desapropriação. Reforma agrária. Art. 12 da Lei n. 8.629/1993. Medida Provisória n. 1.577/1997. Reedições. Terra nua e cobertura florística. Indenização em separado. Exploração econômica efetiva. Matéria de direito. Recurso especial provido.

Com a edição da Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, e suas sucessivas reedições, alterou-se o artigo 12 da Lei n. 8.629/1993, que, em seu § 2º, passou a dispor que ‘integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel’. Dessarte, faz-se mister a incidência do **ius superveniens** à espécie, para que se aplique à hipótese dos autos a nova redação dada ao artigo 12 pela Medida Provisória suso mencionada.

Da leitura da nova redação dada ao artigo 12 da Lei n. 8.629/1993, conclui-se que, não havendo exploração econômica efetiva da propriedade, o valor correspondente à cobertura florestal não deve ser

separado do valor atribuído à terra nua. No caso dos autos, conforme explicitado na sentença de 1ª instância, a expropriada não realizou qualquer investimento nos imóveis objeto de desapropriação com o escopo de comercializar madeira e tampouco comprovou que pudesse fazê-lo de imediato.

Mais a mais, a teor do que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 185, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária as propriedades produtivas, o que acentua o fato de que não havia efetiva exploração econômica das fazendas desapropriadas, mostrando-se incabível a fixação de indenização em separado da cobertura florística.

A hipótese vertente não trata de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de qualificação jurídica dos fatos, que se não confunde com matéria de fato.

Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, para, realizada nova avaliação, sejam após examinadas as apelações interpostas pelas partes à luz da nova redação dada ao artigo 12 da Lei n. 8.629/1993 pela Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, e suas sucessivas reedições.”

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, interpôs ação de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, contra Fazenda Planalto/Pedesa, de propriedade da Fazenda Santa Inácia S/A – Fisa, situado no Município de Santa Luzia, Estado do Maranhão.

O r. Juízo de 1ª grau (fls. 432/440) estimou o valor da terra nua e benfeitorias com base no laudo do perito oficial e, quanto à cobertura vegetal, reduziu a indenização em 20% (vinte por cento) da avaliação oficial, uma vez que “no Estado do Maranhão, embora as matas sejam consideradas no preço das transações imobiliárias, o certo é que a terra nua sempre teve mais valor do que a cobertura florística” (fl. 435), e “a exploração das florestas está sujeita a uma série de limitações administrativas, (...), o que torna difícil e sujeita a entraves técnicos e burocráticos sua utilização para fins comerciais” (fl. 436).

Salientou, também, ser improvável que a expropriada estivesse comercializando madeira ou que pudesse fazê-lo de imediato, em face da

inexistência de benfeitorias ou de qualquer infra-estrutura implantada no imóvel com esse escopo; que a exploração da floresta primitiva existente no remanescente do imóvel sujeita-se à prévia aprovação do Ibama, cuja autorização depende de rigorosas exigências técnicas; e que “qualquer atividade econômica no Brasil tem custo operacional em média de 35%, decorrente dos encargos trabalhistas, de pessoal, de tributos e, **in casu**, de transportes” (fl. 437).

Por outro lado, sustentou que, “em tal contexto, tratando-se o imóvel de bem cujas matas foram avaliadas por preço superior 5 vezes ao da terra nua, indenizar inteiramente a cobertura florestal por tal preço seria premiar, de modo imoral, o proprietário, que no processo de desapropriação receberia valor várias vezes superior ao que obteria se alienasse o bem a particulares” (fl. 436).

Irresignadas, as partes apelaram, subindo os autos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A expropriada insurgiu-se contra a fixação do valor da cobertura florestal, ao fundamento de que “a única condição imposta pela jurisprudência à indenização da cobertura florestal, na desapropriação de imóvel rural por interesse social, é que a sua exploração seja economicamente viável” (fl. 445).

O Incra, por outro lado, interpôs recurso de apelação sob a alegação, em síntese, de que “para fins de reforma agrária, não há porque indenizar a cobertura florística” (fl. 457) e de que “não há pesquisa de mercado que demonstre a existência de contratos de compra e venda de imóveis rurais, onde se pague separadamente terra nua de cobertura vegetal” (fl. 456). Nesse sentido, requereu “a exclusão da indenização do **quantum** referente à cobertura florística, observado que já se encontra agregado ao valor da terra nua” e insurgiu-se “contra a condenação ao pagamento de juros compensatórios de 12% (doze por cento) e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, calculados a contar do trânsito em julgado da sentença” (fl. 457).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região rejeitou a preliminar de nulidade do processo argüida pelo Ministério Público Federal (cf. fls. 475/508) e, no mérito, negou provimento ao apelo do Incra e deu parcial provimento ao recurso da expropriada.

Entendeu a Corte de origem que não houve nulidade na avaliação oficial e que o perito oficial, ao avaliar a terra nua, utilizou-se de método utilizado por todos os peritos, o denominado “método direto”, baseado na pesquisa de preços de propriedades semelhantes localizadas na região do imóvel, estabelecendo uma média aritmética do preço por hectare.

Quanto ao valor da cobertura florestal, alegou que a sugestão do *Parquet* de que a indenização fosse objeto de ação em apartado diverge da jurisprudência, que se situa “hoje na idéia do valor das acessões separadamente do valor da terra nua” (fl. 618). Por outro lado, sustentou que foram considerados na avaliação da cobertura florestal o fato de que as fazendas expropriadas localizam-se em área cortada por rodovia asfáltica, “o que facilita o escoamento de produtos agropecuários e florestais” (fl. 618), e a significativa demanda do carvão. No entanto, ao fundamento de que a reserva florestal não pode ser incluída na indenização, por ser indenizável aquilo que é plenamente comercializado, limitou a 50% (cinquenta por cento) o valor da indenização da cobertura florestal. Por fim, manteve as benfeitorias avaliadas com a depreciação pelo seu estado e os juros moratórios e compensatórios, a partir da imissão.

Diante desse desate, Fazenda Santa Inácia S/A, o Incra e o Ministério Público Federal opuseram embargos declaratórios.

O Tribunal de origem acolheu os embargos da expropriada, acolheu em parte os embargos do Ministério Público Federal e rejeitou os embargos do Incra, para corrigir erro material referente ao laudo, porque já abatida da estimativa oficial a área da preservação florestal, e reduzir os honorários advocatícios.

Irresignado, o Incra interpôs recurso especial com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, alegando violação aos artigos 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, além de ofensa ao artigo 12, §§ 1^a e 2^a, da Lei n. 8.629/1993, por entender excessiva a indenização da cobertura vegetal imposta pela Corte de origem.

Esta egrégia Segunda Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deu provimento ao recurso do Incra, para cassar o v. acórdão recorrido, devido à prestação jurisdicional incompleta, configurada pela ausência de exame da aplicabilidade do artigo 12, §§ 1^a e 2^a, da Lei n. 8.629/1993, determinando o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**.

O Tribunal Regional Federal da 1^a Região manteve o v. acórdão recorrido, para negar provimento ao recurso do Incra e do Ministério Público Federal e dar parcial provimento ao recurso da expropriada. Alegou a ilustre relatora, Juíza Eliana Calmon, que “o artigo 12 da Lei n. 8.629/1993 teve sua redação alterada pela Medida Provisória n. 1.577-2, de 7.8.1997, em data posterior ao julgamento da apelação” (fls. 726/727) e que a tese da indenização, em separado, da cobertura florestal, tem apoio na jurisprudência

e no artigo 12 da Lei n. 8.629/1993, com a redação dada pela Medida Provisória n. 1.577-2, de 7.8.1997.

De outra feita, sustentou que considera “razoabilíssima a fixação do preço da terra nua pelo perito oficial” (fls. 724/725) e que a avaliação em separado da cobertura vegetal “em nada alteraria o preço, se feita criteriosamente” (fl. 725).

O v. acórdão restou assim ementado:

“Constitucional e Administrativo. Desapropriação. Indenização da cobertura vegetal. Laudo pericial. Benfeitorias. Juros compensatórios.

1. A cobertura vegetal, como acessão natural, é indenizável em TDAs, observando-se a limitação administrativa da sua utilização.

2. Laudo pericial que se utilizou da amostragem casual *Random Sampling* – média aritmética, método habitual nas perícias dos processos expropriatórios, de absoluta idoneidade.

3. Benfeitorias avaliadas com a depreciação pelo seu estado (boas, regulares e precárias).

4. Juros compensatórios devidos a partir da imissão.

5. Recursos do Incra e do Ministério Público Federal improvidos e provido em parte o recurso da expropriada.” (fl. 735).

Em recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, alega o Incra que houve violação ao artigo 12 da Lei n. 8.629/1993. Nesse sentido, sustenta que não se pode considerar cobertura florestal como benfeitorias (fl. 740) e que “não se pode admitir, (...), que a mata nativa seja indenizada separadamente da terra nua, vez que quando se faz a avaliação da terra nua, considera-se incluído o valor da mata, considerando conforme apresentado pelo Juiz de 1ª instância que a mata do imóvel desapropriado é de difícil comercialização” (fl. 743).

Insurge-se, ainda, quanto ao aumento de 20% (vinte por cento) para 50% (cinquenta por cento) da verba indenizatória referente à cobertura florística, “principalmente quando se defende não ser devida qualquer parcela a esse título, o que representa pagamento por toda a floresta existente no imóvel, excluídos apenas, o que já havia feito o laudo pericial, os 50% de reserva florestal, o que por certo propicia enriquecimento ilícito da expropriada” (fl. 744).

No tocante aos juros compensatórios, sustenta que “quando se trata de propriedade improdutiva, não há perda de rendimentos” (fl. 746), razão pela qual não são cabíveis na desapropriação agrária. Outrossim, alega que, se cabíveis os juros compensatórios, esses deveriam incidir no período compreendido entre a imissão provisória na posse até a transferência do domínio ao expropriante, sobre a diferença do valor ofertado em juízo e o valor fixado na sentença, no percentual de 6% (seis por cento), de acordo com o que dispõem as Medidas Provisórias n. 1.577 e 1.632, aplicadas retroativamente.

Em relação aos juros moratórios, afirma que não devem incidir sobre os valores que serão indenizados por meio de títulos da dívida agrária, sob pena de “haver duplicidade de juros para a mesma verba, os já embutidos no título e os derivados da condenação judicial” (fl. 756). Por fim, aponta divergência jurisprudencial com julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que é “incabível nas desapropriações a cumulação dos juros compensatórios com os moratórios, pelo que são devidos somente estes a partir do trânsito em julgado do acórdão do Tribunal **a quo**”.

Entendeu o ilustre relator, Ministro Peçanha Martins, que inexistente imperativa determinação legal no sentido de que se proceda à avaliação das terras como um todo, mas que não se abre mão dessa avaliação, uma vez que o comum, na compra de imóveis rurais, é a compra do imóvel como um todo. Salientou, também, o ínclito Relator, que, na hipótese dos autos, duas propriedades estão sendo objeto de desapropriação e que a perícia teria de contemplar as particularidades de cada uma delas, analisando a lucratividade dos imóveis. Nesse sentido, deu provimento ao recurso do Incra para determinar que se proceda à avaliação nos termos da lei, atendendo-se à utilização, à vocação e aos resultados econômicos auferidos do imóvel.

Insurge-se o Recorrente, primeiramente, contra a indenização, em separado, da cobertura florestal em relação à terra nua, “vez que quando se faz a avaliação da terra nua, considera-se incluído o valor da mata, considerando conforme apresentado pelo Juiz de 1ª instância que a mata do imóvel desapropriado é de difícil comercialização” (fl. 743).

Esta Corte, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, havia firmado o entendimento do cabimento da indenização pelas florestas naturais, como acessões do solo, com o valor fixado em separado da indenização pela terra nua.

Entretanto, com a edição da Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, e suas sucessivas reedições, alterou-se o artigo 12 da Lei n. 8.629/1993, que passou a dispor, **in verbis**:

“Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I – localização do imóvel;

II – aptidão agrícola;

III – dimensão do imóvel;

IV – área ocupada e ancianidade das posses;

V – funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias.

(...)

§ 2º. Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.”

Dessarte, faz-se mister a incidência do **ius superveniens** à espécie, para que se aplique à hipótese dos autos a nova redação dada ao artigo 12 pela medida provisória suso mencionada.

Com efeito, apesar da alteração à redação do artigo 12 da Lei n. 8.629/1993, pela Medida Provisória n. 1.577-2, de 7.8.1997, ter ocorrido, como salientou a ilustre relatora **a quo**, “em data posterior ao julgamento da apelação” (fls. 726/727), com o retorno dos autos ao referido Tribunal, determinado por esta colenda Corte, foi-lhe dada a oportunidade de manifestar-se, em consonância com a regra do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Oportunas e precisas as considerações tecidas por **Galeno Lacerda**, publicadas na Revista *Ajuris* (vol. 28/7), acerca do artigo 462 do Código de Processo Civil, transcritas no v. acórdão da Terceira Câmara Civil do egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, relatado pelo ilustre Juiz João Sedinei Ruaro, julgado em 21.8.1991:

“Esse notável e avançadíssimo preceito, sem paralelo nos Códigos alemão e italiano, **Alfredo Buzaid** o trouxe, com modificações

ampliadoras do artigo 663 do Código português, que o inscreve sob o título *Atendibilidade dos Fatos Jurídicos Supervenientes*. A norma é tão revolucionária, mexe com tantos princípios processuais, elevados a dogmas consagradores de verdades tidas como absolutas e imutáveis, rasga horizontes tão vastos e surpreendentes, que a doutrina, temerosa de aventurar-se em mundo novo e desconhecido, se encolhe acanhada e vacilante.

Devem a coragem e a ousadia de **José Alberto dos Reis**, o grande mestre lusitano, a redução, pela vez primeira, ao Direito Positivo moderno, de idéias sobre a relevância dos fatos supervenientes, de que **Chiovenda**, entre outros, se fizera expoente. Depois de assinalar que a aplicação rigorosa do princípio de que ‘deve atuar-se a lei como se isso ocorresse no momento da demanda’, ofenderia outro princípio mais alto, o da ‘economia dos processos’, **Chiovenda** admite que, sob a condição de não se alterar o pedido no curso do processo, se possa fazer valer uma causa superveniente, quando esta se traduzir no próprio fato jurídico afirmado como existente na demanda, embora, naquela ocasião, ainda não tivesse ocorrido (Instituições, 1/257, n. 38).

José Alberto dos Reis, no comentário ao artigo 663 do Código português, diz, com acuidade, que ‘o fato superveniente veio pôr em movimento o direito alegado pelo autor e não um direito diferente desse. A causa de pedir não sofre alteração’, pois ‘o fato superveniente, de eficácia constitutiva, há de conter-se na causa de pedir sobre que assenta a ação’ (Código de Processo Civil Anotado, V/84). O mesmo vale, para ambas as partes, quanto aos fatos modificativos e extintivos.

Como quer que seja, a tese, transformada em lei e adotada pelo Direito brasileiro, de modo ainda mais abrangente do que o português, abala e subverte velhos princípios, como o do efeito consumptivo da **litis contestatio**, em sua rígida imutabilidade formal. Se não há mudança do pedido, há, sem dúvida, modificação entre os fatos anteriores e os posteriores à inicial e à contestação, transformação que deve, por lei, ser considerada. O processo deixa de ater-se a um momento estático no tempo para afeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial.” (apud CPC nos Tribunais – Atualização – 1994, de **Darcy Arruda Miranda Júnior** e outros, Ed. Jurídica Brasileira, 1994, art. 462, pp. 884/885).

Vale lembrar, ainda, que o conhecimento do **ius superveniens** não se restringe ao 1º grau de jurisdição. É copiosa a jurisprudência (Apelação n. 461/1988, j. em 1.7.1988, rel. Des. Barbosa Moreira, **in** RT 640/170, **apud Alexandre de Paula**, **in** CPC Anotado, Ed. RT, vol. II, 6ª ed., p. 1.736; REsp n. 1.109-MG, **in** RSTJ, 2 [12]: n. 261-437, agosto/1990; REsp n. 12.636-RS, **in** RSTJ, 5 [42]: 185-489, fevereiro/1999, e REsp n. 19.593-0-MG, **in** RT 687/200, todos os três últimos relatados pelo Min. Sálvio de Figueiredo, e REsp n. 75.003-RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, RSTJ, 8 [87]: 195-255, novembro/1996).

De fato, a Medida Provisória n. 1.703/1998 nada mais representou do que uma das 56 reedições da Medida Provisória n. 1.577/1997, que, por seu turno, além daquela numeração, já possuiu inúmeras outras – Medidas Provisórias n. 1.632/1997; 1.658/1998; 1.703/1998; 1.774/1998; 1.901/1999; 1.997/1999; 2.027/2000; 2.109/2000 – e cuja última versão, 2.183/2001, teve sua reedição final em 24.8.2001 e está atualmente em vigor, nos termos da Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.2001.

Nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, assim, é de ser levado em consideração o direito superveniente surgido com a edição da citada medida provisória, uma vez que “a sentença deve (...) refletir o estado de fato da lide no momento da decisão, devendo o Juiz levar em consideração, de conformidade com os arts. 303, I, e 462 do CPC, direito superveniente ou fato constitutivo, modificativo ou extintivo, pois aquele nada mais é que o resultado da incidência deste” (RT 527/107).

É certo que o princípio da justa indenização restou apenas explicitado na referida legislação, que positivou orientação que já vinha, ou deveria vir, sendo seguida pela jurisprudência. Ocorre, porém, que não se pode ignorar legislação vigente. A indenização fixada deve ser justa aos olhos do julgador, mas de acordo com os parâmetros estabelecidos na lei.

Por outro lado, conforme salienta o ilustre Juiz Saulo Casali Bahia, do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, “a inovação legal não vedou de todo a indenização separada da floresta natural, quando demonstrado, com inventário florestal e projeto de manejo florestal sustentado, que existia a sua efetiva exploração econômica, hipótese em que a (respectiva) indenização, distinta do valor da terra, deve ser paga na razão direta do proveito econômico frustrado pela desapropriação, tendo em vista o restante do prazo do projeto de manejo florestal. Entender o contrário, com a devida vênia, é violar diretamente o princípio constitucional do justo preço pelo desapossamento da propriedade, (...). Assim, não existindo exploração econômica da

cobertura florestal natural, ainda que viável, não é cabível a indenização em separado, (...), devendo as matas naturais ser indenizadas juntamente com o valor de mercado da terra, como acessões do principal” (Apelação Cível n. 1997.43.00.001647-4-TO, DJ de 6.9.2002).

Com efeito, da leitura da nova redação dada ao artigo 12 da Lei n. 8.629/1993, conclui-se que, não havendo exploração econômica efetiva da propriedade, o valor correspondente à cobertura florestal não deve ser separado do valor atribuído à terra nua, uma vez que integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural.

No caso dos autos, conforme explicitado na sentença de 1ª instância, a expropriada, estabelecida em São Luís, Estado do Maranhão, não realizou qualquer investimento nos imóveis objeto de desapropriação com o escopo de comercializar madeira, tampouco comprovou que pudesse fazê-lo de imediato, “em face da inexistência de benfeitorias ou de qualquer infraestrutura implantada no imóvel com esse escopo” (fl. 437).

Mais a mais, a teor do que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 185, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária as propriedades produtivas, o que acentua o fato de que não havia efetiva exploração econômica das fazendas desapropriadas, mostrando-se incabível a fixação de indenização em separado da cobertura florística.

De outra parte, deve ficar registrado que a hipótese vertente não trata apenas de matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se de *qualificação jurídica dos fatos*, que se não confunde com matéria de fato.

A distinção entre “juízo de fato” e “juízo de valor” se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O “fato” e o “direito” se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de **Antônio Castanheira Neves**, não tem sentido “o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas ‘idéia’ transcendental) do homem real (não do ‘sujeito em geral’ ou gnoseológico) a ‘puro facto’ ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido” (in *Questão de Facto – Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967, p. 500).

Embora tradicionalmente se distinga “questão de fato” da questão de saber se “o que aconteceu” (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por

vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela “existência” de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica (cf. **Karl Larenz**, “Metodologia da Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., pp. 295/296).

Existem hipóteses, portanto, em que a “seleção” da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, ensina **José Carlos Barbosa Moreira**, que, quando “se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la à hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la à hipótese nele contida” (in *Temas de Direito Processual— Segunda Série*, 1980, Saraiva, p. 235).

Assim, na lição de **José Afonso da Silva**, “os erros do Juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato ou da má compreensão de direito. Significa dizer que o Juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato), ou não compreende o sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados, no processo, e que orientam aquelas condutas, e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito)” (in *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, RT, p. 131).

Dessa forma, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de **Gabriel Marty** de “*que tout problème de qualification est question de droit*” (in *La Distinction du Fait et du Droit*, Paris, Recueil Sirey, 1929, pp. 204/205).

Como conclui **José Miguel Garcia Medina**, depois de examinar no corpo de sua monografia de modo percuciente a matéria, “excluem-se das

questões de fato a qualificação jurídica dos fatos, pois quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei” (cf. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial, Ed. RT, 2ª ed., item n. 37, p. 306).

A questão relativa aos juros moratórios e compensatórios deverá ser examinada oportunamente.

Diante do exposto, por fundamentos distintos, dou provimento ao recurso do Incra e, desconstituído o v. acórdão recorrido, determino o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, para, realizada nova avaliação nos termos supradelimitados, sejam, após, examinadas as apelações interpostas pelas partes à luz da nova redação dada ao artigo 12 da Lei n. 8.629/1993 pela Medida Provisória n. 1.577, de 11 de junho de 1997, e suas sucessivas reedições.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, havia realmente estudado essa questão, até porque estou com muitos processos de desapropriação para julgar, e também cheguei à conclusão da possibilidade de esquadriñar a prova em matéria de desapropriação. Só com o reexame da prova se pode chegar ao justo preço da indenização.

Acompanho o voto de V. Ex.^a quanto à conclusão de voltar o processo para que seja procedida nova avaliação na forma determinada pelo art. 12 da Lei n. 8.629/1993.

RECURSO ESPECIAL N. 312.762 – RJ

(Registro n. 2001.0033753-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Paulo Penalva Santos e outros
Recorrida: Empla Embalagens Plásticas Ltda
Advogados: Sylvio Kelner e outros

EMENTA: Processo Civil – Execução fiscal – Prescrição intercorrente.

1. Quando devida, a intimação do representante da Fazenda Pública é pessoal.

2. Não encontrado o devedor e citado o mesmo por edital, ao qual não atendeu, restou inerte a exeqüente.

3. Atuação processual somente após cinco anos, quando já consumada a prescrição intercorrente.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Franciulli Netto, Laurita Vaz, Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 28 de maio de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

Publicado no DJ de 5.8.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente nos autos da execução fiscal promovida pelo Estado do Rio de Janeiro.

O decurso de prazo quinquenal ocorreu após a citação por edital do devedor.

O TJRJ entendeu ser desnecessária a intimação do Exeqüente após a citação para dar prosseguimento ao feito.

O Estado do Rio de Janeiro, restando vencido, defendeu a tese de que caberia ao Juiz intimá-lo pessoalmente da citação, impulsionando o processo, conforme o disposto nos arts. 25 da Lei n. 6.830/1980, e 262 do CPC, concluindo que a prescrição ocorreu por culpa da serventia judicial.

No especial, amparado pelas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega o Recorrente ter ocorrido violação aos arts. 25 da Lei n. 6.830/1980, 234 e 262 do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Apresentadas as contra-razões, e inadmitido o recurso na origem, foi determinada a convolação do agravo de instrumento em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Afasta-se o conhecimento do recurso especial pela alínea **c**, visto que não demonstrada a similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado, consoante o art. 255, § 2º, do RISTJ.

Pela alínea **a**, tenho como prequestionados os arts. 25 da Lei n. 6.830/1980, e 262 do CPC, ensejando o exame do recurso.

Não tem razão a Fazenda, porque não competia à Justiça intimá-la no curso do lapso prescricional.

Observe-se que no endereço fornecido pela Exeqüente não foi localizado o devedor, o que levou o Cartório a intimá-la, momento em que foi pedida a citação editalícia. Publicados os editais, bem ou mal, com ou sem atraso, não compareceu a Executada, nem o Exeqüente voltou a requerer coisa alguma, em absoluta desídia na condução da execução, para só fazê-lo seis anos depois, quando requereu a citação dos sócios da Empresa-executada.

Com efeito, é pessoal a intimação da Fazenda, nos termos do art. 25 da LEF mas, na hipótese, não caberia a intimação do processo, mas, sim, diligência da Exeqüente que acabou por olvidar a demanda de seu interesse.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 343.800 – MG

(Registro n. 2001.0104007-3)

Relator: Ministro Paulo Medina
Recorrente: Cerealista Nova Safra Ltda
Advogado: Leonardo Augusto de Almeida Aguiar
Recorrida: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Procuradores: Nilber Andrade e outros

Sustentação oral: Leonardo Augusto de Almeida Aguiar (pelo recorrente)

EMENTA: Tributário – Mandado de segurança – ICMS – Regulamento estadual – Efeitos concretos – Cabimento – Crédito tributário – Base de cálculo reduzida – Crédito do tributo referente à operação anterior – Proibição de aproveitamento integral – Princípio da não-cumulatividade – Violação à Lei Complementar n. 87/1996.

I – Admite-se mandado de segurança contra lei de efeitos concretos, revestida de caráter de ato administrativo.

II – Conhece do recurso especial interposto contra acórdão que se assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, distintos e suficientes para determinarem o desfecho adequado da lide.

III – É de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subsequente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto.

IV – Ofensa à Lei Complementar n. 87/1996, que disciplina o regime da compensação de crédito do ICMS. Princípio da não-cumulatividade.

V – Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, divergindo do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon e Franciulli Netto votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 3 de dezembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso especial interposto por Cerealista Nova Safra Ltda com fundamento nas alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado:

“Ementa: Tributário. ICMS. Alíquota diferenciada. Possibilidade. Princípios: da legalidade, da separação dos poderes e da não-cumulatividade. Infringência não caracterizada.

Com a edição da Lei Complementar n. 87/1996, nosso ordenamento jurídico possibilitou aos membros da Federação fixarem alíquotas diferenciadas para determinadas operações interestaduais, dentro dos limites fixados pelo Senado Federal, a tanto, sem que isso convole-se em ataque aos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Havendo redução da alíquota de ICMS, o contribuinte recolhe o imposto a menor e, de consequência, a compensação prevista no princípio da não-cumulatividade haverá de ser realizada, na operação posterior, na proporção em que o contribuinte havia recolhido, a tanto. Logo, não se há de falar em ofensa ao referenciado princípio. Apelação desprovida.”

Interpostos embargos de declaração para fins de prequestionamento, os mesmos foram rejeitados, com a seguinte ementa:

“Ainda que a parte maneje os embargos de declaração aos fins de prequestionar, explicitamente, a matéria versada na controvérsia ao escopo da utilização de recursos outros, imprescindível é que tal recurso sujeite-se às disposições do art. 535 do CPC. Embargos de declaração rejeitados.”

Alega a Recorrente que o acórdão vergastado teria violado o disposto nos arts. 19, 20 e 21 da Lei Complementar n. 87/1996, haja vista que referidos dispositivos legais lhe asseguram o direito de aproveitar integralmente o crédito conferido, ao passo que o Decreto Estadual n. 38.104/1996 vedou-lhe o aproveitamento integral do crédito referente ao ICMS efetivamente pago na operação anterior.

Defende, portanto, que o acórdão guerreado teria julgado válida norma contida no referido decreto que teria trazido ao princípio constitucional da

não-cumulatividade nova exceção, à medida que impõe seja a anulação de crédito tributário concretizada não só quando das operações amparadas pela isenção ou não-incidência, mas, também, pela redução da base de cálculo.

Contra-razões da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais às fls. 324/339, alegando, preliminarmente, que o acórdão vergastado não apresentou a controvérsia sobre qualquer dispositivo de lei federal. Defende o não-cabimento do mandado de segurança, por se tratar de lei em tese. Aduz que o direito ao crédito do imposto, para ser imputado ao débito pelas saídas tributadas, não é absoluto, como entende a Recorrente, e pode vir a sofrer restrições constitucionais explícitas e implícitas, que decorrem da própria sistemática pela qual se opera, em nível infraconstitucional, o princípio da não-cumulatividade do ICMS. Entende que a redução da base de cálculo pode ser definida como isenção, ainda que de isenção parcial se trate, via de consequência, sua ocorrência implicaria na anulação do crédito escritural (estorno) de forma proporcional à diminuição havida no tributo devido.

Interpostos os recursos especial e extraordinário, ambos foram admitidos pelo Tribunal de origem, conforme decisões de fls. 359/360 e 361/363.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): Em primeiro lugar, a preliminar suscitada pela Recorrida, de não-cabimento do mandado de segurança, por tratar-se de lei em tese, não merece acolhida.

O tributo em questão, ICMS, se inclui nos tributos de lançamento por homologação, criando-se, pois, uma obrigação para o contribuinte de recolhê-lo, independente de ato da autoridade.

Destarte, trata-se de dispositivo legal revestido de caráter de ato administrativo, de efeitos concretos, posto que somente haverá intervenção da Administração caso não se efetue o devido pagamento do tributo. Afasta-se, portanto, a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese.

Cinge-se a questão à ilegalidade e inconstitucionalidade porventura insertas no art. 3º do Decreto Regulamentar do Estado de Minas Gerais n. 38.911/1997, que deu nova redação ao item 23.4 do Decreto Estadual n. 38.104/1996 (RICMS), passando a limitar o crédito relativo às operações interestaduais, ao restringi-lo de acordo com o percentual efetivamente pago nas operações subseqüentes. Tal norma estaria em confronto com a Lei Complementar n. 87/1996, que prevê a compensação integral do montante cobrado

nas operações anteriores, de que tenha resultado a entrada de mercadoria, com o imposto cobrado na saída da mesma mercadoria.

Assim, a Recorrente, que adquire mercadoria de outro Estado à alíquota de 12% e vende a mesma mercadoria no território mineiro com alíquota de 18%, nos termos do Decreto n. 38.911/1997 terá a redução da base de cálculo à proporção de 61,11%. Por isso, ainda nos termos do citado decreto, terá que estornar parcialmente seu crédito da primeira operação, de forma que sua parte utilizável não exceda a 7% do valor da base de cálculo do imposto, ou seja, anulando-se parte do crédito, haverá um saldo remanescente do tributo a ser pago.

No seu entendimento, referido procedimento estaria a contrariar o disposto nos arts. 19, 20 e 21 da Lei Complementar n. 87/1996, **verbis**:

“Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.”

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.”

“Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I – for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada de mercadoria ou da utilização do serviço.”

Ressalte-se, **a priori**, que a não-cumulatividade do ICMS é regra instituída pela Constituição Federal, no seu art. 155, § 2º, reproduzida pela Lei Complementar n. 87/1996, que também, a despeito de se tratar de norma regulamentadora, dispõe sobre a forma de compensação do tributo. Na verdade, a lei complementar veio disciplinar o regime de compensação de imposto.

Destarte, o acórdão vergastado ao mesmo tempo que afirma estar o decreto estadual em comento de acordo com o princípio constitucionalmente previsto, sendo cabível a compensação, ressalva que “não poderá praticar o estorno na integralidade do crédito”, ou seja, como dispõe o diploma infraconstitucional.

Trata-se, portanto, de decisão com fundamentos constitucional e infraconstitucional, distintos e suficientes, por si só, a determinarem o desfecho adequado da lide. A assertiva pode ser comprovada pela admissão de ambos os recursos pelo Tribunal de origem.

Como bem asseverado pela Ministra Eliana Calmon no AgRg no Agravo de Instrumento n. 454.244-DF, “É importante ressaltar, ainda, que não é a natureza da matéria discutida que fixa a competência do STF ou do STJ, mas o fundamento do acórdão que dá a diretriz quanto ao cabimento de recurso especial e/ou recurso extraordinário”. (DJ de 16.9.2002).

Por isso, assentando o acórdão atacado em fundamento constitucional e infraconstitucional, há que se conhecer do recurso especial, haja vista a simultânea interposição de recurso extraordinário. Nesse sentido, extrai-se do voto-condutor proferido no AgRg no AgRg no REsp n. 246.763-MG, da relatoria da Ministra Nancy Andrichi:

“Quando o acórdão **a quo** se assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, não é de se obstaculizar o seguimento do recurso especial, ao argumento de que o aresto julgou a matéria com esteio na Constituição Federal, ainda mais se o Recorrente interpõe o recurso extraordinário competente, observando o enunciado da Súmula n. 126-STJ, porque os fundamentos utilizados pelo julgado são suficientes de **per si** para mantê-lo.” (DJ de 16.10.2000).

Assim, entendo que o fundamento do acórdão enseja a interposição do recurso especial, pelo que merece ser conhecido.

A Constituição Federal, no art. 155, § 2º, I, preceitua que:

“será não-cumulativo compensando-se o que for devido em dada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.”

Nesse diapasão, dispõe o art. 20 da Lei Complementar n. 87/1996 que “na compensação é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do

imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.

Destarte, pode-se afirmar que o princípio da não-cumulatividade enseja a observação do crédito do imposto relativo à circulação de mercadorias diante de operações sucessivas, sempre utilizando-se o instituto da compensação.

A essa regra, a própria Carta Magna fixou duas exceções, não cabendo ao legislador infraconstitucional ampliar o alcance das mesmas. São elas as hipóteses da isenção e da não-incidência, casos em que o sujeito passivo deverá estornar o imposto que se tiver creditado.

A redução da base de cálculo não se confunde com isenção. Na precisa lição de **Sacha Calmon**: “Ocorre, no entanto, que à luz da teoria da norma jurídica tributária, a denominação de isenção parcial do imposto a pagar, através das minorações diretas de base de cálculo e de alíquotas, afigura-se absolutamente incorreta e inaceitável. A isenção ou é total ou não é, porque a sua **essencialia** consiste em ser modo obstativo ao nascimento da obrigação. Isenção é o contrário de incidência. As reduções, ao invés, pressupõem a incidência e a existência do dever tributário instaurado com a realização do fato jurígeno previsto na hipótese de incidência da norma de tributação. As reduções são diminuições monetárias no **quantum** da obrigação, via base de cálculo rebaixada ou alíquota reduzida”. (Curso de Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 177).

Esse entendimento já foi adotado pela Primeira Turma dessa Corte, no voto da lavra do Ministro Milton Luiz Pereira, cujo trecho transcreve-se:

“Nesse sítio, de pronto, registra-se que o favorecimento fiscal concedido consubstancia ‘redução’ da base de cálculo do ICM, refletindo-se na constituição de débito fiscal inferior ao ordinariamente devido. Todavia, diga-se que alíquota reduzida não se confunde com isenção, justapondo-se que esta, por si, não implica redução do ICMS.”

“Não se confundindo isenção com redução, conclusivamente, sobressai que a Súmula n. 575-STF servindo à hipótese da isenção, não contempla a ‘redução’ de alíquota, descabendo ampliar a sua incidência sobre fato não albergado na sua origem e finalidade, criando um favorecimento isencional anômalo.” (REsp n. 115.307, DJ de 3.11.1998).

Destarte, não se confundindo a redução da base de cálculo com a isenção do tributo, a anulação do crédito relativo à operação anterior não se lhe aplica. Isto porque, as exceções previstas na Constituição da República e na Lei Complementar n. 87/1996, devem ser interpretadas de modo bastante rígido, não sendo admissível, assim, qualquer equiparação a tais institutos por parte do legislador ordinário ou do aplicador da legislação, pois o direito ao crédito é amplo e irrestrito.

Corroborando este entendimento, ensina **Roque Antônio Carrazza**:

“Chegamos a essa conclusão efetuando uma interpretação ‘a contrário’ do art. 155, § 2^o, II, **a** e **b**, da Constituição Federal. Relembrando-se: se a isenção ou não-incidência (a menos que a legislação disponha de modo diverso) ‘não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes’ e ‘acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores’, temos que nas demais hipóteses – como as agora contempladas –, haverá crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e, portanto, *não poderá ocorrer a anulação, ainda que parcial, do crédito relativo às operações anteriores.*”

Em síntese, no chamado ‘ciclo de circulação’ (curso da mercadoria da fonte produtora ao consumidor final), nenhum outro incidente jurídico, além da isenção ou da não-incidência, poderá restringir os efeitos do princípio da não-cumulatividade do ICMS.” (ICMS, 7^a ed., Malheiros, p. 268).

Portanto, em respeito ao princípio da legalidade insculpido no art. 5^o, II, da CF, não é dado ao legislador ordinário ampliar prescrição taxativamente estabelecida pela Carta Maior. Acrescenta-se, ainda, o disposto no art. 97 I, II, III e IV, do CTN, que reforçam a exigência de lei para majoração de tributos.

No caso em comento, a anulação parcial do crédito resulta em desrespeito ao princípio da não-cumulatividade, e, portanto, aumento de tributo, posto que a Recorrente suportará carga tributária a maior.

E prossegue **Roque Antônio Carrazza**:

“Reduzindo o raciocínio à sua expressão mais simples, a aquisição de bens ou mercadorias destinados ao ativo imobilizado do contribuinte não foi considerada, pela Constituição, hipótese apta a acarretar

a anulação, ainda que parcial, do crédito relativo às operações ou prestações anteriores. *O mesmo podemos dizer das aquisições de bens ou mercadorias para serem utilizados, pelo contribuinte, em seu processo industrial ou comercial. Todos estes créditos, sem exceção, poderão ser integralmente aproveitados.*

Obviamente, qualquer disposição em contrário contida na legislação do ICMS será inconstitucional, justamente por acutilar o princípio da não-cumulatividade.” (grifos do voto) (ob. cit., p. 268).

Com efeito, ao legislador ordinário e ao Poder Executivo, ao editar norma regulamentadora, somente compete conferir fiel execução à lei, dando-lhe aplicabilidade, porém, jamais ampliá-la, sob pena de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Ainda nessa mesma linha de raciocínio, a própria Terceira Câmara Cível do Tribunal de origem reviu seu posicionamento, assim se pronunciando na Apelação Cível n. 170.964, publicada no DJMG de 27.10.2000:

“Ora, no caso, a redução da alíquota do ICMS, pelo Estado de Minas Gerais, de 12% para 7%, quando se trata de mercadorias destinadas para a cesta básica, não constitui isenção, nem mesmo parcial.

Isenção é uma hipótese de não-incidência tributária, legalmente qualificada, ‘é um fator impeditivo’, no dizer de **Sacha Calmon Navarro Coelho**, ‘do nascimento da obrigação tributária’ (cf. Curso de Direito Tributário Brasileiro, Forense, 3ª ed., 1999, p. 737).

Não é o caso, pois, aqui se trata de redução da alíquota e, conforme o autorizado magistério do citado **Sacha Calmon**, as reduções de base de cálculo e de alíquota não são isenções, nem mesmo parciais. São reduções do **quantum debeatur** e, portanto, pressupõem a ocorrência do fato gerador da obrigação. Atuam na conseqüência da norma de tributação. A diversidade é material. (cf. ob. cit., p. 741).

Assim sendo, é de se julgar procedente o pedido da autora, ora apelante, que tem o direito de se creditarem dos valores recolhidos na operação de aquisição das mercadorias, em sua integralidade.”

Nesse sentido, também se manifestou a Suprema Corte: RE n. 154.179-2-SP, relator Néri da Silveira, DJU de 8.6.2000; RE n. 161.031-0-MG, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 6.6.1997.

Posto isso, dou provimento ao recurso. Prejudicada a Medida Cautelar n. 4.945, ajuizada pela Recorrente, apensa aos presentes autos.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Não conheço do recurso por se tratar de matéria constitucional: princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Conhecido o recurso, nego-lhe provimento. É que, nas operações interestaduais, estabelecida uma alíquota menor no Estado destinatário, não poderá ser dele exigido crédito superior ao resultante da cobrança de alíquota reduzida, sob pena de ferir-se o princípio constitucional da autonomia. No caso, a exemplo do que ocorre com a isenção, na revenda de produto tributado na origem, o crédito a ser contabilizado será o reduzido. O contrário será a admissão do subsídio pelo Estado destinatário da mercadoria.

Nego, pois, provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 352.887 – AL

(Registro n. 2001.0112808-2)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF
Advogados: Maria dos Prazeres de Oliveira e outros
Recorrida: União
Recorridos: Almir Francisco de Moura e outros
Advogados: Antônio Lopes Rodrigues e outros

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Apelação – Denegação pelo relator (art. 557, CPC) – Impossibilidade.

1. A decisão do relator com base no art. 557-CPC, impedindo o julgamento da apelação no 2º grau, implica em violação aos dispositivos processuais disciplinadores dos recursos que devem ser dirimidos no colegiado, inclusive restringindo os princípios da ampla defesa, do contraditório e da publicidade.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 11 de junho de 2002 (data da retificação).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta.

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 3.2.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Cuida-se de recurso especial, seguido de extraordinário, interposto pela Caixa Econômica Federal – CEF, com apoio no art. 105, III, a e c, da CF/1988, contra acórdão unânime do egrégio TRF da 5ª Região que, confirmando decisão do Ex.^{mo} Juiz Geraldo Apoliano nos embargos declaratórios, não conheceu do agravo regimental e aplicou a multa prevista no art. 538 do CPC.

Irresignada, a CEF alega violação aos artigos 508, 511, 513, 514, I, II e III; 518, parágrafo único, e 557, §§ 1º, 2º e 3º, todos do CPC, ao argumento de que o relator tem a faculdade de rejeitar os embargos declaratórios interpostos contra acórdão que lhe foi desfavorável, por meio de decisão monocrática, somente quando este for contrário à súmula do Tribunal respectivo ou de Tribunal Superior.

Não tendo sido ofertadas contra-razões, ambos os recursos foram admitidos na origem e remetido o especial a esta Corte onde, cabendo-me relatá-lo, dispensei o pronunciamento da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Tenho opinião firmada pela inaplicabilidade do dispositivo à apelação e inconstitucionalidade

da nova redação dada ao art. 557 e parágrafos, do CPC, tendo publicado dissertação sobre o tema na Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Nova Série, ano 3, n. 5, janeiro/junho de 2000, encontrando-se no prelo a ampliação do trabalho com novas considerações.

No caso dos autos, penso inaplicável à apelação as regras do art. 557 e parágrafos, do CPC. É que se chocam às estabelecidas nos arts. 551, 552, 553, 554, 555 e 556 do mesmo CPC.

É certo que venho votando vencido e mesmo solitariamente, na Turma e na Seção. Não me convenceram, porém, as razões defendidas pela maioria, por isso mesmo que a jurisprudência da egrégia Segunda Turma e da Corte Especial proclamam indispensável a efetiva participação do revisor no julgamento da apelação. E nesta egrégia Segunda Turma, foi a tese consagrada contra o voto da eminente relatora, Min.^a Eliana Calmon, também relatora desta apelação enquanto ilustrava o TRF da 1^a Região, e o meu, decretando-se a nulidade do processo a partir da distribuição do recurso para assegurar-se vista dos autos ao revisor.

A par de eliminar ou reduzir significativamente o julgamento coletivo no duplo grau, conquista extraordinária dos povos civilizados, a aplicação do art. 557 à apelação significaria a revogação pura e simples dos dispositivos processuais antecedentes, reguladores do andamento dos recursos de apelação, embargos infringentes e ação rescisória.

Demais disso, o julgamento monocrático restringe a defesa, que a Constituição vigente quer e impõe seja ampla, sob o pálio da publicidade e com a efetiva participação dos advogados, indispensáveis à realização da justiça.

Por tais razões, conheço do recurso e lhe dou provimento para anular a decisão monocrática.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, peço vênias a V. Ex.^a para discordar do entendimento, porque, pela leitura que se faz do art. 557, o relator está autorizado a decidir monocraticamente quando houver confronto da decisão recorrida com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior.

Dessa forma, havendo jurisprudência predominante desta Corte ainda não sumulada a respeito de expurgos inflacionários, entendo, **data venia** de

V. Ex.^a, que estava autorizado o relator. A jurisprudência, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, já se encontrava aqui consolidada, e, se foi aplicada, seguiu-se exatamente o comando do art. 557.

“Ementa: Recurso especial. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. Violação ao artigo 557 do Código de Processo Civil. Embargos de declaração opostos contra acórdãos decididos monocraticamente. Impossibilidade.

Não se discute que o relator, por decisão monocrática, pode negar seguimento a recurso, uma vez que a ele compete o primeiro exame da admissibilidade e do mérito recursal, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil e dos demais dispositivos pertinentes.

Da mesma forma, é perfeitamente possível que embargos de declaração opostos contra decisão monocrática possam ser decididos, também, monocraticamente.

Por outro lado, não se pode admitir que julgado proferido por órgão colegiado possa ser declarado por um único membro, já que, se, quando da elaboração do acórdão, houve a colaboração de todos os seus participantes, ao se analisar a possibilidade de existência de omissão, contradição ou obscuridade, deve-se permitir que todos os integrantes do colegiado reexaminem o caso.

Os embargos de declaração são meio de integração do julgado embargado.

Recurso especial provido.”

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Almir Francisco de Moura e outros propuseram ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal e a União, em que se discutia a aplicação de índices de correção monetária aos depósitos nas contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Julgada parcialmente procedente a demanda pelo MM. Juiz de 1^a grau (fls. 89/101), interpôs a Caixa Econômica Federal recurso de apelação (fls. 103/115), ao qual o egrégio Tribunal Regional Federal da 5^a Região houve por bem negar provimento, proferindo acórdão assim ementado, **verbis**:

“Administrativo. FGTS. Preliminares. Correção monetária. Índices de 9,37% (diferença de 26,06%, de junho/1987), 42,72% (diferença de 70,28%, de janeiro/1989), 44,80% (abril/1990), 7,87%

(maio/1990), 9,55% (junho/1990) e 12,92% (julho/1990). Direito adquirido ao reajuste das contas vinculadas. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes, reconheceu a desnecessidade da presença da União Federal nas causas referentes à liberação do FGTS, por virtude do Ministério da Ação Social ser, apenas, o gestor dos recursos do Fundo. Idêntico raciocínio há de prevalecer, também, nas ações em que se objetive a atualização monetária dos saldos das contas vinculadas. Legitimidade da CEF para integrar a lide na condição de parte-ré. Desnecessidade do chamamento à lide dos bancos-depositários, por serem simples ‘agentes repassadores’ das quantias por eles arrecadadas do ‘FGTS’.

2. Em ações de reposição de índice inflacionário expurgado de contas do ‘FGTS’, a prescrição, em relação aos juros, rege-se pelo disposto no artigo 178, § 10, III, do Código Civil, o mesmo não se aplicando todavia, à correção monetária, que possui a natureza jurídica do principal. E, por ser de natureza eminentemente social, ao FGTS não se aplicam os prazos prescricionais dos artigos 173 e 174 do CTN, mas, sim, o prazo trintenário, estatuído no artigo 144 da Lei n. 3.807/1960.

3. A jurisprudência deste Tribunal, e a do colendo STJ, são acordes no sentido de reconhecer a existência de direito adquirido ao reajuste dos saldos das contas vinculadas do FGTS, nos percentuais de 9,37% (diferença de 26,06%, de junho/1987), 42,72% (diferença de 70,28%, de janeiro/1989), 44,80% (de abril/1990), 7,87% (de maio/1990), 9,55% (junho/1990) e 12,92% (julho/1990), sendo descabido cogitar-se, no caso, de aplicação retroativa da lei nova.

4. Preliminares rejeitadas. Apelação provida, em parte, nos termos do voto.” (fl. 136).

Inconformada com esse resultado, opôs a Apelante embargos declaratórios, os quais foram rejeitados, monocraticamente, pelo ínclito Relator, com base no artigo 557, **caput**, do Código de Processo Civil (fls. 151/152).

Diante desse desate, interpôs a CEF “agravo inominado”, ao qual o douto Colegiado **a quo** negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

“Agravo regimental. Decisão que nega seguimento aos embargos. Matéria pacífica em diversos tribunais. Artigo 557 do Código de Processo Civil.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento aos embargos de declaração, com espeque no artigo 557, **caput**, do **Codex** de ritos, à conta da mansuetude e da pacificidade das construções pretorianas sobre o tema nos Tribunais Federais, no colendo STJ e nesta Corte Regional, as quais reconhecem.

2. No agravo regimental, a parte-agravante não trouxe à balha nenhum julgado contrário à tese defendida no despacho farpeado, de sorte a infirmar o posicionamento sufragado naquela decisão.

3. Em sede de agravo regimental, torna-se incabível nova discussão acerca do mérito da lide, ainda mais quando o **thema decidendum** foi enfrentado em estreita sintonia com a jurisprudência emanada das mais altas Cortes de Justiça.

4. Agravo regimental que não se conhece.” (fl. 171).

Ainda irrisignada, manifestou a CEF o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, sob alegação de violação aos artigos 128, 557, **caput**, e 535, todos do Código de Processo Civil.

Iniciado o julgamento, houve por bem S. Ex.^a o Ministro Francisco Peçanha Martins, relator sorteado, dar provimento ao recurso para anular a decisão monocrática, concluindo que são “inaplicáveis à apelação as regras do art. 557 e parágrafos, do CPC. É que se chocam às estabelecidas nos arts. 551, 552, 553, 554, 555 e 556 do mesmo CPC”.

A ilustre Ministra Eliana Calmon, todavia, divergiu desse posicionamento, ao fundamento de que “havendo jurisprudência predominante desta Corte – ainda não sumulada – a respeito de expurgos inflacionários, entendendo, **data venia** de V. Ex.^a, que estava autorizado o relator. A jurisprudência, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, já se encontrava aqui consolidada. E, se foi aplicada a jurisprudência do STJ, seguiu-se exatamente o que está no comando do art. 557”.

Com efeito, a inovação trazida ao artigo 557 do Código de Processo Civil instituiu a possibilidade de, por decisão monocrática, o relator deixar de admitir recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente, ou contrário à súmula ou entendimento já pacificado pela jurisprudência daquele Tribunal, ou de Cortes Superiores, rendendo homenagem à economia e celeridade processuais.

No caso dos autos, todavia, a decisão monocrática foi proferida em embargos declaratórios opostos contra o acórdão de apelação proferido pelo Colegiado **a quo**.

Ora, não se discute que o relator, por decisão monocrática, pode negar seguimento a recurso, uma vez que a ele compete o primeiro exame da admissibilidade e do mérito recursal, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil e dos demais dispositivos pertinentes.

Da mesma forma, é perfeitamente possível que embargos de declaração opostos contra decisão monocrática possam ser decididos, também, monocraticamente.

Por outro lado, não se pode admitir que julgado proferido por órgão colegiado possa ser declarado por um único membro, já que, se, quando da elaboração do acórdão, houve a colaboração de todos os seus participantes, ao se analisar a possibilidade de existência de omissão, contradição ou obscuridade, deve-se permitir que todos os integrantes do colegiado reexaminem o caso.

Os embargos de declaração são meio de integração do julgado embargado. Por outras palavras, é como se o último se protraísse até a data de julgamento dos embargos.

Diante do exposto, com base nos fundamentos acima explicitados, acompanho o voto proferido pelo ilustre Ministro-Relator.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Srs. Ministros, acompanho o Sr. Ministro Franciulli Netto, porque, como o Sr. Ministro-Relator não se reportou aos embargos, eu não sabia da existência deles. Pautei-me no relatório do relator, mas o Sr. Ministro Franciulli Netto foi além, ao pedir vista. E com a notícia dos embargos, voto acompanhando o relator.

RECURSO ESPECIAL N. 418.552 – MG

(Registro n. 2002.0026971-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Empresa Gontijo de Transportes Ltda
Advogados: José Walter de Queiroz Machado e outros
Recorrida: Viação Águia Branca S/A

Advogados: Karina Borges Hamdam Brito e outros
Recorridos: Coletivos Cristo Rei Ltda e outros
Advogados: Longuinho de Freitas Bueno e outros
Recorrido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER-MG
Advogada: Maria Cândida da Cruz Gomes

EMENTA: Processual Civil – Recurso especial – Empresa de transporte – Ação anulatória – Concessão de linha sem concorrência – Empresa de transporte – Legitimidade e interesse – Precedentes.

1. Empresa dedicada a transporte de passageiros tem legitimidade e interesse de propor ação anulatória de ato concessivo de permissão para explorar linha de transporte sem a indispensável licitação.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 5 de novembro de 2002 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 16.12.2002.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Empresa Gontijo de Transportes Ltda propôs ação anulatória de atos administrativos praticados pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais – DER-MG consistentes na concessão ou permissão da exploração de linhas rodoviárias intermunicipais, sem indispensável licitação afrontando, assim, o texto constitucional.

A sentença julgou a ação procedente, tornando “inválidos os atos administrativos do Réu referentes a concessões e ou permissões de linhas a título

precário, notadamente das 162 linhas (fls. 879/884) autorizadas com a implementação do processo licitatório, de imediato, visando pôr fim à irregularidade”.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria de votos, acolheu as preliminares suscitadas nas apelações voluntárias das litisconsortes passivas e extinguiu o processo pelas razões contidas no acórdão de fls. 1.081/1.094, decisão confirmada no julgamento dos embargos infringentes através do aresto de fls. 1.148/1.155, cuja ementa reza:

“A mera expectativa, ou simples esperança de vir a conquistar um direito subjetivo, não basta para possibilitar o acesso à prestação jurisdicional.”

Inconformada, a Autora manifestou recursos extraordinário e especial, este último pelos permissivos **a**, **b** e **c** alegando contrariedade e negativa de vigência aos arts. 3º e 267, VI, do CPC; convalidação de atos ilegais do governo local contestados em face da Constituição Federal e divergência com as decisões indicadas como paradigmas, inclusive deste STJ e do STF, pleiteando o provimento do recurso, determinando-se ao Tribunal **a quo** que aprecie o mérito da questão.

Devidamente contra-arrazoados, apenas o recurso especial foi admitido na origem sem a interposição de agravo para o STF.

Remetido o especial a esta Corte, a douta Subprocuradoria Geral da República manifestou parecer favorável ao provimento pelo permissivo da letra **a**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator):

“Ementa: Processual Civil. Recurso especial. Empresa de transporte. Ação anulatória. Concessão de linha sem concorrência. Empresa de transporte. Legitimidade e interesse. Precedentes.

1. Empresa dedicada a transporte de passageiros tem legitimidade e interesse de propor ação anulatória de ato concessivo de permissão para explorar linha de transporte sem a indispensável licitação.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

Invocando os permissivos **a**, **b** e **c** do art. 105, III, da CF, a Recorrente impugna acórdão majoritário confirmado por decisão proferida em embargos infringentes que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por considerá-la carecedora de legitimidade e de interesse processual para propor ação anulatória de atos administrativos de concessão ou permissão para exploração de linhas rodoviárias por outras empresas, sem o indispensável processo licitatório.

Quanto aos fundamentos dos permissivos **b** e **c**, o recurso não vinga porque, em verdade, o acórdão recorrido, extinguindo o processo por ausência de legitimidade ativa e falta de interesse processual e, por isso, não tendo abordado o mérito da questão, não convalidou ato contestado em face da Constituição Federal e muito menos dos paradigmas indicados divergentes, porque inespecíficos.

Melhor sorte lhe favorece a invocação do autorizativo da letra **a** (contrariedade aos arts. 3^o e 267, VI, do CPC).

Veja-se que a ação tem por escopo nulificar atos concessivos ou permissivos de exploração de linhas rodoviárias sem a necessária concorrência prevista constitucionalmente, da qual a Autora poderia participar, caso instaurado o certame.

Do voto divergente do ilustre Desembargador Páris Peixoto Pena, reproduzo os seguintes tópicos:

“No caso sob julgamento, há uma especialidade a justificar a legitimidade passiva da Autora, mais apropriadamente, o seu interesse processual: é uma empresa de transporte coletivo (veja-se seu contrato) que vive das concessões ou permissões. O seu interesse, pois, está no fato de que tem direito de exigir que a concessão sob ataque se faça na forma da lei, com anulação das irregularidades. Não se trata de expectativa de direito, mas do direito de participar, em licitação, na forma constitucionalmente prevista, da disputa pela concessão. Ademais, trata-se de matéria de interesse público, cuja solução deve ter por referência os princípios consagrados na Constituição da República, especialmente aqueles consagrados no seu art. 37, especialmente os da legalidade.

É certo que não se trata de ação popular, para cujo exercício, como pessoa jurídica, não tem legitimidade a Autora. Aliás, a Lei n. 4.717 é expressa nesse sentido. Mas – volto a repetir – como empresa cuja finalidade social é o transporte coletivo, tem a Autora não apenas

interesse econômico, mas o interesse econômico abrigado por lei para formular o pleito tal como o fez, o que equivale a dizer: é possível o pleito, do ponto de vista adjetivo e substantivo (porque em tese admissível) e a prestação jurisdicional que ela busca tem-lhe utilidade, para não dizer que é a forma adequada e única de satisfazer seu legítimo interesse.” (fl. 1.089).

Corroborando esse entendimento, a douta Subprocuradora-Geral, Dra. Maria Caetana Cintra Santos, em seu parecer de fls. 1.318/1.325, assim se manifestou:

“Evidencia-se o interesse do Recorrente na lide. A ação proposta tem por objeto a anulação do ato concessivo da permissão para exploração de linhas de transporte de passageiros, titularizada por empresa que exerce exatamente esta atividade econômica, tendo sido alegada a prática de irregularidade que macula as aludidas concessões. Não há como negar o interesse de agir, daquele que se sente prejudicado. E isto, frise-se, independentemente de sua efetiva participação no certame licitatório, máxime porque, inviabilizada a presente demanda, o ato inquinado não sofrerá outras impugnações, por parte das Empresas-recorridas.

.....

Na hipótese **sub examen**, constata-se a presença de todos os requisitos declinados no texto supra. O binômio necessidade-utilidade revela-se, **v.g.**, no fato de que, somente por intermédio da atuação jurisdicional do Estado é possível a modificação do **status** jurídico de presunção de legalidade do ato administrativo, por outro lado, exsurge a utilidade de uma decisão que, em tese, afirma a existência de mácula de ilegalidade em contrato celebrado com ente público, sem licitação. Neste aspecto, perfeita a lógica jurídica, demonstradora da utilidade do provimento jurisdicional, porquanto, partindo da premissa de que a ilegalidade do ato consiste na ausência de procedimento licitatório, a conclusão lógica será a obrigatória abertura da concorrência, revelando-se, por sua vez, o interesse da Empresa-autora, no caso, ora recorrente, em promover a ação anulatória.”

Esses pronunciamentos encontram respaldo em decisões desta Corte com as quais o acórdão recorrido está em desacordo, cujas ementas reproduzo:

“I – Processual. Mandado de segurança. Empresa transportadora. Legitimidade. Permissão outorgada sem licitação.

– Empresa que se dedica ao transporte de passageiro tem interesse e legitimidade para impetrar mandado de segurança com escopo de desconstituir outorga de linhas, sem licitação pública.

II – Administrativo. Ato nulo. Fundamento inidôneo.

– É nulo o ato administrativo que se apóia em fundamento inidôneo.” (MS n. 5.964-DF, rel. Min. Gomes de Barros, DJ de 20.3.2000).

“Administrativo. Exploração de linha de ônibus. Licitação.

– ‘A exploração de linha de ônibus só pode ser permitida através de licitação. Contra ato flagrantemente ilegal é admissível a impetração de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha. Recurso provido’ (RMS n. 7.651-RJ, relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 3.8.1998, p. 82).

– Com a contratação sem prévia licitação, a Administração violou o direito subjetivo do Recorrente e de outras empresas de transporte que poderiam concorrer à exploração da linha, além de infringir aos princípios da legalidade e da publicidade.

– Recurso especial provido.” (REsp n. 272.612-PI, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 17.9.2001).

Em face do exposto, conheço do recurso pelo fundamento da letra a e lhe dou provimento para, reformando o acórdão, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem a fim de ser julgado o mérito como entender de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 477.389 – PR

(Registro n. 2002.0133414-7)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Rômulo Ponticelli Giorgi Júnior e outros

Recorridos: Ivo Domingo Deon Zamboni e outros

Advogados: Roque Porfírio e outro

EMENTA: Processual Civil – Execução – Ação civil pública – Honorários advocatícios – Fazenda Pública – Lei n. 9.494/1997, art. 1º-D, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35.

1. A regra geral é de que os honorários advocatícios são sempre devidos, ainda quando se trata de execução não embargada. A exceção, estabelecida em benefício do Fisco Federal, pelo art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35, ao dispor que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”, deve ficar restrita àquelas hipóteses em que tendo sido fixados honorários no processo de conhecimento, mostram-se eles suficientes, também, para razoavelmente remunerar o trabalho do advogado na execução do julgado. Do contrário, há de se prestigiar a regra inculpada no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 25 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator.

Publicado no DJ de 14.4.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Cuida-se de recurso especial fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal.

Os Recorridos promoveram execução contra a Fazenda Pública, estribados na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 93.0013933-9. O feito tramita perante o Juízo da 11ª Vara da Justiça Federal de Curitiba.

Ao despachar a inicial, o MM. Juiz fixou “em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa os honorários advocatícios, na hipótese de não-oposição de embargos à execução, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil”.

Inconformada, a Fazenda Pública interpôs recurso de agravo de instrumento para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sustentando que, em face do disposto no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação atribuída pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, não são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Nacional nas execuções não embargadas.

O Tribunal **a quo** negou provimento ao agravo em acórdão assim ementado:

“Execução de título judicial. Honorários advocatícios. Pronto pagamento.

A verba honorária é devida em razão da necessidade do contribuinte ingressar em juízo, através de procurador legalmente constituído, para o fim de executar o julgado. Conseqüentemente, terá despesas com honorários advocatícios, não havendo sentido que a devedora-executada, que sucumbiu naquele feito, não arque com estas.” (fl. 64).

Contra essa decisão, recorre a Fazenda Nacional, sustentando que o acórdão negou vigência ao artigo 1º-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Cuida-se de recurso especial em agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública Federal, nos autos da execução de sentença proferida na Ação Civil Pública n. 93.0013933-9, com trâmite perante o Juízo da 11ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, contra a decisão do Tribunal **a quo** que, ao confirmar a decisão de 1ª instância, manteve a fixação dos honorários advocatícios em cinco por cento sobre o valor da causa, na hipótese de não-oposição de embargos à execução.

O recurso não merece provimento.

Tenho como correto o entendimento que julga devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública, nas hipóteses em que ela deixa de satisfazer, voluntariamente, o comando emergente de sentença condenatória transitada em julgado, proferida em ação civil pública, mormente quando sua conduta omissiva obriga o jurisdicionado a buscar, na via judicial, o cumprimento de prestação que ela se obrigara quando da edição do Decreto-Lei n. 2.288/1986, que instituiu o empréstimo compulsório sobre a compra de combustível.

A questão restou adequadamente enfrentada no aresto ora hostilizado, conforme se conclui da leitura do seguinte excerto:

“O título executivo judicial decorre de decisão proferida em ação civil pública. Nessas condições, parece-me indubitável a fixação de honorários, mesmo para pronto pagamento.

Se a sentença exequenda teve um provimento coletivo, a execução, no entanto, é individual, e o exequente não é a associação de defesa do consumidor, mas os contribuintes que arcaram com o empréstimo compulsório, cujo direito à repetição foi reconhecido naquela ação.

Assim, a verba honorária é devida em razão da necessidade do contribuinte ingressar em juízo, através de procurador legalmente constituído, para o fim de executar o julgado. Conseqüentemente, terá despesas com honorários advocatícios, não havendo sentido que a devedora-executada, que sucumbiu naquele feito, não arque com estas.

Ademais, a execução é feita autônomo, não atrelado à relação processual que culminou com a decisão exequenda, uma vez que, embora o título judicial seja o mesmo, as pessoas que promovem a execução são diversas daquelas que ajuizaram a ação originária. Ainda que cada execução, em razão das partes serem diferentes, tem quantificação diversa, necessitando o ajuizamento de feito individual, para apuração do montante a ser restituído.”

O entendimento esposado no v. acórdão recorrido não merece reparo. Não se trata de hipótese de incidência da norma inculpada no art. 1^o-D da Lei n. 9.494/1997, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001.

Com efeito, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que “a nova redação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil deixa indubitosa o cabimento de honorários de advogado em execução, mesmo não embargada, não fazendo a lei, para esse fim, distinção entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial” (REsp. n. 140.403-RJ, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Portanto, a regra geral é de que os honorários advocatícios são sempre devidos, ainda quando se trate de execução não embargada. A exceção, estabelecida em benefício da Fazenda Pública, consiste em não serem devidos honorários advocatícios nas execuções não embargadas. Ressalto, no entanto, que, quando figurante do pólo ativo da execução, ao Fisco são sempre devidos ditos honorários.

Cabe, portanto, ao aplicador da lei, cuidado especial na interpretação e definição do campo de incidência de norma de natureza excepcional, tendo sempre em mente, no que tange à aplicação e interpretação das regras jurídicas, que “o Direito não é apenas o ‘o conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 199).

Nesse diapasão, não se deve confundir “interesse público” com o “interesse da Fazenda Pública”. São coisas diversas. O interesse público consiste, sobretudo, no respeito à ordem jurídica, no cumprimento dos mandamentos constitucionais nem sempre observados pelos agentes públicos que, não raras vezes, fazem com que a Fazenda Pública incorra em inadimplemento e, por conseguinte, acabe por violar a ordem jurídica, como no caso em que teima em permanecer recalcitrante em cumprir, voluntariamente, o comando da decisão que transitou em julgado, proferida em ação civil pública que condenou a União a restituir os valores referentes ao empréstimo compulsório incidentes sobre combustíveis.

Destarte, entendo que a incidência da excepcionalidade estabelecida em benefício da Fazenda Pública, qual seja, de não pagar honorários advocatícios nas execuções por ela não embargadas, deve ficar restrita àqueles hipóteses em que tendo sido fixados honorários no processo de conhecimento, mostram-se eles suficientes, também, para razoavelmente remunerar o trabalho do advogado na execução do julgado. Do contrário, há de se prestigiar a regra insculpida no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

No caso, não vejo como reformar a decisão hostilizada que acertadamente conclui ser devida a verba honorária aos Recorridos, visto que não tendo integrado eles a lide no processo de conhecimento, ou seja, nos autos da ação civil pública, viram-se na obrigação de promover execução autônoma com o escopo de alcançarem a satisfação de seus direitos. Portanto, é justo que se lhe seja ressarcida tal despesa pela Fazenda Pública.

Em razão do acima exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como voto.