

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 11.473 - SP**

(Registro n. 1999.0120213-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrentes: Adolfo Kagawa e outros
Advogados: Sid H. Riedel de Figueiredo e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito do Serviço Anexo Fiscal de São Paulo-SP
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: João Carlos Pietropaolo e outros

EMENTA: Processo Civil – Execução fiscal – Penhora – Excedente – Crédito trabalhista.

1. A penhora existente na execução garante o débito fiscal do processo.

2. Se na arrematação o valor dos bens pracedados ultrapassa o montante do débito o que sobejar integrará o montante dos bens arrecadados para garantia dos credores.

3. Sistemática que beneficia os credores organizados em quadro e não prejudica o exeqüente, que se garante com o pagamento.

4. Errôneo proceder em transferir o remanescente do débito executado à Fazenda, para atender a outros débitos, em detrimento dos demais credores.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de setembro de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 29.10.2001.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso ordinário interposto de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a segurança pleiteada, por entender inexistir direito líquido e certo a proteger, eis que os impetrantes não demonstraram, com a exordial, que seus créditos trabalhistas haviam sido preteridos pelo levantamento efetuado pela Fazenda Estadual nos Autos da Execução Fiscal n. 103.888.643, de forma a tornarem-se inexecutíveis, restando assim ementado o voto:

“Mandado de segurança. Não comprovado que o levantamento, pela Fazenda Estadual, em execução fiscal, de quantia, decorrente da arrematação de bem penhorado, inviabilizou os créditos trabalhistas dos impetrantes, há que denegar-se a segurança.” (fl. 339).

Sustentam os Recorrentes que restou demonstrado, desde a inicial, que na referida execução fiscal haviam diversas penhoras no rosto dos autos, tendo sido efetuado o levantamento de parte do produto da arrematação por outros credores privilegiados, decorrentes de créditos trabalhistas e que a Fazenda Estadual levantou R\$ 19.060.282,67 (dezenove milhões, sessenta mil, duzentos e oitenta e dois reais e sessenta e sete centavos), inviabilizando a satisfação de seus direitos.

Entendem que, mesmo tendo sido efetivadas as penhoras após o despacho que determinou o levantamento pela Fazenda, houve ofensa ao devido processo legal, porque tal levantamento foi feito às pressas, prevendo a chegada de milhares de credores trabalhistas que sofreram lesões de direitos nas empresas do Grupo Matarazzo, de forma que, se atendido ao princípio constitucional, certamente que as penhoras teriam sido anteriores ao levantamento.

Após as contra-razões, opinou o Ministério Público Federal pelo conhecimento e improvemento do recurso (fls. 382/390).

Já em pauta para julgamento, pediram os Recorrentes juntada de petição onde explicam o que se passou nos autos e afirmam ter se equivocado o Ministério Público Federal, quando se manifestou na peça opinativa.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Atenta à lide posta para apreciação, verifico que os impetrantes pleitearam no mandado de segurança o valor do remanescente da arrematação, sobre a que se positivou após ter a Fazenda Estadual abocanhado a quantia do seu crédito, garantido pela penhora.

Conseqüentemente, o que pretendem é a quantia que sobejou ao crédito já pago à Fazenda e que o Magistrado, inadvertidamente, transferiu aos cofres públicos.

Têm razão os litigantes, porque o entendimento que tem prevalecido neste Tribunal, conforme decidido recentemente pela Corte Especial, é que o juízo da execução, após atender ao crédito da Fazenda, deve remeter o que sobejar da penhora ao juízo falimentar. **Mutatis mutandis**, aqui, embora não haja falência, só seria possível à Fazenda levantar o quantitativo referente ao crédito garantido para a penhora e não estender a garantia a outros créditos, já que existia sobre-penhora em favor dos créditos trabalhistas.

Conseqüentemente, não pretendem os Recorrentes impugnar a arrecadação, pela Fazenda, do valor da execução, mas o levantamento do remanescente, autorizado para atender a outros créditos da Fazenda, em preterição à penhora no rosto dos autos.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso para conceder a segurança.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 13.130 – SP**

(Registro n. 2001.0055316-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Ronaldo Sérgio Montenegro Rodrigues Faro
Advogados: Luciano Ferreira Leite e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Impetrado:	Juízo de Direito Coordenadora e Corregedora Permanente do Setor de Execuções Fiscais da Fazenda Pública de São Paulo-SP
Recorrido:	José Della Volpe
Advogado:	Rinaldo Januário Lotti
Recorrida:	Fazenda do Estado de São Paulo
Procuradores:	Marcos Narcile Louzada e outros
Recorrida:	Instron S/A Indústria e Comércio

EMENTA: Administrativo – Leiloeiro oficial – Recebimento de comissão – Leilão anulado por fato da Justiça.

1. O leiloeiro oficial exerce um mandato, recebendo comissão pelo seu serviço, conforme arbitrado ou previsto em contrato.

2. A comissão só é devida, efetivamente, quando finda a hasta ou leilão sem pendência alguma.

3. O desfazimento da alienação por fato da Justiça, sem culpa do arrematante, não gera para o leiloeiro direito à comissão (precedentes desta Turma).

4. Legítima e legal a punição do leiloeiro que recebeu antecipadamente comissão de leilão, recusando-se a devolvê-la quando foi desfeita a hasta pelo Tribunal.

5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 24 de setembro de 2002 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Ronaldo Sérgio Montenegro Rodrigues Faro impetrou o presente mandado de segurança contra ato da MMA. Juíza de Direito Coordenadora e Corregedora Permanente do Setor de Execuções Fiscais da Fazenda Pública da Comarca da Capital, por ver revogada sua nomeação para o exercício das funções de leiloeiro oficial do juízo.

O motivo de tal revogação se deveu ao descumprimento de ordem da autoridade impetrada para que o impetrante restituísse o valor da comissão decorrente de arrematação impugnada pela empresa devedora através dos competentes embargos à arrematação.

Afirma o Impetrante que ofende direito líquido e certo o ato de revogação da sua nomeação para tais funções enquanto pendente de julgamento o agravo por ele interposto contra decisão que determinara a restituição do valor da comissão, nos autos da execução fiscal movida pelo Estado de São Paulo.

O Tribunal de Justiça denegou a ordem em ementa vazada nos seguintes termos:

“Ementa: Direito Processual Civil e Administrativo. Leiloeiro público. Portaria que disciplinava a atuação do leiloeiro. Auxiliar do juízo que ficava sujeito às normas administrativas então em vigor. Revogação de sua nomeação, tendo em vista a afronta ao disposto na Portaria n. 71/1996. Ato administrativo discricionário legítimo – Revogação da Portaria que torna sem objeto o mandado de segurança impetrado pelo leiloeiro. Mandado de segurança denegado.”

No recurso ordinário, diz o Recorrente que não estava obrigado a cumprir as determinações previstas nos arts. 3º e 4º da Portaria n. 71/1996, porque padecia esta de suporte legislativo.

Sustenta que o art. 23, § 2º, da Lei n. 6.830/1980, repetindo o que já dispunha o art. 705, IV, do CPC, estabelece caber ao Arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro e que o Tribunal de Justiça de São Paulo já firmou entendimento no sentido de que a comissão do leiloeiro independe da validade da arrematação.

Entende que, ao enunciar os pressupostos de fato do ato, a eles se vinculou a Autoridade Administrativa. Assim, tratando-se de ato administrativo

vinculado e não discricionário e, ante a sua absoluta falta de causa, deve ser invalidado.

Por fim, acrescenta que não guarda pertinência com o ato punitivo de destituição impugnado a questão sobre a determinação de aplicação dos arts. 705 e 706 do CPC.

Contra-razões do interessado às fls. 220/222 e da Fazenda Pública do Estado de São Paulo às fls. 226/230.

Parecer do Ministério Público Federal remissivo à manifestação do Ministério Público Estadual, no sentido do desprovimento do recurso (fl. 334).

Já em pauta para julgamento, veio o Impetrante informar que a Sexta Turma lhe concedeu **habeas corpus** contra o Tribunal de Justiça, que lhe imputou crime praticado por funcionário público, o que muda inteiramente o conteúdo deste *writ*. Juntou aos autos certidão do julgamento do **habeas corpus**.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Esclareço que a decisão do **Habeas Corpus** n. 12.321-SP, pela Sexta Turma, em favor do então paciente, ora recorrente, livrando-o de autoria de crime de peculato, em nada influencia o julgamento deste recurso.

Temos para exame mandado de segurança impetrado por leiloeiro oficial destituído da função em processo administrativo oriundo de uma representação contra ele apresentada, ao argumento de que teria descumprido ordem do Juiz da execução em que atuava.

Para melhor compreensão, faz-se necessário observar que, na origem, têm-se dois processos distintos: um processo judicial, consubstanciado em uma execução, na qual se deu a arrematação do bem penhorado, inclusive com o pagamento do preço e da comissão pelo arrematante, e outro administrativo, resultante da representação.

Na execução, houve embargos julgados improcedentes e pendentes de recurso de apelação, quando da arrematação, bem como de agravo de instrumento, que atacava a avaliação do bem imóvel levado a hasta, porque efetuada por oficial de justiça.

O Tribunal deu provimento parcial ao agravo e ordenou fosse feita nova avaliação, por pessoa capacitada para tal, ordem acatada pelo Juiz da execução.

Ato contínuo, pleiteou o arrematante a devolução da comissão recebida, nos termos do art. 5^º da Portaria n. 1/1998 – em havendo recurso contra a decisão que mantiver ou desfizer a arrematação, o leiloeiro depositará, à ordem do juízo, no prazo de cinco dias, o valor atualizado da comissão recebida.

Informou a autoridade impetrada que a representação do arrematante deu origem ao Expediente Administrativo n. 35/1999, no qual foi ouvido o leiloeiro, ora impetrante, praticado o ato que o destituiu do **munus**. Enfatizou que esse processo nada tem a ver com a execução, que segue o seu curso, conduzida pelo juiz, em função jurisdicional, exclusivamente. Também informa que, ao tempo dos fatos que dão suporte a esta querela, estava em vigor a Portaria n. 71/1996, cujo art. 4^º previa a mesma sanção prevista na Portaria n. 1/1998, posteriormente editada: o imediato desligamento do leiloeiro pelo descumprimento da obrigação de devolver a comissão.

O Tribunal de Justiça denegou a segurança com respaldo na Portaria n. 71/1996 e invocou a posterior Portaria n. 2/1999, que determinou a aplicação dos arts. 705 e 706 do CPC, em relação à indicação do leiloeiro.

Exposta a matéria fática, temos uma primeira indagação: qual a natureza jurídica do vínculo formado entre o leiloeiro e o Juiz que autoriza a sua atuação? Segundo o Decreto n. 21.981/1932, regulador da profissão de leiloeiro, exerce ele uma atividade que lhe dá direito de cobrar uma comissão e as quantias que foi obrigado a desembolsar. Trata-se, assim, de um mandado lucrativo.

A questão ora colocada trata da comissão, se a hasta acaba por ser anulada. Segundo o art. 705 do CPC, a comissão pode estar prevista em lei ou ser arbitrada pelo juiz, nascendo para o leiloeiro o direito a ela tão logo tenha executado totalmente o seu trabalho, com exigibilidade ao trânsito. É exigido, porém, o trânsito em julgado da decisão que a tenha arbitrado.

Assim, se o leilão ou hasta é anulado, cabe indagar se por culpa do arrematante ou por razão inerente à Justiça. Afinal, sabe-se, a hasta pública é forma de alienação que encerra dificuldades formais, próprias de toda e qualquer venda forçada. A propósito, trago à colação precedente desta Segunda Turma, relatada pelo Ministro Ari Pargendler:

“Processo Civil. Leilão. Anulação sem culpa do arrematante. Comissão do leiloeiro.

O art. 23, § 2º, da Lei n. 6.830, de 1980, supõe ou que a arrematação tenha se consumado ou que, pelo menos, tenha se frustrado por culpa do arrematante. Hipótese em que, tendo leilão sido anulado, a requerimento da Fazenda Pública, em razão do superveniente cancelamento do crédito tributário, o pagamento da comissão do leiloeiro não pode ser exigido do arrematante.

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 86.506-RJ, relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, unânime, DJ de 13.04.98, p. 97).

Assinalo, por oportuno, que o mesmo leiloeiro, porque exonerado, aviou no procedimento judicial agravo de instrumento, que acabou por chegar a este STJ. Esta Turma à unanimidade, em 15.02.2001, decidiu conforme ementa assim redigida:

“Execução fiscal. Arrematação anulada. Comissão de leiloeiro. Devolução das importâncias.

1. Correta a decisão que, por ter sido declarado nulo o ato avaliatório e perdido a eficácia os atos subseqüentes, determinou a devolução da importância paga a título de comissão ao leiloeiro.

2. Inexistência de violação ao art. 23, § 2º, da Lei n. 6.830/1980.

3. Recurso especial improvido.” (REsp n. 289.641-SP, rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 15.02.2001, unânime).

Dentro desse enfoque, tem-se como indevida a recusa do Recorrente em cumprir a decisão de depositar o valor da comissão recebida, o que ensejou a aplicação da sanção cabível, aqui reclamada.

Sem ilegalidade alguma, é de ser mantido o acórdão denegatório da segurança, com o improvemento do recurso.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.785 – SP

(Registro n. 2003.0001541-7)

Relator:

Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo
Advogado: Carlos Roberto Verzani
Recorrente: Associação dos Advogados de São Paulo
Advogado: Flávio Luiz Yarshell
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Socorro-SP

EMENTA: Processo Civil – Retirada dos autos de cartório pelo advogado para recorrer – Direito obstado diante da possibilidade de a parte vencedora pleitear a majoração dos honorários advocatícios em seu limite máximo – Posicionamento adotado em 1ª grau – Mandado de segurança impetrado – Orientação mantida em 2ª instância com a denegação da segurança – Pretendida reforma – Recursos da Associação dos Advogados não conhecidos – Recurso da OAB-SP conhecido e provido.

– A interposição simultânea do recurso especial e ordinário pela Associação dos Advogados de São Paulo configura a pretensão de mais de um pronunciamento judicial contra a mesma decisão. Não-observância do princípio da singularidade ou unirrecorribilidade.

– Não cabe recurso especial contra decisão que denegou mandado de segurança em última instância pelo Tribunal de Justiça, *ex vi* da regra estabelecida no art. 105, II, b, da CR. Assim, não se conhece do recurso apresentado pela AASP.

– Quanto à pretensão deduzida pela OAB-SP, merece guarida o inconformismo, pois, não há como admitir caracterizada a sucumbência recíproca diante da hipótese de a parte vencedora postular a majoração dos honorários advocatícios em seu limite máximo. Em verdade, a condenação na verba advocatícia em percentual menor que o limite máximo legal não caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que não há procedência parcial da ação. Assim, com base nesse raciocínio, não há cogitar que o prazo recursal seja comum, pois, no caso, o prazo é particular. Esse entendimento, aliás, já foi prestigiado neste Sodalício quando do julgamento do RMS n. 292-SP, oportunidade em que foi destacado o r. parecer do ilustre Professor Nelson Nery Júnior que, na condição de representante do Ministério Público assentou que “*não se considera existente a*

sucumbência recíproca, para efeitos de caracterizar-se o prazo recursal como comum, quando a parte não obteve o máximo da verba honorária”.

– Recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo não conhecidos.

– Recurso ordinário deduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo, 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, em não conhecer do recurso da Associação dos Advogados de São Paulo e dar provimento ao recurso da OAB, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 04.08.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: A Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, na condição de entidade de classe, impetrou mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, contra ato do MM. Juiz Titular da 1ª Vara da Comarca de Socorro-SP, consistente em não permitir aos advogados a vista de autos fora do cartório após a sentença, ainda que se tratem de casos de procedência ou improcedência total do pedido.

Tal negativa estaria amparada no entendimento de que o prazo para apelação é sempre comum. Nesse sentido, sustentou o douto Juízo de 1º grau, em suas informações, que, ainda que a sentença tenha sido favorável a uma das partes, o vencedor pode apelar para elevação da verba honorária quando não fixada no grau máximo de 20%; bem como opor embargos de declaração; ou apelar, ainda que vencedor, cabendo ao Juiz aferir seu interesse recursal e não ao cartório (fls. 72/76).

O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao se pronunciar, houve por bem indeferir o pleito liminar (fl. 68).

Após apresentadas as informações, bem como o r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, a colenda Seção de Direito Privado da Corte de origem determinou a remessa dos autos à Seção de Direito Público daquele Tribunal Estadual (fl. 95). Efetivada a redistribuição dos autos, a Associação dos Advogados de São Paulo – AASP foi compelida a se manifestar.

Cumpridas as diligências, a colenda Sétima Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal **a quo** houve por bem denegar a segurança almejada. Entendeu que a Impetrante possui legitimação extraordinária para figurar no pólo ativo da ação e, também, que “os autos, nos primeiros cinco dias após a publicação da sentença ou acórdão, deverão permanecer em Cartório para consulta dos interessados, vencedores ou vencidos” (fl. 131) e que “não cabe ao vencido, nem ao cartório, definir se há ou não interesse da parte vencedora em recorrer” (fl. 131).

Pontificou, ainda, que a segurança não pode ser concedida “ante o entendimento do Tribunal Superior e os dizeres do art. 40, III, § 2º, do CPC, não há como ver caracterizado o direito líquido e certo necessário à concessão da segurança. O inciso XV, última parte, do art. 7º da LF n. 8.906/1996 há de ser lido em conjunto com a lei processual e contraposto a igual direito do outro advogado”. Assentou, também, que “não teria o Tribunal como, nesta ação mandamental, expedir ordem que delimitasse as possíveis situações. Nossa decisão conteria sempre uma disposição genérica a ser interpretada, em cada caso concreto, pelo Juiz e por seus funcionários, fugindo à natureza própria da ação de segurança” (fl. 132).

Por fim, concluiu a Corte **a quo** que “o fato de a segurança estar sendo denegada não implica em que o Tribunal ratifique ou corrobore o entendimento do Juiz impetrado” (fl. 135) e apresentou “solução indicada pela experiência e pela sensação do que seja a intenção do legislador: a) não pode o processo sair de cartório nos primeiros cinco dias, para possibilitar às partes o conhecimento da sentença ou acórdão em seu inteiro teor (...); b) após os cinco dias, dentro da lógica do razoável e da experiência acumulada de juizes e funcionários, não há razão para negar a vista fora de cartório à parte vencida quando o prazo for autônomo ou quando assim se apresentar; c) eventuais problemas serão resolvidos no dia-a-dia, dispondo o Juiz (que poderá sempre devolver o prazo ao prejudicado) como a situação o exigir” (fl. 136).

Em vista desse desate veio a lume o presente recurso ordinário ajuizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo. Sustenta, em síntese, que restaram violados os artigos 7^o, XV, da Lei n. 8.906/1994 e 5^o, LV, da Constituição Federal. Pondera que a hipótese dos autos não cuida de prazo comum. Nesse eito, aponta julgados desta Corte Superior de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Irresignada, também a Associação dos Advogados de São Paulo interpõe, respectivamente, recursos especial e ordinário. O primeiro recurso está ancorado na negativa de vigência à lei federal, bem como no dissenso pretoriano. No que toca ao recurso ordinário, assegura a Recorrente que o v. julgado hostilizado se afasta da correta aplicação do artigo 40, § 2^o, do estatuto processual civil, razão pela qual almeja a integral reforma do **decisum**.

Após o r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça Paulista, no sentido da carência da impetração em relação à OAB, não-conhecimento dos recursos especial e ordinário (fls. 244/247), sobreveio a r. decisão da Corte Estadual que não admitiu o recurso especial apresentado. No que aduz ao recurso ordinário da OAB e da Associação, contudo, foi deferido o processamento.

A douta Subprocuradoria Geral da República, instada a se pronunciar, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 258/260).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Antes do exame da irrisignação trazida, é de todo conveniente encetar na análise da interposição simultânea dos recursos especial e ordinário pela Associação dos Advogados de São Paulo.

Conforme consignado, foram ajuizados, em peças distintas, porém, concomitantemente, recurso especial e recurso ordinário. No especial, datado de 4 de junho de 2002, a Recorrente elegeu como violado o artigo 40, § 2^o, do Código de Processo Civil e, bem assim, apontou a desarmonia do posicionamento da Corte **a quo** com outros Tribunais (fls. 161/172). Quanto ao recurso ordinário apresentado em 5 de junho de 2002, foi questionada a não-observância do suso referido dispositivo processual.

À evidência, a Parte-recorrente almeja mais de um pronunciamento judicial, acerca de uma única irrisignação.

Em vista dessas peculiaridades, nunca é demais lembrar que subsiste em nosso sistema processual civil o princípio da singularidade, também denominado de unicidade do recurso, ou unirecorribilidade. Esse princípio consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

Conquanto seja cedo, mister se faz ressaltar que o sobredito princípio recursal admite, dentre as exceções, a possibilidade de interposição de embargos de declaração com outro recurso.

No particular, reitere-se, sob a alegação de que a decisão hostilizada não merece prevalecer, a Recorrente fundamenta as razões do especial nas mesmas premissas inseridas nas razões de recurso ordinário. Denota-se, pois, evidente abuso ao direito de recorrer.

Essa inferência decorre da peculiaridade de que o direito de recorrer da parte se exauriu com a interposição do primeiro recurso (recurso especial), que será devidamente analisado. Dessarte, o advento do segundo (recurso ordinário), demonstra a ocorrência da denominada preclusão consumativa.

Com o intuito de bem aclarar a assertiva acima, é de bom conselho trazer à colação as lições do saudoso mestre **José Frederico Marques**, com a acuidade que o notabilizou, ao dissertar que se dá “a preclusão consumativa quando a faculdade processual já foi exercida validamente. Ela se funda na regra do **non bis in idem**, e, no direito positivo, tem seu assento legal no que preceitua o art. 289 do Código de Processo Civil de 1939, **in verbis**: ‘Nenhum Juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide’” (cf. Instituições de Direito Processual Civil, 1ª reedição revista, atualizada e complementada por **Ovídio Rocha Barros Sandoval**, Millennium Editora, vol. II, p. 348, 2000, Campinas-SP).

Colocada a questão nesses termos, não se conhece do recurso ordinário apresentado pela Associação dos Advogados de São Paulo.

Em face dessa circunstância, passa-se ao exame do recurso especial apresentado.

Dispõe o artigo 105, II, **b**, da Constituição da República, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso ordinário “os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão”.

Não se aplica, ao caso, o princípio da fungibilidade recursal.

Sabem-no todos, ocioso rememorar, que a doutrina (cf. **Nelson Nery Júnior**, in *Princípios Fundamentais – Teoria dos Recursos*, 5ª ed., Editora RT, p. 119/144) e a jurisprudência (cf. RMS n. 5.663-ES, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in DJ de 15.04.1996, e REsp n. 59.330-RJ, Relator Felix Fischer, in DJ 15.12.1997), consagram o entendimento de que para incidência do princípio supra referido há necessidade do preenchimento de três requisitos: 1) dúvida objetiva acerca de qual recurso cabível, 2) ausência de erro grosseiro e 3) prazo recursal.

A Carta da República, por sua vez, prevê, expressamente, as hipóteses de cabimento de recurso ordinário (artigo 105, inciso II) e especial (artigo 105, inciso III), razão por que fica afastado o pressuposto de dúvida sobre o cabimento do recurso contra acórdão que não concede a segurança.

O reflexo lógico da ausência da dúvida objetiva acerca do recurso próprio para o inconformismo da parte repercute diretamente na ocorrência de erro grosseiro. Pontifica **Nelson Nery Júnior** que “configura erro grosseiro a interposição de recurso errado, quando o correto se encontra indicado expressamente no texto de lei” (cf. ob. cit., p. 135).

No caso dos autos, além da previsão expressa no Texto Maior, o estatuto processual civil e o Regimento Interno deste Sodalício também estabelecem as hipóteses de recurso ordinário e especial (cf. artigos 539 e 541 do Código de Processo Civil, e 247 e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça), circunstância a configurar evidente erro grosseiro quando do ajuizamento do recurso especial em detrimento do ordinário.

No que toca à questão do prazo recursal, embora existam entendimentos no sentido de que o recurso ajuizado erroneamente deverá ter sido protocolizado dentro do prazo daquele que se almeja transformá-lo, não se deve esquecer que, se preenchidos os requisitos da ocorrência de dúvida objetiva e da falta de erro grosseiro, poder-se-ia admitir como irrelevante a questão do prazo.

Na hipótese, entretanto, inviável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que não foram observados os pressupostos necessários ao seu reconhecimento. Esse pensar, aliás, filia-se à torrencial jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, podendo ser lembrados, entre outros, os seguintes julgados: RMS n. 5.663-ES, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, in DJ de 15.04.96, e REsp n. 59.330-RJ, relator Felix Fischer, in DJ de 15.12.1997; REsp n. 185.286-SC, relator Ministro Vicente Leal; Ag n. 297.342-SP, relator Ministro Garcia Vieira, in DJ de 31.05.2000, e Ag n. 303.458-PB, relator Ministro Hamilton Carvalhido, in DJ de 02.08.2000.

É certo que vigora no sistema processual brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas, cujo corolário, no que se refere aos recursos, é, indubitavelmente, o princípio da fungibilidade. Ocorre, porém, que o fato de ter um mesmo Tribunal a competência para o julgamento, tanto do recurso interposto erroneamente, como daquele que caberia na hipótese, é requisito óbvio, mas não único.

Esse entendimento prevaleceu em iterativos julgados desta Corte, podendo ser lembrados, entre outros, o AgRg no Ag n. 337.583-CE, da relatoria do subscritor deste, DJU de 10.09.2001. A título de reforço, veja-se, também, os seguintes arestos deste Sodalício:

“Recurso especial. Penal. Mandado de segurança. Ordem denegada. Recurso ordinário. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Impossibilidade.

O art. 105, II, b, da Constituição Federal prevê a interposição de recurso ordinário de decisões denegatórias proferidas em mandado de segurança, pelos Tribunais Regionais Federais ou por Cortes Estaduais.

A interposição de recurso especial constitui-se em erro grosseiro, sendo impossível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 237.933-MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 25.02.2002).

.....
“Constitucional. Mandado de segurança. Recurso especial. Erro grosseiro.

1. O princípio da fungibilidade não acoberta o erro grosseiro na interposição do recurso, mormente diante da clareza meridiana do texto constitucional quanto ao recurso cabível da denegação de mandado de segurança.

2. Recurso não conhecido.” (RMS n. 5.714-MG, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 04.09.2000).

Agrega-se que a recíproca deve prestigiar esse entendimento, visto que no julgamento do AgRg no Ag n. 431.897-MG, relatado pela doutra Ministra Eliana Calmon, in DJU de 16.12.2002, esta colenda Segunda Turma, sem discrepância de votos, negou provimento ao agravo por entender que “a interposição de recurso ordinário em lugar de recurso especial constitui erro

grosseiro. Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal”.

Dessa feita, não merecem ser conhecidos os recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo.

No que se refere ao recurso da Ordem dos Advogados do Brasil, permite-se, por conveniente, investigar o ato tido por ilegal praticado pelo MM. Juízo de 1ª instância, bem como a possibilidade de a Instituição representante de classe impetrar o presente mandado de segurança coletivo.

Segundo se depreende das informações prestadas pelo digno Magistrado, a impossibilidade de a parte-vencida exclusivamente retirar os autos de cartório para recorrer encontra óbice na interpretação dada por aquele juízo ao item 38 das Normas de Serviços da Corregedoria do Estado de São Paulo. Assegura que a mencionada instrução determina que, de regra, o prazo para interpor e responder recurso correrá em cartório, salvo quando: 1) o prazo for autônomo e houver um único legitimado a recorrer; 2) o prazo for comum e as partes interessadas acordarem, por meio de petição, a divisão do lapso temporal, e 3) o prazo for autônomo e tiver o acréscimo a que faz jus a Fazenda Pública e o *Parquet* (cf. fls. 74/75).

O ato tido por ilegal pode ser assim resumido no modo de entender do digno Magistrado de que embora uma parte seja totalmente vencida, o prazo para recorrer deve ser comum e correr em cartório, diante da possibilidade de a parte-vencedora pugnar pela majoração dos honorários.

Analisado de modo afoito, se pode enxergar no ato emanado do digno Magistrado como um mandamento de conteúdo genérico. É de ver, entretanto, que o destinatário do ato é a classe dos advogados que atua na Comarca de Socorro e a proibição de retirar os autos, no particular, acaba por acarretar lesão ao exercício individual da atividade do profissional do Direito. Conclui-se, dessa feita, que a ordem do MM. Juízo atua como um ato específico, de maneira que o direito da classe, supostamente violado de modo concreto, pode ser tutelado pelo mandado de segurança.

Em sintonia com esse raciocínio, este Sodalício já se pronunciou, por meio de julgado da colenda Segunda Turma, ao pontificar que: “O ato produziu, nos pontos atacados, efeitos concretos sobre o exercício da profissão do advogado, portador de instrumento procuratório para a prática de seus misteres. Lembre-se que o mandado de segurança é coletivo, objetivando a defesa dos interesses da própria classe, ou dos associados que, como profissionais, a integram. Se o dispositivo constitucional veio justamente para

facilitar o manuseio do chamado remédio heróico, nestes casos (coletivo), não se pode exigir atuação isolada de cada um dos advogados nos processos em que postula”. Mais adiante elucida o r. precedente que “segundo **Hely Lopes Meirelles**, na lição trazida para estes autos, admite-se mandado de segurança contra atos (leis, decretos) aparentemente normativos que estabelecem proibições ou vedações de atividades ou condutas individuais, mas com efeito lesivo a direito” (cf. RMS n. 3.015-RJ, relator Ministro Hélió Mosimann, in DJ de 06.06.1994).

Sob esse prisma, afasta-se eventual dúvida acerca da possibilidade da impetração contra o ato inquinado de ilegal.

Colocada a **quaestio** nessa senda, passa-se à análise do pleito recursal.

Para caracterização da ocorrência de ato lesivo, é de rigor perquirir se, na hipótese de haver um vencedor na demanda, e, por consequência, uma parte-vencida, o prazo para recorrer deve ser considerado comum ou particular, a par da possibilidade de a parte-vencedora impugnar o **quantum** fixado a título de honorários.

Adverte **Nelson Nery Júnior** que “o prazo recursal pode ser comum ou particular. Quando houver sucumbência recíproca, o prazo é comum, ao passo que, havendo sucumbência total de uma das partes, o prazo para a outra recorrer é particular” (cf. ob. cit., p. 286). Em outro passo, preleciona o douto processualista que a sucumbência recíproca se evidencia quando “ambas as partes não alcançaram tudo o que poderiam extrair do processo” (cf. ob. cit., p. 51).

Sem ser exaustivo, constata-se que, após verificada a natureza da sucumbência, é possível cotejar qual o prazo que deve ser considerado para efeito de recurso, isto é, comum ou particular.

Em benefício da clareza, repita-se, mais uma vez, que o ato tido por ilegal está circunscrito na qualificação que o digno Magistrado, no particular, atribui ao prazo recursal, embora uma parte seja totalmente vencida. Prevê o MM. Juízo a possibilidade de a parte-vencedora pugnar pela majoração dos honorários, razão por que o lapso temporal, considerado comum, deve ser computado em cartório, ou seja, sem a retirada dos autos. Esse modo de pensar estaria em harmonia com o artigo 40, § 2º, do diploma processual civil, ao prever que “sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos poderão os seus procuradores retirar os autos”.

Com a devida **venia** do entender do digno Magistrado, bem como do julgado da Corte de origem, não há como admitir caracterizada a sucumbência

recíproca diante da hipótese de a parte-vencedora postular a majoração dos honorários advocatícios em seu limite máximo. Em verdade, a condenação na verba advocatícia em percentual menor que o limite máximo legal não caracteriza sucumbência recíproca, uma vez que não há procedência parcial da ação. Assim, com base nesse raciocínio, não há cogitar que o prazo recursal seja comum, pois, no caso, o prazo é particular.

Na linha de raciocínio acima, este Sodalício já assentou que “se a parte foi integralmente vencida na sentença, não se pode falar em prazo comum a inviabilizar a retirada dos autos de cartório pelo seu advogado” (cf. RMS n. 292-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ de 30.03.1992).

Esse r. precedente, a propósito, traz à balha o teor do r. parecer da lavra do Professor **Nelson Nery Júnior** que, na condição de representante do Ministério Público paulista, registrou: “O cerne da questão está na qualificação do prazo para interposição de recurso: se particular ou comum às partes. Prazo comum, no magistério de **Moniz de Aragão**, é aquele destinado a ambas as partes. Quando houver sucumbência recíproca, vale dizer, vencidos simultaneamente autor e réu, o prazo para interposição de recurso é comum. Quando, todavia, o pedido é julgado integralmente procedente ou improcedente, o prazo deixa de ser comum e passa a ser particular. *Não se considera existente a sucumbência recíproca, para efeitos de caracterizar-se o prazo recursal como comum, quando a parte não obteve o máximo da verba honorária.* Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (grifos não originais – cf. RMS n. 292-SP, acima citado).

Na mesma vereda, confira-se a obra do saudoso processualista **Theotônio Negrão** e do jurista **José Roberto Ferreira Gouvêia**, na qual, em nota ao artigo 40 do Código de Processo Civil, são apontados iterativos julgados acerca do tema em comento (cf. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, nota 9 ao art. 40, 35ª ed., Ed. Saraiva, p. 154).

Assim, pois, é de reconhecer que o ato que impede o advogado da parte-vencida de retirar os autos de cartório, por considerar comum o prazo para recorrer quando não fixados os honorários advocatícios em seu percentual máximo, viola direito líquido e certo e restringe o exercício profissional da advocacia.

Registre-se, a título de mera lembrança, que a doutrina partilha do entender de que, diante da possibilidade de o ato judicial poder ser impugnado por meio de embargos de declaração, deve-se considerar comum os primeiros 5 (cinco) dias para oposição do mencionado recurso. Entretanto, “ultrapassado o prazo para embargos, o prazo será particular se vencida totalmente

apenas uma das partes” (cf. **Nelson Nery Júnior**, ob. cit.). O douto Ministro Humberto Gomes de Barros, trilhando no mesmo caminho, já teve oportunidade de assentar que “como toda decisão é potencialmente suscetível de embargos declaratórios, os primeiros dias que sucederem à publicação da sentença ... (**omissis**) ... devem ser considerados prazo comum. O restante do prazo de apelação reserva-se ao sucumbente” (cf. RMS n. 5.000-9-MG, in DJ de 10.04.1995).

Pelo que precede, não conheço dos recursos especial e ordinário apresentados pela Associação dos Advogados de São Paulo. No que toca à pretensão recursal deduzida pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, merece ser conhecido e provido o recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 170.183 – PE

(Registro n. 1998.0024432-8)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrentes: Palmeiron S/A Indústrias Alimentícias e outros
Advogado: Ivo de Lima Barboza
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Affonso Neves Baptista Neto e outros

EMENTA: Processual Civil – Mandado de segurança – Decadência – Parcelamento de débito tributário – Multa – Prestação de trato sucessivo – Não-ocorrência – Lei n. 1.533/1951, art. 18.

– O prazo de 120 (cento e vinte) dias para interposição do mandado de segurança tem início a partir da ciência do impetrante do valor do débito parcelado e do demonstrativo de consolidação do débito, incluindo a multa moratória.

– Na hipótese, não se trata de ato administrativo de prestação continuada ou de trato sucessivo, mas de ato administrativo único, razão por que conta-se o prazo decadencial para a impetração a partir da ciência do ato lesivo.

– Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Ex.^{ma} Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 16.06.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Palmeiron S/A – Indústrias Alimentícias e outros com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pelos ora recorrentes, nos autos da ação mandamental preventiva, com pedido de liminar, impetrada pelas empresas contra iminente ato do Delegado da Receita Federal em Recife-PE, objetivando eximir-se da correção monetária com base na TR e TRD, bem como de multa por infração fiscal no valor correspondente a 20% sobre os valores confessados, visto que se trata de denúncia espontânea.

O v. acórdão, considerando que o parcelamento do débito tributário consiste em ato administrativo único, por isso não há como atribuir a ele caráter de ato sucessivo, declarou intempestivo o mandado de segurança, visto que impetrado após os 120 dias autorizados.

No recurso especial, os ora recorrentes alegam ter o v. aresto contrariado o art. 138 do CTN, e o art. 18 da Lei n. 1.533/1951, bem como divergência jurisprudencial, quando não reconheceu o direito líquido e certo dos Recorrentes de não pagarem seus débitos corrigidos pela TR/TRD e, ainda, de excluir as multas indevidamente cobradas.

Recurso extraordinário interposto simultaneamente.

Contra-razões não apresentadas.

Apenas o recurso especial foi admitido no Tribunal **a quo**. Contra o despacho denegatório de seguimento do apelo extremo não foi interposto

o cabível agravo de instrumento. Os autos subiram a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Palmeiron S/A Indústrias Alimentícias e outros insurgem-se contra o acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que negou provimento à apelação interposta pelos ora recorrentes nos autos da ação mandamental impetrada com o objetivo de eximir-se da exigência de correção monetária calculada com base na TR e TRD sobre débitos confessados, bem como da incidência de multa por infração fiscal, restando o **decisum** resumido na seguinte ementa (fl. 254):

“Processual Civil. Mandado de segurança. Decadência. Parcelamento. Ato administrativo único, com efeitos permanentes.

‘A jurisprudência predominante nos tribunais tem feito a distinção entre ato administrativo único, mas com efeitos permanentes, e atos administrativos sucessivos e autônomos, embora tendo como origem norma inicial idêntica. Na primeira hipótese, o prazo do artigo 18 da Lei do Mandado de Segurança deve ser contado da data do ato impugnado, na segunda, porém, cada ato pode ser atacado pelo *writ* e, assim, a cada qual corresponderá prazo próprio e independente (RE n. 95.238-PR, relator Ministro Néri da Silveira, DJ 06.04.1984, p. 5.104).’

O parcelamento do débito tributário caracteriza-se como ato administrativo único. A emissão mensal do Darf não lhe atribui o caráter de ato sucessivo e o prazo decadencial para o ajuizamento do mandado de segurança impugnativo de qualquer de seus termos há de ser iniciado com a notificação do ato de deferimento.

Decadência reconhecida. Apelação não provida.”

Sustentam os Recorrentes que o parcelamento da dívida, incluída a correção monetária e a multa, transformou o débito em prestação de trato sucessivo. E o princípio da decadência somente se tornaria efetivo se tivesse transcorrido os cento e vinte dias contados do vencimento de cada parcela.

Aduzem:

“Assim, cada parcela representa um ato, atacável pela via do **mandamus**, porque a exigência da multa não ocorreu na data da concessão do parcelamento. Esse ato de concessão, relativamente à correção monetária pela TR/TRD e multa, representavam uma ameaça, apenas, não um ato efetivo.”

Alegam contrariedade aos arts. 18 da Lei n. 1.533, de 31.12.1951, e ao 138 da Lei n. 5.172/1966 (CTN), bem como divergência jurisprudencial com julgados do STJ e do STF para rechaçar a tese proclamada no acórdão recorrido, quanto à decadência do direito dos Recorrentes para impetrar o **mandamus**.

Constato que à fl. 62 dos autos há comunicação do deferimento de parcelamento de débito (13.08.1992), em 50 prestações, a partir de 25.08.1992. Portanto, as Empresas-recorrentes tomaram ciência desde 13.08.1992 dos valores de cada uma das parcelas, como demonstram os documentos de fls. 63/66.

A segurança somente foi requerida em 9 de maio de 1995.

Correto o **decisum** ao declarar (fl. 252):

“No caso em julgamento, entendo o parcelamento como ato único, e o início do prazo decadencial para a impetração do **mandamus** ocorreu com a notificação do deferimento de tal ato (nos moldes do art. 18 da Lei n. 1.533/1951), em meados de 1992 e 1993, conforme documentos acostados aos autos.

A emissão do Darf, em absoluto, caracterizaria o parcelamento como ato sucessivo.

O mero preenchimento do Darf não representa novo ato administrativo, mas, tão-somente, a execução, do ato que autorizou o parcelamento em 50 meses, havendo, portanto, a necessidade do documento de arrecadação para a sua materialização.

E, ainda que haja a cada mês a inclusão da TR, TRD e multa, não há que se falar em renovação do ato, pois, dita inclusão já havia sido adremente autorizada.

Diante de tais considerações, torna-se inafastável a intempestividade do remédio heróico, visto que só foi impetrado em 09.05.1995,

em muito ultrapassado o prazo peremptório de 120 (cento e vinte) dias.”

Portanto, a questão que ora se discute é meramente processual, por isso que se cinge à decadência para impetração de mandado de segurança.

Cientes as empresas do valor do débito parcelado, incluindo o pagamento da multa moratória, ocorrido em 13.08.1992, inicia-se o prazo de 120 dias para interposição do mandado de segurança que somente em 9 de maio de 1995 foi ajuizado.

Na hipótese dos autos, não se trata de ato administrativo de trato sucessivo ou de prestação continuada, como sugerem os Recorrentes.

Trata-se de ato administrativo único, cujo efeito terá a duração das parcelas em que foi dividido o débito, atendendo a uma conveniência do contribuinte, já que a dívida poderia ter sido quitada de uma só vez.

A divergência jurisprudencial colacionada não se encontra comprovada, por isso que os julgados trazidos a confronto referem-se a atos administrativos de trato sucessivo, não sendo esta a hipótese dos autos, como esclarecido.

Esta egrégia Segunda Turma, decidindo sobre a matéria ao julgar o REsp. n. 408.593-RS (DJ de 23.09.2002), proclamou:

“Recurso especial. Alínea a. Mandado de segurança. Decadência. Pretensa violação ao artigo 18 da Lei n. 1.533/1951. Ocorrência. Recurso especial provido. Extinção do processo com julgamento de mérito, ressalvada a possibilidade de ingresso em juízo pela via adequada.

Quando qualquer direito nasce, se for o caso, nasce com ele o prazo decadencial para o seu exercício. Logicamente, quando o órgão julgador entende ter-se operado a decadência, julga extinto o processo com julgamento do mérito, declarando que não possui mais a parte o direito invocado.

Quando, porém, uma autoridade pública, por meio de ação ou omissão, provocar lesão a direito líquido e certo de um particular, surge o direito ao mandado de segurança, cujo prazo decadencial é de 120 dias.

Na hipótese, a discussão cinge-se ao direito ao *writ of mandamus* e não à hipotética decadência ou prescrição do direito violado pelo ato da autoridade-impetrada.

Para que não seja obstado o exame da impetração, devem ser atendidos os pressupostos específicos deste remédio constitucional, que não dispensa a obediência ao prazo determinado pelo artigo 18 da Lei n. 1.533/1951, ainda que tenha sido formulado pedido declaratório, para o qual o mandado de segurança não se mostra a via adequada.

Ciente a Autora do valor do débito objeto do parcelamento e do demonstrativo de consolidação do débito para o pagamento parcelado, que incluía multa moratória, ocorrido no dia 9 de janeiro de 1998, a partir daí passa a fluir o prazo para interposição do mandado de segurança, ajuizado somente em 18 de dezembro de 1998, quando ultrapassado, há muito, o lapso temporal para a impetração.

Recurso especial provido para acolher a prejudicial de decadência e extinguir o processo com julgamento do mérito, ressalvada a possibilidade do ingresso em juízo pela via ordinária apropriada.”

Refiro-me, ainda, ao REsp n. 431.999-GO, julgado pela egrégia Primeira Turma (DJ de 09.12.2002), cujo acórdão ficou resumido na ementa ora transcrita:

“Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Termo **a quo**. Prazo decadencial previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951, na espécie, contado a partir da ciência do ato lesivo. Prestação de trato sucessivo: não-ocorrência, **in casu**.

– Em não se tratando de ato administrativo de trato sucessivo, o prazo decadencial para impetrar mandado de segurança conta-se a partir do ato lesivo.

– Constatada a decadência, o recurso é manifestamente incabível (art. 34, inciso XVIII, do RISTJ).”

Do exposto, não conheço do recurso, declarando extinto o processo sem julgamento do mérito em face da decadência do direito à impetração (art. 18 da Lei n. 1.533/1951).

RECURSO ESPECIAL N. 216.967 – SP

(Registro n. 1999.0046913-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Topsy Consultoria de Sistemas Ltda
Advogados: César Antônio Alves Cordaro e outros
Recorrido: Município de São Paulo
Advogados: Cândido Pinheiro de Oliveira e outros

EMENTA: Tributário – Programas de computador – Decreto-Lei n. 406/1968 – Incidência do ISS ou do ICMS.

1. Esta Corte e o STF posicionaram-se quanto às fitas de vídeo e aos programas de computadores, diante dos itens 22 e 24 da lista de serviços.

2. Os programas de computador desenvolvidos para clientes, de forma personalizada, geram incidência do tributo do ISS.

3. Diferentemente, se o programa é criado e vendido de forma pessoal para clientes que os compra como uma mercadoria qualquer, esta venda é gravada com o ICMS.

4. Hipótese em que a empresa fabrica programas específicos para clientes.

5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 28 de agosto de 2001 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidenta e Relatora.

Publicado no DJ de 22.04.2002.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em ação onde se discute a incidência de ISS sobre as atividades

desenvolvidas pela empresa Topsy Consultoria de Sistemas Ltda, criação e venda de programas de computadores.

Analisando a legislação de regência, notadamente a lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/1968, alterada pela Lei Complementar n. 56/1987 – item 22 –, concluiu o Tribunal de Apelação pela exigibilidade da exação, rechaçando a tese de isenção de ISS pela ocorrência de cessão de direito de uso de *softwares*, ao argumento de que o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.646/1987, ao definir programa de computador, serviu como proteção à propriedade intelectual, não interferindo no campo tributário.

Em seguida, foram opostos embargos de declaração, buscando o prequestionamento do art. 156, III, da CF/1988, os quais foram rejeitados.

Inconformada, interpôs a Recorrente, na mesma data, dois recursos especiais.

No primeiro, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, alega que houve violação à Lei Complementar n. 56/1987, item 22 da lista de serviços, buscando afastar a incidência do ISS.

No segundo, também com base na alínea **a**, afirma que houve violação ao art. 535, II, do CPC, por não ter o Tribunal **a quo** sanado a omissão apontada nos embargos declaratórios.

Nas contra-razões, aduz o Município de São Paulo a existência de irregularidade na interposição de dois recursos especiais, o que prejudicaria a admissibilidade, e, no mérito, destaca o item 24 da lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/1968, atualizada pela Lei Complementar n. 56/1987.

Subiram os autos por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Início o exame deste especial por questão eminentemente procedimental, consubstanciada na alegação do Município de que é irregular a interposição de dois recursos especiais, simultaneamente.

O acórdão impugnado pela Empresa-recorrente recebeu a ementa seguinte:

“Tributário. ISS. Incidência sobre *software*.

Improcedência de ação declaratória de inexistência de relação jurídica, que obrigue o recolhimento de dito imposto, cumulada com

pedido de anulação de autos de infração. Sentença mantida. Recurso improvido.” (fl. 139).

O acórdão foi publicado em 18.11.1995 (fl. 146), tendo a Empresa interposto embargos de declaração que, rejeitados, ensejou a interposição de dois recursos especiais simultâneos: o primeiro atacando o acórdão proferido em exame da apelação e o segundo atacando a decisão dos embargos.

Entendo que, interpostos ambos os recursos na mesma data, sem que se possa alegar intempestividade ou preclusão consumativa ou lógica, não há irregularidade substancial, mas, sim, mera quebra de procedimento não sacramental, ou seja, partiu-se em duas peças aquilo que poderia ser redigido em peça única.

Assim, em nome do princípio da economia processual e da liberdade das formas, rejeito a possível nulidade.

No que se refere ao art. 535, II, do CPC, não merece guarida o especial, eis que inovou a Empresa-recorrente nos embargos de declaração ao buscar o prequestionamento do art. 156, III, da CF/1988, não devolvido em seu recurso de apelação ao Tribunal **a quo**.

Quanto à Lei Complementar n. 56/1987, que alterou a lista de serviços do Decreto-Lei n. 406/1968, suporte para a decisão impugnada, temos no item 22 da mesma:

“Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista, organização, programação, planejamento, assessoria, processamento de dados, consultoria técnica, financeira ou administrativa.”

Esta Corte vem entendendo que os programas de computação sujeitam-se à cobrança do ISS, por estarem incluídos no item 24 da lista de serviços:

“24. Análises, inclusive de sistemas, exames, pesquisas e informações, coleta e processamento de dados de qualquer natureza.”

Neste sentido são os procedentes que se transcreve, em resumo, pelas ementas:

“ICMS. Programas de computador. Não-incidência.

A exploração econômica de programas de computador, mediante contratos de licença ou de cessão, está sujeita apenas ao ISS.

Referidos programas não se confundem com suportes físicos, não podendo ser considerados mercadorias para fins de incidência do ICMS.

Recurso improvido.” (REsp n. 39.797-SP, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, unânime, DJ de 21.02.1994).

“Tributário. ISS. Programas de computador. Lei n. 7.649, art. 27. Decreto-Lei n. 406/1968. Lista de serviços, item 24.

1. Os sistemas de computação, constituídos de programas, exprimem o resultado de atividade intelectual, de sorte que configuram bem imaterial e não mercadoria, a afastar a hipótese de incidência do ICMS.

2. A exploração econômica de programa de computador, mediante contratos de licença ou de cessão, sujeita-se a cobrança do ISS (item 24 da lista de serviços, anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968).

3. Recurso desprovido.” (REsp n. 39.457-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, unânime, DJ de 05.09.1994).

Contudo, mais recentemente passou o Tribunal a fazer distinção entre o programa de computador prestado de forma personalizada ao cliente, com características específicas de uma prestação de serviço e o programa vendido em larga escala para um sem-número de pessoas. No primeiro, incide o ISS, e no segundo, o ICMS, posto que o programa, pronto e acabado para utilização geral, é vendido como mercadoria, armazenando-se nas prateleiras, tal como o Windows, o Word, etc.

Confira-se o precedente:

“Tributário. ICMS. ISS. Programas de computador (*software*). Circulação.

1. Se as operações envolvendo a exploração econômica de programa de computador são realizadas mediante a outorga de contratos de cessão ou licença de uso de determinado *software* fornecido pelo autor ou detentor dos direitos sobre o mesmo, com fim específico e para atender a determinada necessidade do usuário, tem-se caracterizado o fenômeno tributário denominado prestação de serviços, portanto, sujeito ao pagamento do ISS (item 24 da lista de serviços, anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968).

2. Se, porém, tais programas de computação são feitos em larga escala e de maneira uniforme, isto é, não se destinando ao atendimento

de determinadas necessidades do usuário a que para tanto foram criados, sendo colocados no mercado para aquisição por qualquer um do povo, passam a ser considerados mercadorias que circulam, gerando vários tipos de negócio jurídico (compra e venda, troca, cessão, empréstimo, locação, etc.), sujeitando-se, portanto, ao ICMS.

3. Definido no acórdão de 2ª grau que os programas de computação explorados pelas Empresas-recorrentes são uniformes, a exemplo do Word 6, Windows, etc., e colocados à disposição do mercado, pelo que podem ser adquiridos por qualquer pessoa, não é possível, em sede de mandado de segurança, a rediscussão dessa temática, por ter sido ela assentada com base no exame das provas discutidas nos autos.

4. Recurso especial improvido. Confirmação do acórdão hostilizado para reconhecer, no caso, a legitimidade da cobrança do ICMS.” (REsp n. 123.022-RS, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, DJ de 27.10.1997).

No mesmo sentido, a Segunda Turma, no RMS n. 5.934, rel. Min. Hélio Mosimann.

O STF fez a mesma distinção em relação às fitas de videocassete, lembrando, inclusive, a semelhança com as provas de computação, como bem espelha a ementa seguinte:

“ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas de videocassete gravadas em série.

Tal como sucede com relação aos computadores (cf. RE n. 176.626, Pertence, 11.12.1998), a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra oferecido ao público em geral – e nesse caso não seria lícito negar-lhe a qualificativa de mercadoria –, ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos Municípios.

Se há, de fato, comercialização de filmes para videocassete, não se caracteriza, para fins de incidência do ISS municipal, a prestação de serviços que se realiza sob encomenda com a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público consumidor.” (RE n. 191.732-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, DJ de 18.06.1999).

Este precedente do STF, é bom que se diga, praticamente coloca em testilha o conteúdo da Súmula n. 135 desta Corte, assim redigida:

“O ICMS não incide na gravação e distribuição de filmes e videoteipes.”

Mais recentemente, o mesmo relator, no julgamento do RE n. 176.626-3-SP, esclarece o entendimento pretoriano sobre os programas de computador:

“I – Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súmula n. 356).

(...)

II – (...)

III – Programa de computador (*software*): tratamento tributário: distinção necessária.

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de ‘licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador’ ‘matéria exclusiva da lide’, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado ‘*software* de prateleira’ (*off the shelf*) – os quais, materializando o **corpus mechanicum** da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.” (RE n. 176.626-3-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, unânime, DJ de 11.12.1998).

O acórdão não está em testilha com o direito pretoriano.

Apenas deixou de fazer a distinção das situações, eis que os programas de computador podem gerar ICMS ou ISS, a depender da forma trabalhada. Destaco, para melhor compreensão, trecho do voto-condutor do acórdão, que bem espelha a simplicidade de raciocínio lógico, mas não abrangente:

“(…), a lei complementar quis que o programa de computador, que tem como suporte físico o ‘disquete’ (mídia magnética), constitua base de incidência do Imposto sobre Serviços de qualquer natureza,

como fato de natureza jurídica, estabelecendo esta hipótese de incidência da referida espécie tributária.” (fl. 143).

Na espécie em julgamento, não ficaram esclarecidas as peculiaridades do programa elaborado pela Recorrente, sendo certo que mantém a empresa três atividades distintas:

- a) consultoria organizacional na área administrativo-financeira;
- b) criação e desenvolvimento de *softwares*, e
- c) manutenção e atualização dos sistemas desenvolvidos para os clientes.

Está claro, pela descrição feita pela Recorrente, que lhe cabe desenvolver programas específicos para os clientes, hipótese em que, inquestionavelmente, incide o ISS.

Assim sendo, não há reparo a ser feito no julgado, razão pela qual nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 267.458 – SC

(Registro n. 2000.0071650-2)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradores: José Alexandre P. Nunes e outros
Recorrida: Unimed de Tubarão – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Amurel Ltda
Advogados: João Batista Goes Ulisséia e outro

EMENTA: Tributário e Previdenciário – Cooperativas médicas – Contribuição social – Lei Complementar n. 84/1996, art. 1º, inc. II – Incidência – Precedentes STJ e STF.

– As cooperativas são equiparadas a empresas para fins de aplicação da legislação do custeio da Previdência Social.

– Incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos, mensalmente, aos médicos e seus associados, pelos serviços prestados a terceiros.

– 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 João Otávio de Noronha. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília-DF, 6 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator.

Publicado no DJ de 04.08.2003.

Embargos declaratórios pendentes.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS com fundamento na alínea a do autorizativo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por unanimidade, deu provimento à apelação interposta pela ora recorrida, nos autos da ação ordinária declaratória ajuizada por Unimed de Tubarão – Cooperativa de Trabalho Médico da Região da Amurel Ltda, contra a autarquia federal, visando eximir-se da contribuição sobre os valores pagos a seus associados.

O v. aresto decidiu que se a legislação que criou a contribuição previdenciária das cooperativas de trabalho elegeu como hipótese de incidência o pagamento feito aos médicos pelos serviços prestados à pessoa jurídica, não há como alcançar a remuneração paga pelas pessoas físicas, que são os pacientes. Declarou, ainda, que se quem paga os cooperados não é a cooperativa, mas os pacientes, falha o primeiro elemento da hipótese de incidência.

No recurso especial, o INSS alega contrariedade ao art. 1º da Lei Complementar n. 84/1996, sustentando que os pagamentos feitos aos médicos cooperados são realizados pela própria cooperativa e não pelos pacientes, que mantêm contrato somente com a cooperativa, pagando-lhe diretamente uma prestação mensal pelos serviços médicos a serem prestados.

Contra-razões às fls. 187/200.

O recurso especial foi admitido no Tribunal **a quo**, subindo os autos a esta egrégia Corte, onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Cuida-se de recurso especial manifestado pelo INSS, fundado na letra **a** do autorizativo constitucional, contra acórdão do TRF da 4ª Região, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela Unimed de Tubarão-SC, nos autos de ação ordinária declaratória ajuizada contra a autarquia previdenciária, objetivando eximir-se do pagamento da contribuição criada pela Lei Complementar n. 84, de 18.01.1996, alegando que sendo uma sociedade cooperativa não está sujeita à exação, pois o serviço de seus cooperados é prestado diretamente a terceiros, cabendo-lhe a tarefa de administrar a remuneração recebida pelos mesmos.

O Tribunal, ao decidir a lide, proclamou:

“Tributário. Cooperativa de trabalho médico. Contribuição social. Lei Complementar n. 84/1996. Inexigibilidade.

Se a legislação que criou a contribuição previdenciária das cooperativas de trabalho elegeu como hipótese de incidência o pagamento feito aos médicos pelos serviços prestados à pessoa jurídica, não há como alcançar a remuneração paga pelas pessoas físicas, que são os pacientes.

Se quem paga os cooperados, que são os médicos, não é a cooperativa, mas os pacientes, então falha o primeiro elemento da hipótese de incidência.”

Sustenta a Autarquia-recorrente violação ao art. 1º da Lei Complementar n. 84/1996, argumentando que os médicos são remunerados pela cooperativa; os pacientes fazem o pagamento à cooperativa por um plano de saúde que lhes garanta o atendimento pelos profissionais associados.

Merece acolhida o pleito da Recorrente, por isso que o acórdão hostilizado discrepa da jurisprudência dominante deste Sodalício, a exemplo dos julgados a seguir citados e transcritas as respectivas ementas:

“Previdenciário. Contribuição social. Cooperativa médica.

1. É devida contribuição social sobre os honorários pagos pela cooperativa aos médicos a ela associados, uma vez que não há, na espécie, ato cooperado. Os médicos prestam serviços em nome da cooperativa e dela recebem diretamente honorários fixados uniformemente para a categoria.

2. Precedentes.

3. Recurso provido.” (REsp n. 196.081-SC, DJ de 25.11.2002, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

“Tributário. Contribuição previdenciária sobre a remuneração paga aos médicos cooperados. Incidência.

As cooperativas de trabalho equiparam-se à empresa para fins de recolhimento da contribuição previdenciária, a teor do disposto no artigo 5º do Decreto n. 89.312/1984.

A contribuição previdenciária incide sobre a remuneração paga aos médicos cooperados, visto que estes recebem diretamente da cooperativa de trabalho seus honorários pelos serviços executados, sendo irrelevante que os serviços médicos sejam prestados a terceiros.

Recurso provido.” (REsp n. 382.126-PR, DJ de 15.04.2002, rel. Min. Garcia Vieira).

“Direito Tributário e Previdenciário. Cooperativas médicas. Contribuição social.

1. As cooperativas são equiparadas à empresa para fins de aplicação da legislação do custeio da Previdência Social (art. 12, parágrafo único, do Decreto n. 3.048, de 06.05.1999 – Regulamento da Previdência Social).

2. Estão as cooperativas médicas obrigadas ao recolhimento da contribuição social a ser calculada sobre os valores apurados mensalmente e pagos aos médicos, seus associados, pelos serviços prestados a terceiros.

3. Os médicos, não obstante situados como cooperados, prestam serviços a terceiros em nome da cooperativa, como autônomos, e dela recebem diretamente os honorários fixados em tabela genérica.

4. As pessoas que mantêm vínculos de associação com as cooperativas não efetuam pagamento de honorários aos médicos. Pagam, de

modo fixo, mensalmente, determinada quantia à cooperativa para que essa administre e ponha à disposição os serviços oferecidos.

5. A relação jurídica do serviço é firmada entre, no caso, o médico e a cooperativa. Esta supervisiona, controla e remunera os serviços prestados pelo profissional.

6. Recurso do INSS provido para que as cooperativas recolham as contribuições previdenciárias exigidas pela Lei Complementar n. 84/1996, art. 1º, I.” (REsp n. 299.388-SC, DJ de 30.04.2001, rel. Min. José Delgado).

“Tributário e Previdenciário. Cooperativas médicas. Contribuição social. Lei Complementar n. 84/1996, artigo 1º, inciso II. Incidência.

– As cooperativas são equiparadas à empresa para fins de aplicação da legislação do custeio da Previdência Social (artigo 12, parágrafo único, do Decreto n. 3.048, de 06.06.1999 – Regulamento da Previdência Social).

– As cooperativas médicas estão obrigadas ao recolhimento da contribuição social a ser calculada sobre os valores apurados mensalmente e pagos aos médicos, seus associados, pelos serviços prestados a terceiros.

– Os médicos, não obstante situados como cooperados, prestam serviços a terceiros em nome da cooperativa, como autônomos, e dela recebem diretamente os honorários fixados em tabela genérica.

– As pessoas que mantêm vínculos de associação com as cooperativas não efetuam pagamento de honorários aos médicos. Pagam, de modo fixo, mensalmente, determinada quantia à cooperativa para que essa administre e ponha à disposição os serviços oferecidos.

– A relação jurídica do serviço é firmada entre, no caso, o médico e a cooperativa. Esta supervisiona, controla e remunera os serviços prestados pelo profissional.

– Recurso do INSS provido para que a cooperativa recolha as contribuições previdenciárias exigidas pela Lei Complementar n. 84/1996, artigo 1º, inciso II.” (REsp n. 396.847-PB, DJ de 27.05.2002, rel. Min. Luiz Fux).

Vale dizer que o STF julgando o RE n. 223.085-PR, DJ de 12.05.2000, decidiu:

“Contribuição social. Constitucionalidade do artigo 1º, I, da Lei Complementar n. 84/1996.

– Recentemente, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE n. 228.321, deu, por maioria de votos, pela constitucionalidade da contribuição social, a carga das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, incidente sobre a remuneração ou retribuição pagas ou creditadas aos segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas, objeto do artigo 1º, I, da Lei Complementar n. 84/1996, por entender que não se aplica às contribuições sociais novas a segunda parte do inciso I do artigo 154 da Carta Magna, ou seja, que elas não devam ter fato gerador ou base de cálculos próprios dos impostos discriminados na Constituição.

– Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário não conhecido.”

No RE n. 141.800-SP, da relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, a egrégia Primeira Turma do STF assentou:

Ementa: “ICMS. Cooperativas de consumo.

– Falta de prequestionamento da questão concernente ao artigo 5º, **caput**, da Constituição Federal (Súmulas n. 282 e 356).

– A alegada ofensa ao artigo 150, I, da Carta Magna é indireta ou reflexa, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário.

– Inexiste, no caso, ofensa ao artigo 146, III, c, da Constituição, porquanto esse dispositivo constitucional não concedeu às cooperativas imunidade tributária, razão por que, enquanto não for promulgada a lei complementar a que ele alude, não se pode pretender que, com base na legislação local mencionada no aresto recorrido, não possa o Estado-membro, que tem competência concorrente em se tratando de direito tributário (artigo 24, I e § 3º, da Carta Magna), dar às cooperativas o tratamento que julgar adequado, até porque tratamento adequado não significa necessariamente tratamento privilegiado.

Recurso extraordinário não conhecido.”

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 290.460 – DF

(Registro n. 2000.0126767-1)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan
Procuradores: Antônio Elesbão Lima da Silva e outros
Recorrido: Distrito Federal
Procurador: Cláudio Fernando Eira de Aquino

EMENTA: Recurso especial – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) – Prévia manifestação acerca de construção de edifício no Plano Piloto de Brasília – Artigo 17 do Decreto-Lei n. 25/1937 – Observância às normas legais, no caso concreto – Princípio da razoabilidade.

Cinge-se a controvérsia à necessidade de prévia autorização do Iphan para construção de edifício localizado na Entrequadra 414/415 Sul, no Plano Piloto de Brasília, tombado nos termos da Portaria n. 4, de 13.03.1990, do Secretário do IBPC do Ministério da Cultura, e do Decreto n. 10.829, de 14.10.1987.

Da análise do artigo 17 do Decreto-Lei n. 25/1937, conclui-se que não é obrigatória a prévia manifestação do Iphan, antigo IBPC, em casos como o dos autos, em que não houve destruição, demolição ou mutilação de coisa tombada, mas construção de edifício autorizada pelo Governo do Distrito Federal.

Ainda que assim não fosse, o exame acurado dos autos demonstra que a edificação se deu em conformidade com as determinações legais da época. Por tal razão, o Departamento de Licenciamento e Fiscalização de Obras da Secretaria de Viação e Obras do Governo do Distrito Federal concedeu o Alvará de Construção n. 34/1992.

Mais a mais, ressalte-se que a demolição parcial do prédio, a essa altura, seria medida desarrazoada, seja porque a construtora obteve o devido alvará de construção do GDF, seja porque traria um ônus excessivo para os comerciantes e proprietários das unidades comerciais do edifício.

Recurso especial não conhecido.

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, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 23.06.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: O Ministério Público Federal e o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural – IBPC propuseram ação civil pública, com pedido de liminar, contra o Distrito Federal, Marcos Koenigkan Empreendimentos Imobiliários e Hotel Phenícia Ltda, objetivando a demolição da parte leste de edifício construído, com autorização do Distrito Federal, na Entrequadra 414/415 Sul, a apenas 5 metros de distância da via L-2 Sul, uma vez que o IBPC “não realizou qualquer ato que propiciasse a concessão da licença edilícia e, via de consequência, a edificação do prédio comercial em pauta” (fl. 10).

A liminar foi concedida (fl. 48) e posteriormente revogada (fls. 292/293), determinando “ao Distrito Federal a implantação no local de semáforos para controle do fluxo de veículos, no prazo de vinte dias, após o qual, o edifício em questão poderá ser ocupado até ulterior decisão deste Juízo” (fl. 293).

A seguir, o r. Juízo de 1ª grau julgou procedente o pedido, “para condenar Phenícia Comércio, Construtora e Incorporadora Ltda e o Distrito Federal a promoverem a demolição parcial do prédio construído na Entrequadra 414/415 Sul, de modo a permitir que fique livre de construção o espaço mínimo de 10m (dez metros) a partir do meio-fio da via L-2 Sul, suficiente, portanto, para preservar o conjunto arquitetônico da cidade de Brasília” (fl. 515), sendo declarado extinto o processo em relação a Marcos Koenigkan Empreendimentos Imobiliários e Hotel Phenícia Ltda.

Salientou o r. Juízo de 1ª grau, com base no artigo 17 do Decreto-Lei n. 25/1937, que “o extinto SPHAN, hoje IBPC, há de ser sempre ouvido ante

a aprovação dos projetos de edificação em áreas tombadas, de modo a assegurar a preservação das características do bem tombado. O ato de licença torna-se, assim, um ato complexo mediante a conjunção de várias vontades” (fl. 512). Nesse sentido, concluiu que, uma vez “que as plantas (fls. 25 e 26) não foram submetidas ao prévio exame do IBPC, não há como não infirmar a licença e conseqüentemente ter a obra como irremediavelmente viciada” (fl. 514).

Diante desse desate, o Distrito Federal e Phenícia – Comércio, Construtora e Incorporadora Ltda interpuseram recurso de apelação, subindo os autos, também por força de reexame necessário, ao egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que deu provimento às apelações e julgou prejudicada a remessa.

Entendeu a Corte de origem, em síntese, que é certo que o antigo IBPC, hoje SPHAN, teria de ser ouvido sobre o projeto de edificação “em áreas tombadas de modo a assegurar a preservação das características do bem tombado. Mas, se não foi, e o projeto não causa nenhuma modificação, nenhum dano, à área tombada, só porque não foi ouvido, não se deve demolir a obra erguida sem a audiência do SPHAN” (fl. 647).

A ementa do v. acórdão restou redigida nos seguintes termos:

“Administrativo. Processo Civil. Preliminares. Despacho saneador. Preclusão. Brasília. Plano Piloto. Tombamento. Construção. Audiência do Iphan. Distância entre o meio-fio e a empena do prédio.

I – Dá-se a preclusão se as preliminares de ilegitimidade **ad causam** e a falta de interesse jurídico foram decididas no despacho saneador e não houve recurso.

II – A prévia audiência do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional sobre o projeto de construção, em área tombada, por si só, não leva à demolição da obra, se não ocorre nenhuma modificação que descaracterize o bem tombado.

III – Distância de dez metros entre o meio-fio e a empena do edifício não exigida pelo plano da cidade.” (fl. 650).

Irresignado, o Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, rejeitados pelo Tribunal **a quo** sob a alegação de que “a atuação do Ministério Público, na ação civil pública, como parte, dispensa sua atuação como **custos legis**” (fl. 714).

Em recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, aponta o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan negativa de vigência ao artigo 17, **caput**, do Decreto-Lei n. 25/1937.

Afirma, nesse eito, que “há um evidente paradoxo no r. acórdão recorrido, porque, apesar de admitir o suporte fático de violação da norma legal, isto é, a ausência de prévia oitiva e autorização do Iphan, trata tal requisito legal como mera formalidade, preterindo o cumprimento da lei pela adoção de seu subjetivo critério estético” (fl. 760).

Sustenta, outrossim, que “o egrégio Tribunal Regional Federal, **data venia**, decretou a extinção judicial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional” e que “o único instrumento de que dispõe a Autarquia para o desempenho de seu mister é, ainda, o prévio exercício de seu poder de polícia” (fl. 760).

Opina o Ministério Público Federal pelo não-provimento do recurso especial (fls. 780/783).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cinge-se a controvérsia à necessidade de prévia autorização do Iphan para construção de edifício localizado na Entrequadra 414/415 Sul, no Plano Piloto de Brasília, tombado nos termos da Portaria n. 4, de 13.03.1990, do Secretário do IBPC do Ministério da Cultura, e do Decreto n. 10.829, de 14.10.1987.

Alega o Instituto-recorrente violação ao artigo 17 do Decreto-Lei n. 25/1937, que dispõe, **in verbis**:

“Artigo 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.”

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, conclui-se que, em casos como o dos autos, não é obrigatória a prévia manifestação do Iphan, antigo IBPC, uma vez que não houve destruição, demolição ou mutilação

de coisa tombada, mas construção de edifício autorizada pelo Governo do Distrito Federal.

Ainda que assim não fosse, e se concluísse que seria obrigatória a prévia autorização do Iphan para a construção do edifício comercial, o exame acurado dos autos demonstra que a edificação se deu em conformidade com as determinações legais da época. Por tal razão, o Departamento de Licenciamento e Fiscalização de Obras da Secretaria de Viação e Obras do Governo do Distrito Federal concedeu o Alvará de Construção n. 34/1992, tendo em vista que foi constatado, pelo Dipro/IPDF, “que a locação da edificação na EQS 414/415 está de acordo com o parcelamento (planta EQ Sul PR 126/1 – fl. 30) e as Normas de Edificação, Uso e Gabarito – NGB 52/89 (fls. 24 a 37)” (fl. 140).

Na mesma esteira, salientou o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, na hipótese em exame, “o projeto não causa nenhuma modificação, nenhum dano, à área tombada” (fl. 647).

Dessarte, a demolição parcial do prédio, a essa altura, seria medida desarrazoada, seja porque a construtora obteve o devido alvará de construção do GDF, seja porque traria um ônus excessivo para os comerciantes e proprietários das unidades comerciais do edifício.

O próprio Ministério Público Federal, co-autor da ação em análise, e que tem como uma de suas funções institucionais proteger o patrimônio público (art. 129, III, da Constituição Federal), manifesta-se, em parecer de fls. 780/783, pelo não-provimento do recurso com base nos fundamentos a seguir:

“O órgão julgador pronunciou-se sobre a matéria em exame e sua motivação fundou-se nas questões de fato e de direito apresentadas. Apesar de contrária à tese defendida nesta sede, não espelhou qualquer omissão ou má interpretação do artigo 17 do Decreto-Lei n. 25/1937, vez que este não dispõe, de maneira literal, ser imprescindível a audiência prévia do Iphan quanto à edificação, senão no que pertine a reparos ou restaurações.

Ora, verifica-se nos autos que à época do tombamento de Brasília, além da planta EQ PR 126/1, datada de 1976 e registrada em 1978, traçando o perímetro do lote, vigia a norma NGB 52/89, dispondo sobre a ocupação do solo (fl. 568) e com aquele acontecimento ficava estabelecido que qualquer construção seguiria os moldes até então praticados. Vê-se, ainda, que a edificação obteve a aprovação da Administração

Regional e da Gerência de Circulação de Projetos (fls. 27 e 139/140), conseguindo, inclusive, aprovação no tópico segurança às fls. 116/120, sendo todos os atos praticados, até prova em contrário, à luz da legalidade.

Ainda que se argumente conter o referido artigo 17 a obrigação implícita de prévia audiência da Autarquia, há que se ter em vista que a falta de uma postura definida sobre a distância do meio-fio da calçada até a empena do edifício leva à conclusão de que a Portaria n. 4, de 1990, art. 4º, inciso VI, fl. 35, não dispendo de forma contrária à NGB 52/89, que exige edificação de 100% (cem por cento), deu ensejo à possibilidade de um perímetro construído com recuo mínimo de 5 (cinco) metros, sem, com isso, afetar o traçado arquitetônico, como demonstrado pelo perito às fls. 331/384. Dessa forma, estando a construção dentro dos padrões, conforme a prova pericial acostada, a não-audiência prévia deve ser vista com os olhos da razoabilidade, podendo, se for o caso, ensejar multa, mas não a medida extremada de demolição.” (fls. 782/783).

Pelo que precede, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 490.836 – PR

(Registro n. 2002.0171977-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: União
Recorridos: Maria Diva da Silva Andrade (sucessão) e outros
Advogados: Eduardo Bechorner e outros

EMENTA: Recurso especial – Alínea c – Indenização por danos morais – Suicídio de paciente internado em ala psiquiátrica de hospital militar – Indenização fixada pela Corte de origem em 300 salários mínimos à data da sentença – Pretensão de redução do valor – Divergência jurisprudencial não configurada.

Do necessário confronto entre o v. julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região com o v. aresto trazido como dissonante, denota-se, sem maiores esforços, evidente dessemelhança. A hipótese dos autos trata de indenização por danos morais devida pela União à mãe de paciente que cometeu suicídio enquanto internado na ala psiquiátrica de hospital militar, fixada pela Corte de origem em 300 (trezentos) salários mínimos. Já o acórdão paradigma cuida de indenização por danos morais, estipulada no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos, devidos por empresa ferroviária à mãe de vítima falecida em queda de trem. Dissídio jurisprudencial não configurado.

Ainda que assim não fosse, este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que pode majorar ou reduzir, quando irrisório ou absurdo, o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático-probatório.

No caso em análise, entretanto, a fixação da verba em 300 (trezentos) salários mínimos à data da sentença não se mostra excessiva, mas atende ao princípio da razoabilidade, considerados tanto a negligência do hospital no tratamento de paciente internado em ala psiquiátrica, que possibilitou seu suicídio, quanto ao sofrimento ocasionado pela morte do filho da autora.

Nesse eito, a Primeira Turma desta Corte Superior Tribunal de Justiça, ao julgar questão atinente ao pagamento de indenização por danos morais à mãe pela morte de filho acometido de psicose em virtude de crise hepática, por negligência do hospital em cuidar do paciente, entendeu como justa a estipulação da indenização por danos morais no montante de 400 (quatrocentos) salários mínimos (REsp n. 418.502-SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.09.2002).

Recurso especial não conhecido.

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, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 22 de abril de 2003 (data do julgamento).

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 26.05.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Maria Diva da Silva Andrade e outros ajuizaram ação de reparação de danos morais e materiais contra a União em razão do falecimento de Hélio da Silva (filho, irmão, tio e noivo dos Autores), então aluno do Curso de Formação de Sargento da Escola de Sargento das Armas – EsSa, que, no dia 20 de junho de 1998, cometeu suicídio quando estava internado na ala de psiquiatria do Hospital Militar de Porto Alegre com distúrbio mental.

O r. Juízo de 1ª grau julgou procedente, em parte, a demanda, para condenar a União ao pagamento, por dano moral, de 100 (cem) salários mínimos vigentes à data do óbito aos sucessores de Maria Diva da Silva Andrade, que veio a falecer no curso da ação.

Diante desse desate, ambas as partes recorreram, subindo os autos, também por força de remessa oficial, ao egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação da União e à remessa necessária, e deu parcial provimento à apelação da Parte-autora, para determinar a majoração da indenização por dano moral para 300 (trezentos) salários mínimos à data da sentença, equivalentes à R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais).

O v. acórdão restou assim ementado:

“Apelação cível. Pedido de indenização por danos materiais e morais. Suicídio de militar quando internado em hospital militar. Legitimidade ativa. Descabimento de juros compostos.

Descabimento da fixação de danos materiais, posto que não comprovada a existência de dependência econômica dos autores.

Danos morais à mãe do Autor cabíveis, em função da negligência da União em tratamento de paciente com risco de suicídio, corretamente fixados. Ilegitimidade de irmãs, sobrinho e noiva para pleitear indenização por dano moral.

Inaplicabilidade de juros compostos à espécie.” (fl. 250v.).

Alega a União, em recurso especial interposto com fundamento na alínea c do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, que o Tribunal a quo fixou, de forma excessiva, o valor da indenização pelo dano moral. Nesse sentido, aponta divergência jurisprudencial com acórdão desta egrégia Corte (REsp n. 19.402-SP, rel. Min. Athos Carneiro, in DJ de 20.04.1992), que, no julgamento de questão atinente ao pagamento de indenização por acidente durante transporte ferroviário, fixou o valor do dano moral em 50 (cinquenta) salários mínimos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): A pretensão recursal formulada não logra perspectiva de êxito.

Com efeito, do necessário confronto entre o v. julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região com o v. aresto trazido como dissonante, denota-se, sem maiores esforços, evidente dessemelhança.

A hipótese dos autos trata de indenização por danos morais devida pela União à mãe de paciente que cometeu suicídio enquanto internado na ala psiquiátrica de hospital militar, fixada pela Corte de origem em 300 (trezentos) salários mínimos. Já o acórdão paradigma cuida de indenização por danos morais, estipulada no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos, devida por empresa ferroviária à mãe de vítima falecida em queda de trem.

É de reconhecer, portanto, que o dissídio jurisprudencial alegado não restou adequadamente apresentado, pois a Recorrente não demonstrou as circunstâncias que identificassem ou assemelhassem os casos confrontados, vindo em desacordo com o estabelecido nos artigos 541 do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, e com o entendimento pacificado na jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.

No intuito de bem demonstrar a ausência da divergência, vem a calhar as precisas palavras do douto Ministro Moreira Alves, ao estabelecer 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).

Na esteira desse entendimento, tem-se inúmeras decisões emanadas deste Sodalício, dentre as quais extrai-se a seguinte ementa:

“Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Incapacidade permanente para o trabalho. Aleijamento. Responsabilidade

objetiva do Estado. Fixação de valor indenizatório por dano moral e material. Critérios. Recurso especial interposto com fulcro no art. 105, letra c, da CF. Divergência não configurada.

O recurso especial fulcrado na divergência jurisprudencial deve observar o disposto no artigo 255 do RISTJ c.c. o art. 541, parágrafo único, do CPC. Os arestos colacionados não se prestam como paradigmas, porquanto não há similitude fática com a hipótese dos autos, pois se trata de situações diversas, devendo o valor indenizatório atender às peculiaridades do caso concreto, mormente em se tratando de indenização por danos morais, além dos materiais.

Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 368.851-PR, rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.11.2002).

Ainda que assim não fosse, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que pode majorar ou reduzir, quando irrisório ou absurdo, o valor das verbas fixadas a título de dano moral, por se tratar de matéria de direito e não de reexame fático-probatório. Nesse sentido, salientou a egrégia Terceira Turma que “o valor do dano moral somente deve ser revisto na instância especial se exorbitante, abusivo, excessivo, ou mesmo insignificante, irrisório”. (REsp n. 442.965-RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 31.03.2003).

In casu, o filho da Autora tinha problemas de depressão e era considerado um paciente RS – Risco de Suicídio (cf. fl. 102). Cabia à entidade hospitalar, portanto, zelar pela segurança do paciente, o que não ocorreu na hipótese em exame. Com efeito, consoante declarações do médico do Hospital Militar de Porto Alegre (fl. 102), havia apenas um atendente de enfermagem e nenhum médico-psiquiatra de plantão na ala psiquiátrica onde estava internado o paciente, encontrado com sinais cadavéricos, o que demonstra que estava morto há algum tempo (fl. 102).

Dessarte, a fixação da verba em 300 (trezentos) salários mínimos à data da sentença não se mostra excessiva, mas atende ao princípio da razoabilidade, considerados tanto a negligência do hospital no tratamento de paciente internado em ala psiquiátrica, que possibilitou seu suicídio, quanto o sofrimento ocasionado pela morte do filho da autora.

Nesse eito, a Primeira Turma desta Corte Superior de Justiça, ao julgar questão atinente ao pagamento de indenização por danos morais à mãe pela morte de filho acometido de psicose em virtude de crise hepática, por negligência do hospital em cuidar do paciente, entendeu como justa a fixação

da indenização por danos morais no montante de 400 (quatrocentos) salários mínimos (REsp n. 418.502-SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.09.2002). A ementa do v. acórdão encontra-se redigida nos seguintes termos:

“Processo Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte. Danos morais. **Quantum** indenizatório. Compatível. Situação econômica. Réu.

1. A perda precoce do filho em razão de omissão do Estado configura hipótese de responsabilidade civil por danos morais, os quais devem ser arbitrados pelo Juiz, de forma a amenizar a severa dor moral experimentada pela mãe.

2. O **quantum** a ser fixado na ação de indenização por danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo calcado nos cânones da exemplaridade e solidariedade sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, devendo, por isso, levar em consideração a capacidade econômica do réu, tornando a condenação exemplar, suportável.

3. Recurso especial interposto com fulcro na alínea c. Inexiste divergência entre o acórdão paradigma e o **decisum** atacado, haja vista que o primeiro visa a assegurar a finalidade principal do dano moral, qual seja, amenizar o dano sofrido sem o enriquecimento sem causa, o que ora foi garantido pelo segundo, ao arbitrar o valor de 400 salários mínimos. Ressalte-se, ainda, que apesar de conhecido o presente recurso, a análise do cotejo resta prejudicada, uma vez que os casos são diversos em face da diferença de capacidade econômica das famílias autônomas.

4. Recurso especial desprovido. Manutenção dos danos morais.”

Diante do exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

