

Jurisprudência da Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 16.871-RJ (2003/0150598-4)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes e de Lojas de Conveniência do Município do Rio de Janeiro — Sindcomb

Advogado: Jayme Soares da Rocha

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Secretário de Energia Indústria Naval e Petróleo do Estado do Rio de Janeiro — Seinpe

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Patrícia Ferreira Baptista e outros

**EMENTA**

Recurso ordinário em mandado de segurança. Litispendência não-verificada. Legitimidade ativa e passiva *ad causam*. Constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000. Instalação de lacre nos tanques de combustível. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras. Ilegalidade das multas aplicadas aos postos revendedores. Recurso provido.

1. Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, ao tratarem da litispendência, dispõem que essa se verifica quando é ajuizada ação idêntica a outra anteriormente proposta, ou seja, com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

2. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento no sentido de que “as entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, independentemente de autorização dos filiados, só exigível, se for o caso, na fase de cumprimento da sentença condenatória genérica.” (REsp n. 838.353-MT, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2006)

3. Nos termos da orientação sedimentada nesta Primeira Turma, o Sr. Secretário de Estado de Energia, Indústria Naval e Petróleo é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda em que se discuta a legalidade de multas aplicadas em virtude da Lei Estadual n. 3.438/2000, conforme se depreende do art. 11 do Decreto n. 27.254/2000. (RMS n. 16.646-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004)

4. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, ao julgar improcedente a ADIn n. 2.334-DF.

5. Entretanto, assiste razão ao recorrente no tocante à ilegalidade da responsabilização dos postos revendedores pela não-instalação dos lacres nos tanques de combustível. Isso porque a Lei Estadual n. 3.438/2000 menciona única e exclusivamente as distribuidoras de combustível, sendo essas responsáveis pela instalação dos lacres, e estando sujeitas a multa, em caso de descumprimento da determinação legal. Dessa forma, não poderia o Decreto Estadual n. 27.254/2000 (alterado pelo Decreto n. 29.043/2001), ao regulamentar a lei em questão, prever aplicação de multa aos postos revendedores. Verifica-se, assim, que na edição do referido decreto não foram observados os limites do poder regulamentar outorgado pelo legislador estadual, visto que fixou uma responsabilidade não-prevista anteriormente na lei. Precedentes.

6. Recurso ordinário provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

---

DJ 22.03.2007

### RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes e de Lojas de Conveniência do Município do Rio de Janeiro — Sindcomb — contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou a segurança pretendida sob a seguinte ementa (fl. 206):

“Mandado de segurança coletivo. Entidade sindical. Legitimidade, desnecessidade de autorização expressa dos filiados. Substituição processual. Art. 5º, XXI, da CF.



Lacre eletrônico em bombas de gasolina. Qualidade do combustível comercializado sob a bandeira de determinada distribuidora. Exigência da Lei Estadual n. 3.438/2000.

Competência concorrente do Estado. Obrigação da distribuidora e do comerciante. Interesse público. Portaria n. 116 da ANP art. 10, XII.

Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da ordem.”

Em suas razões, alega o recorrente que seus filiados foram ilegalmente autuados pela Administração, com a imposição de pena de multa, em virtude da não-instalação do lacre eletrônico nos tanques de combustível. Defende a tempestividade, cabimento e adequação do presente recurso ordinário e da ação mandamental, bem como sustenta a inconstitucionalidade e ilegalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, que estabelece a obrigação de as distribuidoras de combustíveis instalarem lacres eletrônicos nos tanques de armazenamento de combustível dos postos revendedores do Estado do Rio de Janeiro. Assevera que a responsabilidade pela instalação dos lacres em questão recai sobre as distribuidoras de petróleo, razão pela qual seus afiliados não podem ser autuados com base no referido diploma legal. Afirma que a Lei Estadual n. 3.438/2000 violou o art. 177, § 2º, da Constituição Federal, pois invadiu a competência privativa da União ao instituir regras sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento de combustíveis, já reguladas pela Lei n. 9.847/1999 e pela Portaria n. 116/2000 da Agência Nacional do Petróleo — ANP, também alegadamente infringidas pela referida legislação estadual. Sustenta que também houve violação da Portaria n. 9/1997 do Ministério das Minas e Energia, pois “ao prever que somente as distribuidoras de combustíveis poderão ter acesso à abertura e ao fechamento dos tanques de armazenamento dos postos revendedores, a Lei n. 3.438/2000 acabou por impossibilitar que o transporte de combustíveis fosse feito por qualquer outro transportador que não seja a própria companhia distribuidora. Ou seja, o que a própria legislação federal já havia permitido desde jan./1997 a lei estadual ora inquinada torna na prática impossível de ser realizado” (fl. 227). Aponta violação dos princípios constitucionais da isonomia, da livre concorrência, do direito à propriedade e do art. 22 da Constituição Federal, bem como afirma que a citada lei estadual constitui séria ameaça à segurança dos consumidores.

Requer o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformado o *decisum* impugnado, concedendo-se a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de cobrar as multas aplicadas aos postos revendedores pela não-instalação do lacre eletrônico.

Intimado, o Estado do Rio de Janeiro apresentou contra-razões às fls. 247/256, sustentando que: a) o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, no julgamento da ADIn n. 2.334-9-DF; b) o recorrente não é titular de direito líquido e certo, uma vez que não há prova de que os postos filiados permitiram a instalação do lacre; c) a referida norma estadual não padece de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade; d) o Secretário de Energia, Indústria Naval e Petróleo do Estado do Rio de Janeiro é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do *mandamus*; e) há litispendência entre o presente *writ* e o Mandado de Segurança n. 1.564/2001, anteriormente impetrado pelo recorrente; f) o Sindicato recorrente não possui legitimidade ativa para o ajuizamento da ação mandamental. Pugna, assim, pelo desprovimento do recurso.

O recurso ordinário foi recebido pelo Presidente do Tribunal de origem à fl. 287.

O Ministério Público Federal manifestou-se em parecer assim sumariado (fl. 297):

“Recurso em mandado de segurança. Ato. Multa. Infração a lei ou regulamento. Ausência de prova pré-constituída.

1. Recurso em mandado de segurança contra ato do Secretário de Energia Indústria Naval e Petróleo do Estado do Rio de Janeiro — Seinpe que autuou os filiados ao recorrente concedendo o prazo de 10 (dez) dias para que efetuassem o pagamento de multa no valor de 10.000 UFIR, em decorrência da não instalação do lacre eletrônico nos tanques de combustível.

2. O mandado de segurança somente é cabível quando visar, unicamente, obstar a potencial ou efetiva lesão a direito líquido e certo, fazendo-se necessária a prova pré-constituída, uma vez que esse remédio constitucional possui caráter documental, e no seu âmbito não se admite dilação probatória.

3. *In casu*, inviável a concessão da segurança, em face da ausência de documentos que comprovem, de plano, o direito do impetrante.

4. Pelo improvimento do recurso.”

É o relatório.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Denise Arruda (Relatora): 1. Inicialmente, cumpre analisar as questões preliminares suscitadas pelo recorrido, referentes à ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, e à existência de litispendência.



Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, ao tratarem da litispendência, dispõem que essa se verifica quando é ajuizada ação idêntica a outra anteriormente proposta, ou seja, com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Na hipótese dos autos, observa-se, da leitura do documento juntado às fls. 140/166 (petição inicial do Mandado de Segurança n. 2001.004.01564), que a ação anteriormente ajuizada perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possui as mesmas partes e causa de pedir, mas não o mesmo pedido do presente *mandamus*, haja vista que aquela buscava a determinação à autoridade coatora de que não exigisse a instalação do lacre eletrônico nos tanques de armazenamento de combustível dos filiados ao impetrante, e este, por outro lado, pretende impedir a cobrança das multas aplicadas em função da não-instalação do referido lacre. Assim, inexistente a apontada litispendência.

Quanto à legitimidade ativa do ora recorrente, esta Corte Superior já pacificou o entendimento no sentido de que “as entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, independentemente de autorização dos filiados, só exigível, se for o caso, na fase de cumprimento da sentença condenatória genérica. Precedentes: REsp n. 624.340, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJ 27.09.2004; REsp n. 487.202-RJ, Primeira Turma, Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 24.05.2004; REsp n. 637837, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJ 28.03.2005; AgRg no REsp n. 794019, Primeira Turma, Ministro Francisco Falcão, DJ 31.08.2006.” (REsp n. 838.353-MT, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 16.11.2006)

Também não assiste razão ao recorrido no tocante à apontada ilegitimidade passiva *ad causam*. Isso porque, nos termos da orientação sedimentada nesta Primeira Turma, o Sr. Secretário de Estado de Energia, Indústria Naval e Petróleo é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda em que se discuta a legalidade de multas aplicadas em virtude da Lei Estadual n. 3.438/2000, conforme se depreende do art. 11 do Decreto n. 27.254/2000.

Corroborando esse entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Legitimidade da autoridade coatora. Constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000-RJ. ADIn n. 2.334. Instalação de lacres eletrônicos nos tanques dos postos revendedores de combustíveis. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras.

I - ‘1. É o Secretário de Estado de Energia Indústria Naval e Petróleo parte legítima passiva para fins de impetração de mandado de segurança

por multas aplicadas em virtude da Lei n. 3.438/2000 conforme se depreende do art. 11, do Decreto n. 27.254/2000. 2. Não pode prevalecer a tese de inconstitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. A questão já encontra-se superada pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da referida lei ao julgar em 24 de abril de 2003 a ADIn n. 2.334-9.' (ROMS n. 16.646-RJ, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004, p. 203)

II - Prevendo a Lei n. 3.438/2000, como obrigação das Distribuidoras de Combustíveis a instalação de lacres eletrônicos, nos tanques dos Postos de Combustíveis, é descabida a aplicação de multas aos Postos pela não instalação dos equipamentos.

III - Recurso ordinário provido." (RMS n. 17.174-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 25.04.2005)

"Recurso ordinário. Mandado de segurança. Legitimidade da autoridade coatora. Constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. ADIn n. 2.334-9/2003. Instalação de lacres eletrônicos nos tanques dos postos revendedores de combustíveis. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras. Previsão da Lei Estadual n. 3.438/2000 e Decreto Regulamentador n. 27.254/2000. Inexistência de previsão legal de solidariedade passiva dos postos fornecedores. Imposição ilegal da multa. Existência de direito líquido e certo dos recorrentes. Recurso provido.

1. É o Secretário de Estado de Energia Indústria Naval e Petróleo parte legítima passiva para fins de impetração de mandado de segurança por multas aplicadas em virtude da Lei n. 3.438/2000 conforme se depreende do art. 11, do Decreto n. 27.254/2000.

*Omissis.*

7. Recurso ordinário provido." (RMS n. 16.646-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004)

Destarte, rejeitadas as questões preliminares, passa-se ao exame do mérito.

2. Saliente-se, de início, que não mais restam dúvidas quanto à constitucionalidade da Lei Estadual n. 3.438/2000, haja vista que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto, julgando improcedente a ADIn n. 2.334-DE, que impugnava a citada norma, em acórdão assim ementado:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Decretos de caráter regulamentar. Inadmissibilidade. 3. Não configurada a alegada usurpação de competência privativa da União por Lei estadual. 4. Competência concorrente que permite ao Estado regular de forma específica aquilo que a União



houver regulado de forma geral (art. 24, inciso V, da Constituição). 5. Não conhecimento da ação quanto aos Decretos ns. 27.254, de 09.10.2000 e 29.043, de 27.08.2001, e improcedência quanto à Lei do Estado do Rio de Janeiro Lei n. 3.438, de 07.07.2000.” (Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 30.05.2003)

Entretanto, assiste razão ao recorrente no tocante à ilegalidade da responsabilização dos postos revendedores pela não-instalação dos lacres nos tanques de combustível.

Com efeito, dispõe a Lei Estadual n. 3.438/2000, em sua redação original:

“O Governador do Estado do Rio de Janeiro, Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Obriga as Distribuidoras de Combustíveis, a colocarem lacres eletrônicos, nos tanques dos postos de Combustíveis, que fazem distribuição.

Art. 2º Fica a distribuidora responsável pela colocação de lacres nos Postos, podendo só a mesma ter acesso à abertura dos tanques.

Art. 3º O não cumprimento desta Lei, sujeitará as infratoras, à multa de 10.000 Unidades Fiscais de Referência — UFIR, para cada caso aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 dias a contar de sua publicação.

Art. 5º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”

Observa-se, portanto, que a referida norma menciona única e exclusivamente as distribuidoras de combustível, sendo elas responsáveis pela instalação dos lacres, e estando sujeitas a multa, em caso de descumprimento da determinação legal. Dessa forma, não poderia o Decreto Estadual n. 27.254/2000 (alterado pelo Decreto n. 29.043/2001), ao regulamentar a lei em questão, prever aplicação de multa aos postos revendedores.

Verifica-se, assim, que na edição do referido decreto não foram observados os limites do poder regulamentar outorgado pelo legislador estadual, visto que fixou uma responsabilidade não-prevista anteriormente na lei.

Sobre o assunto, citam-se os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Postos de combustíveis. Lacre de segurança. Multa. Lei Estadual n. 3.438/2000 e Decretos ns. 27.254/2000 e 29.043/2001 do Estado do Rio de Janeiro.

1. O STF considerou de plena constitucionalidade a Lei n. 3.438 de 07.06.2000.

2. No plano infraconstitucional, o art. 3º da Lei n. 3.438/2000 prevê a imposição de pena pecuniária exclusivamente às distribuidoras de combustíveis caso não seja cumprida a determinação de instalar o lacre de segurança, instituído para uso obrigatório em todos os postos de venda.

3. O Decreto Estadual n. 29.043/2001, ao alterar o Decreto Estadual n. 27.254/2000, indicando os postos de combustíveis como responsáveis solidários pela instalação dos lacres de segurança, extrapolou seu poder de regulamentação.

4. Recurso ordinário provido.” (RMS n. 17.811-RJ, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 20.02.2006)

“Administrativo. Lei Estadual n. 3.438/2000. Constitucionalidade. Instalação de lacres em bombas de combustível. Obrigação das distribuidoras de combustíveis.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 2.334, declarou a constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000.

2. A Lei n. 3.438/2000 prevê a imposição de pena pecuniária exclusivamente às distribuidoras de combustíveis na hipótese de não-cumprimento de instalação do lacre de segurança, instituído para uso obrigatório em todos os postos de venda.

3. Precedentes: RMS n. 17.811, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 20.02.2006; RMS n. 17.547, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 28.11.2005.

Recurso ordinário provido.” (RMS n. 16.695-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJ 18.12.2006)

“Administrativo. Lei Estadual n. 3.438/2000. Constitucionalidade já atestada pelo STF Colocação de lacres em bombas de combustíveis. Obrigação dirigida legalmente às distribuidoras. Ilegalidade da notificação de aplicação de multa aos revendedores.

I - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADIn n. 2.334, declarou a constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000, motivo a ensejar o fim de qualquer teorização sobre o tema.



II - Todavia, a despeito da constitucionalidade reconhecida, consoante externei quando do julgamento do RMS n. 17.174-RJ (*in* DJ 25.04.2005), prevendo a Lei n. 3.438/2000 ser obrigação das Distribuidoras de Combustíveis a instalação de lacres eletrônicos, nos tanques dos Postos de Combustíveis, é descabida a aplicação de multas aos revendedores, motivada pelo descumprimento da norma, por não serem eles os sujeitos da obrigação estabelecida.

III - Outros precedentes citados: RMS n. 16.646-RJ, DJ 05.04.2004; RMS n. 16.585, DJ 06.12.2004.

IV - Recurso ordinário provido.” (RMS n. 17.547-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 28.11.2005)

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Legitimidade da autoridade coatora. Constitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. ADIn n. 2.334-9/2003. Instalação de lacres eletrônicos nos tanques dos postos revendedores de combustíveis. Responsabilidade exclusiva das distribuidoras. Previsão da Lei Estadual n. 3.438/2000 e Decreto Regulamentador n. 27.254/2000. Inexistência de previsão legal de solidariedade passiva dos postos fornecedores. Imposição ilegal da multa. Existência de direito líquido e certo dos recorrentes. Recurso provido.

1. É o Secretário de Estado de Energia Indústria Naval e Petróleo parte legítima passiva para fins de impetração de mandado de segurança por multas aplicadas em virtude da Lei n. 3.438/2000 conforme se depreende do art. 11, do Decreto n. 27.254/2000.

2. Não pode prevalecer a tese de inconstitucionalidade da Lei n. 3.438/2000. A questão já encontra-se superada pelo Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da referida lei ao julgar em 24 de abril de 2003 a ADIn n. 2.334-9.

3. Determinando a Lei n. 3.438/2000 competir exclusivamente às distribuidoras ‘todas as providências necessárias à instalação dos lacres eletrônicos...’ cabendo-lhes ‘(...) a responsabilidade pela fiscalização e controle da sua adequada utilização, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 3º da Lei n. 3.438 de 7 de julho de 2000, não pode, ao argumento da existência de responsabilidade solidária dos postos revendedores, proceder a autuação destes com aplicação de multa. A solidariedade é a passiva e depende de expressa determinação de lei. Portanto, não pode prevalecer o disposto no Decreto n. 29.043/2001 que acrescentou o art. 10A ao Decreto n. 27.254/2000, posto que extrapolou da lei a que visava regulamentar.

4. O Código de Defesa do Consumidor prevê solidariedade quanto à qualidade do produto e no caso da ocorrência de dano ao consumidor e não quanto à obrigação de fazer ou armazenar produto imposto por lei, especificamente a determinado partícipe da cadeia de fabricação e comercialização.

5. No que pese a real necessidade de se garantir maior proteção ao consumidor, é evidente que a Lei Estadual n. 3.438/2000 seja por que motivo for, ao dispor sobre o uso do lacre eletrônico nos tanques de armazenamento de combustível, deixou à margem de qualquer responsabilização os postos revendedores, motivo porque se revela estéril o argumento de ser legal a autuação dos ora recorrentes pela não instalação do lacre eletrônico.

6. Configuração de violação de direito líquido e certo dos recorrentes pela imposição de multa por solidariedade legalmente não prevista.

7. Recurso ordinário provido.” (RMS n. 16.646-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 05.04.2004)

Destarte, considerando-se as razões acima expostas, bem como a jurisprudência firmada nesta Corte sobre o tema, deve ser dado provimento ao presente recurso ordinário para conceder a segurança pleiteada, anulando-se os autos de infração expedidos em desfavor dos filiados ao impetrante, haja vista sua manifesta ilegalidade.

É o voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 17.644-DF (2003/0232563-0)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: João Gomes Valente

Advogado: Erick José Travassos Vidigal

T. origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Impetrado: Juízo de Direito da Vara da Infancia e da Juventude de Brasília-DF,  
Administrador Regional de Brasília

Impetrado: Diretor Geral do Departamento de Trânsito do Distrito Federal

Recorrido: União



### EMENTA

Administrativo. Processo Civil. Mandado de segurança. Ato Juiz de Direito do TJDF. Competência. Permissão de uso. Revogação. Súmula n. 473-STF. Desnecessidade de contraditório. “Termo de contrato” que autoriza sua rescisão se ausente finalidade.

1. Nos termos do art. 8º, III, c, da Lei n. 8.185, de 1991 (que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Juiz de Direito do Distrito Federal.

2. A permissão de uso é instituto de caráter precário que pode ser revogado a qualquer tempo pela Administração Pública, desde que não mais se demonstre conveniente e oportuna. Aplicação da Súmula n. 473-STF.

3. No caso, ademais, a permissão deixou de ter a destinação para a qual fora concedida, fato por si só autorizador da sua revogação, segundo previsto no contrato.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJ 12.04.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado por João Gomes Valente, apontando como autoridades coatoras o Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, o Administrador Regional de Brasília e o Diretor-Geral do

Detran-DF, visando à anulação de procedimento administrativo no qual foi formalizada a extinção da autorização de uso de bem público, cujo objeto consistia na licença para que o impetrante utilizasse terreno do Juizado da Infância e da Juventude para o funcionamento de oficina mecânica, mediante a contraprestação de “proporcionar iniciação profissional aos internos do Cajé, bem como prestar serviços de manutenção e conservação das viaturas daquele juizado” (fl. 3). Além disso, o mandado de segurança objetivou a declaração de nulidade de atos de fiscalização praticados juntamente à oficina mecânica em questão, consubstanciados na lavratura de autos de infração e na apreensão de veículos.

A liminar foi parcialmente concedida (acórdão de fls. 267/272) para que os veículos apreendidos pelo Detran, que se encontravam na oficina durante a fiscalização, fossem restituídos ao impetrante.

Decidiu o Tribunal de origem, relativamente ao Detran e à Administração Regional de Brasília, indeferir a inicial, por ausência de legitimidade passiva; bem como conceder parcialmente a ordem, apenas para liberar os veículos apreendidos. O acórdão restou assim ementado:

Mandado de segurança. Parte ilegítima passiva. Ocupação de área pública. Precariedade. Desocupação.

1. Mero executor de ato é parte ilegítima passiva em mandado de segurança.

2. A administração pode fazer cessar, em qualquer momento, por motivo de conveniência e oportunidade, a ocupação precária de área pública, máxime quando não mais persistirem os motivos que levaram à ocupação.

3. E, assim, notificado o ocupante para que desocupe a área, no prazo de trinta dias, não há que se falar em cerceamento de defesa e ausência de contraditório.

4. Com ressalva do entendimento do Relator, procede pedido de restituição de veículos, com documentação irregular, se não foram apreendidos em circulação, mas em oficina mecânica onde estão sendo consertados.

5. Inicial indeferida quanto à Administração Regional de Brasília e ao Detran. Ordem concedida em parte. (Fl. 309)

No recurso ordinário (fls. 337/350), fundado no art. 105, II, **b**, da Constituição, o recorrente sustenta, em síntese, que a) firmou, em 1979, contrato de autorização de uso, por prazo indeterminado, por meio do qual ficou autorizado a utilizar terreno da União (sob a administração do Juizado da Infância e da Juventude), para a instalação de sua oficina mecânica, mediante a contrapartida de “proporcionar iniciação profissional aos internos do CAJE, bem como prestar



serviços de manutenção e conservação das viaturas daquele juizado” (fl. 338); b) no dia 1<sup>o</sup>.10.2001 foi notificado para que desocupasse o imóvel em 30 dias, em desacordo com a cláusula 14<sup>a</sup> do contrato, que previa, para tanto, prazo mínimo de 90 dias; c) o processo administrativo por meio do qual se decidiu extinguir a autorização de uso está eivado de nulidade, em razão de ter-lhe sido negado o exercício do contraditório e da ampla defesa, já que somente tomou conhecimento da existência de tal processo após a sua decisão final, quando recebeu a aludida notificação; d) foi submetido a atos com abuso de poder e desvio de finalidade quando, antes do término do prazo da notificação, para retirá-lo do imóvel em questão (fl. 348), foi promovida, sob o comando do juiz de direito apontado como autoridade coatora, uma operação de fiscalização na oficina, que envolveu diversos órgãos da administração do Distrito Federal e redundou na lavratura de autos de infração, apreensão de veículos.

O parecer do Ministério Público Federal de fls. 360/363 opinou pela baixa dos autos ao Tribunal de origem para que se procedesse à intimação da União Federal e do Detran para o oferecimento das contra-razões.

Intimada, a União Federal apresentou contra-razões (fls. 367/377), pugnando, preliminarmente, a) pela declaração de incompetência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para decidir o mandado de segurança, porquanto a União suportaria as conseqüências patrimoniais da nulidade do ato administrativo praticado pelo Juiz de Direito do TJDFT; b) pela sua intimação, na pessoa de um dos Advogados da União, do teor do acórdão recorrido; e c) pelo reconhecimento da ausência de interesse do impetrante no prosseguimento da demanda. No mérito, sustenta que a) o princípio do devido processo legal não foi violado; b) “a ocupação era precária, dependente única e exclusivamente da conveniência e oportunidade da Administração” (fl. 376); e c) a área era utilizada de forma irregular.

Às fls. 379/381, o MPF observa que o recurso deve ser julgado prejudicado pela perda do objeto.

Em cumprimento ao despacho de fl. 383, o Distrito Federal apresentou contra-razões (fls. 385/387), apontando ausência de interesse e de legitimidade para constar do pólo passivo, uma vez que a autoridade coatora, juiz de direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, é autoridade federal, pois “pertence, inequivocamente, à estrutura constitucional da União.” (Fl. 385)

Em novo parecer (fls. 389/390), o MPF corrobora o anterior (fls. 379/381), observando que o recurso deve ser julgado prejudicado.

É o relatório

**VOTO**

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Relativamente à Administração Regional de Brasília e ao Detran-DF o processo foi extinto sem julgamento do mérito, por ausência de legitimidade passiva, decisão que transitou em julgado, à falta de impugnação recursal. Assim, inviável a intimação do Detran para contra-arrazoar o recurso.

2. Improcede a alegação de incompetência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para julgar mandado de segurança. É que o ato impugnado foi praticado Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, investido na sua competência administrativa de supervisionar, coordenar e orientar o patrimônio destinado a atender os menores sujeitos à sua jurisdição. Ora, a Lei n. 8.185, de 1991, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, estabelece, em seu art. 8º o seguinte:

“Art. 8º Compete ao Tribunal de Justiça: I - processar e julgar originariamente:

(...) c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra atos do Presidente do Tribunal e de qualquer de seus órgãos e membros; do Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios; dos Juízes do Distrito Federal e Territórios; do Governador do Distrito Federal; do Tribunal de Contas do Distrito Federal e de qualquer de seus membros; dos Secretários de Governo do Distrito Federal; dos Governadores dos Territórios e de seus Secretários”

Sob esse aspecto, a norma adota o regime de competência tradicional em nosso sistema, segundo o qual cabe aos tribunais processar e julgar mandados de segurança contra atos praticados por juízes a eles vinculados. Nesse sentido é o art. 108, I, **c**, segundo o qual ao Tribunal Regional Federal compete processar e julgar, originariamente, “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”.

3. No mérito, não assiste razão ao impetrante. Com efeito, o denominado “Termo de Contrato” celebrado entre o Juizado de Menores do Distrito Federal e o impetrante, acostado às fls. 40/42, possui as seguintes características: a) tem por objeto a ocupação de área em terreno de propriedade do Juizado de Menores para instalação de uma oficina, b) inexistente remuneração ao autorizado, c) as modificações no imóvel são realizadas mediante prévia autorização e às custas do particular, d) inexistente prazo determinado, d) foi pactuado em nome do interesse público, qual seja, “proporcionar aos internos do Centro de Observação de



Menores, iniciação profissional” (fl. 40). Trata-se, portanto, de típica modalidade de permissão de uso, instituto de direito administrativo caracterizado pela unilateralidade por parte da administração pública, discricionariedade, precariedade e ausência de licitação. É o que se extrai da doutrina:

“Permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.

(...)

O que acaba de ser exposto permite ser estabelecida mais nítida comparação entre autorização e permissão de uso. Ambas têm a natureza de ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Nas duas hipóteses, o uso pode ser gratuito ou oneroso, por tempo determinado (permissão ou autorização qualificada) ou indeterminado (permissão ou autorização simples). Três diferenças podem ser assinaladas, em face do direito positivo brasileiro: 1. enquanto a autorização confere a faculdade de uso privativo no interesse privado do beneficiário, a permissão implica a utilização privativa para fins de interesse coletivo; 2. dessa primeira diferença decorre outra, relativa à precariedade. Esse traço existe em ambas as modalidades, contudo é mais acentuado na autorização, justamente pelas finalidades de interesse individual; no caso de permissão, que é dada por razões de predominante interesse público, é menor o contraste entre o interesse do permissionário e o do usuário do bem público; 3. a autorização, sendo dada no interesse do usuário, cria para este uma faculdade de uso, ao passo que a permissão, sendo conferida no interesse predominantemente público, obriga o usuário, sob pena de caducidade do uso consentido.” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 18ª ed., São Paulo, Atlas, p. 602/606

Dada a natureza precária do ato, tem-se que a administração pública pode promover, a qualquer momento, a retomada do bem, bastando, para tanto, a verificação de que a revogação da permissão se demonstrava conveniente e oportuna, nos termos da Súmula n. 473-STF. Esse exercício de auto-tutela dos interesses administrativos não compromete direito líquido e certo do administrado, ainda mais quando, como no caso, foi notificado com antecedência da revogação da permissão de uso.

Ademais, no próprio “Termo de Contrato” restou consignado que o “contrato ficará automaticamente rescindido se o autorizado infringir qualquer de suas cláusulas ou se perder, por qualquer motivo, sua finalidade” (fl. 42). Ora, está cabalmente demonstrado nos autos que a atividade desenvolvida pelo impetrante

no local não mais se relacionava com o propósito originário da permissão, que era o de proporcionar iniciação profissional aos menores internos.

De casos análogos são os seguintes julgados da Corte:

“Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Ato administrativo. Permissão de uso de imóvel municipal por particular. Natureza precária e discricionária. Possibilidade de cancelamento. Previsão contratual. Ausência de direito líquido e certo.

1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público.

2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos.

3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida.

4. Recurso não provido” (RMS n. 16.280-RJ, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 19.04.2004)

“Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de Uso Revogada. Inadimplência Contratual. Cláusula Resolutória Expressa. Prova Pré-Constituída Insuficiente.

1. Desatendidas cláusulas pactuadas com previsão de resolução unilateral, o inadimplemento favorece ato revogatório editado pelo Administrador Público, orientado pela prevalência do interesse público, no caso, sem ofensa ao “devido processo legal”.

2. Recurso sem provimento”. (RMS 9.434-RJ, Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 07.06.1999)

Desta forma, deve ser mantido o acórdão recorrido, pois não há qualquer vício que acarrete a nulidade do processo administrativo em questão.

4. Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.



**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 19.604-PR (2005/0026326-4)**

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Recorrentes: Vespertino Ferreira Pimpão Filho e outros  
Advogado: Adyr Sebastião Ferreira  
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná  
Impetrado: Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná  
Recorrido: Estado do Paraná  
Procuradores: Rosângela do Socorro Alves e outros

**EMENTA**

Administrativo e Processo Civil. Recurso em mandado de segurança. Lei Estadual n. 14.277/2003. Criação de novas serventias cartorárias. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Presidente da Assembléia Legislativa Estadual.

I - Mandado de Segurança impetrado contra as disposições da Lei Estadual n. 14.277/2003, que determinou a criação de novas serventias cartorárias.

II - A autoridade responsável pela execução do comando legal não é o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual, mas sim o Ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, posto que a competência para determinar a criação de novas serventias pertence a este, e não àquele.

III - “Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a pratica do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; (...)” (Hely Lopes Meirelles, *in Mandado de Segurança*, 26ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Editora Malheiros, p. 59)

IV - Recurso Ordinário improvido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

---

DJ 14.12.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por Vespertino Ferreira Pimpão Filho e outros, contra Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Mandado de segurança. Aprovação de substitutivo geral do Código de Organização e Divisão Judiciárias, transformado na Lei n. 14.277/2003. Ilegitimidade passiva do Sr. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Ocorrência. Extinção do processo, por força do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil”. (Fl. 1.363)

Os Recorrentes sustentam, em síntese, que o ato coator foi editado pelo Poder Legislativo Estadual, razão pela qual o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa deve figurar na ação como autoridade impetrada. Destacam que a criação de novos cartórios violam seu direito líquido e certo a um processo legislativo sem vícios, uma vez que a competência pertence ao egrégio Tribunal de Justiça Estadual.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do presente Recurso Ordinário. (Fls. 1.407/1.410)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O Recurso merece ser conhecido, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade exigidos.



Outrossim, compulsando os autos, verifico que o aresto recorrido merece ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Com efeito, o ato apontado como ilegal é a Lei Estadual n. 14.277/2003, que entre outras providências, estabeleceu a possibilidade de criação de novas serventias cartorárias nas Comarcas de Araucária, Campo Largo e Colombo. (Fls. 316/355)

Os impetrantes, ora Recorrentes, em verdade pretendem, preventivamente, afastar os efeitos concretos do aludido diploma legal.

Ocorre que, a autoridade responsável pela execução do comando legal não é, *data venia*, o Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual, mas sim o ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de modo que andou bem o aresto recorrido ao considerar a ilegitimidade passiva *ad causam* do aludido membro do Poder Legislativo.

É que, consoante observa a doutrina mais abalizada, *verbis*:

“Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a pratica do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; (...)” (Hely Lopes Meirelles, *in Mandado de Segurança*, 26ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Editora Malheiros, p. 59)

Nesse contexto, afigura-se evidente a ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Presidente da Assembléia Legislativa Estadual, posto lhe falecer competência para determinar a criação de novas serventias cartorárias.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Ordinário.

É o meu voto.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
N. 19.685-RJ (2005/0038041-3)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrentes: Gelcimar da Rocha Pinto e outros

Advogados: Arthur Vieira da Cunha e outro  
T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Impetrados: Prefeito do Município do Rio de Janeiro e outro  
Recorrido: Município do Rio de Janeiro  
Procuradores: Maria Luisa Alkimim e outros

### EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Transformação de motoristas auxiliares em permissionários autônomos de serviço de veículos de aluguel a taxímetro. Prova do descumprimento da Lei Municipal n. 3.123/2000 pelas autoridades coatoras e do preenchimento dos requisitos legais pelos impetrantes. Inexistência. Mandado de segurança. Dilação probatória. Impossibilidade.

1. *Mandamus* gravitante em torno do cumprimento da Lei Municipal n. 3.123/2000, que determinou a gradual transformação dos motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos.

2. Acórdão recorrido calcado na inviabilidade do *writ*, em virtude da ausência de prova pré-constituída da formulação do pleito administrativo e da alegada recusa da autoridade impetrada em cumprir a aludida lei.

3. Alegação da Administração Municipal de que os motoristas não preencheram os requisitos previstos na lei.

4. O Mandado de segurança — remédio de natureza constitucional — visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.

5. Dessarte, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de ser contemplado em norma legal e ser indubitoso (certo e incontestável).

6. *In casu*, a impetrante não demonstrou o descumprimento da lei pela autoridade coatora, nem que preenche os requisitos legais necessários para gozo do benefício, não ensejando, assim, seu pleito o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.

7. Recurso desprovido.



### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 4 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJ 28.04.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Gelcimar da Rocha Pinto e outros em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao agravo regimental que impugnava a decisão monocrática que indeferira liminarmente a inicial. A ementa do acórdão recorrido restou assim vazada:

“Mandado de Segurança. Agravo regimental. Indeferimento de Inicial. Correta a decisão que infere liminarmente a inicial, quando o pedido não prescinde de dilação probatória.

Decisão confirmada.”

Noticiam os autos que Gelcimar da Rocha Pinto e outros, motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro, impetraram mandado de segurança em face do Prefeito do Município do Rio de Janeiro e do Presidente da Superintendência Municipal de Transportes Urbanos — SMTU, objetivando que os impetrados tomassem “todas as providências no sentido de cumprir integralmente a Lei n. 3.123/2000, transformando os taxistas auxiliares em permissionários para a exploração do transporte público por táxi, determinando, ainda, aos réus que oficiem ao Detran-RJ para que este emplaque os automóveis dos autores e ao Instituto de Pesos e Medidas — IPEM para aferir os taxímetros (...)”.

O Desembargador Relator do *mandamus*, indeferiu liminarmente a inicial, sob o seguinte fundamento:

“Pretendem os Impetrantes a concessão da segurança, porque os Impetrados ‘não cumprem a Lei Municipal n. 3.123/2000 e se recusam a

transformar os taxistas auxiliares em permissionários, sob o argumento de que foram opostos embargos de declaração' nos autos do Recurso Extraordinário n. 359.444, julgado no dia 24 de março deste ano, pelo Plenário da Corte Suprema.

Tendo em vista a via eleita, o Remédio Heróico do Mandado de Segurança, que não comporta a dilação probatória, deveriam trazer, desde logo, prova da formulação de seus pleitos e da recusa daquelas autoridades ao atendimento.

Trata-se de prova essencial à configuração do direito líquido e certo e do seu ferimento, por ato ilegal ou praticado com abuso do poder.”

Interposto agravo pelos impetrantes, no qual se aduziu o seguinte:

“Afirma o i. Relator que o presente feito não comporta dilação probatória, razão pela qual deveriam trazer desde logo a prova da formulação dos seus pleitos e da recusa da autoridade.

Em que pese tal entendimento, consta dos autos à fl. 8 processo administrativo no qual o primeiro impetrante formula a pretensão objeto deste *mandamus*.

Ocorre que o atual Prefeito do Município do Rio de Janeiro, primeiro impetrado, vem se colocando sistematicamente contra a Lei Municipal que deu o direito aos impetrantes de trabalharem com os seus próprios veículos, inclusive ajuizando representação de inconstitucionalidade, conforme esclarecido na inicial. Tal fato é público e notório e foi amplamente divulgado na mídia.

Por oportuno, em razão dessa feroz oposição do Alcaide da Cidade à Norma Municipal, ambos impetrados se recusam a receber qualquer requerimento no sentido de cumprir a Lei n. 3.213/2000.

Entretanto, não dependem de prova os fatos notórios, a teor do disposto no art. 334, I, do CPC.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 1.533/1951 dispõe que a prova do alegado pelo impetrante pode ser obtida após a resposta da autoridade coatora.

(...)

A necessidade de prova pré-constituída em mandado de segurança não é absoluta, conforme se vê na redação do parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 1.533/1951.”



A Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pela unanimidade de votos de seus integrantes, negou provimento ao agravo regimental, asseverando que:

“Ao contrário do que entendem os impetrantes aqui não se aplica a exceção do parágrafo único do art. 6º, da Lei n. 1.533/1951.

Tal como afirmado na decisão recorrida deveriam eles trazer desde logo prova da formulação de seus pleitos perante a autoridade referida e da recusa ao atendimento.

Como se vê, trata-se de prova essencial à configuração do direito líquido e certo que alegam e do seu ferimento, por ato ilegal ou abusivo daquela autoridade.

Não se pode, também, afirmar que se constituam, o pedido e o desatendimento, em fatos notórios a tornar prescindível a dilação probatória.”

Em suas razões recursais, aduzem os impetrantes, ora recorrentes, que:

“7. (...) a Lei Municipal n. 3.123/2000 está em plena vigência, só dependendo do cumprimento por parte dos recorridos do que ela dispõe.

8. Acontece que a Autoridade Máxima do Poder Executivo Carioca não cumpre o determinado na referida Lei e não outorga as permissões aos beneficiários da norma.

9. Em razão da omissão das autoridades, diversos taxistas auxiliares ajuizaram mandados de segurança que, inclusive, foram julgados por esse egrégio Tribunal em grau de recurso ordinário que, em sua maioria, deu provimento aos mesmos.

Do Indeferimento da Inicial

(...)

13. Não custa lembrar que os recorrentes pretendem que o Poder Executivo cumpra a lei, sendo o mandado de segurança o remédio jurídico para fazer valer seus direitos.

14. Trata-se de decisão nula, ilegal, data vênua, posto que não podem os recorrentes e outros motoristas ficar privados do mérito do pedido vestibular do *mandamus* pelo egrégio Colegiado, pois entendem como líquido e certo o direito dos mesmos.

15. Ademais, o indeferimento liminar do *mandamus* sem conhecimento do mérito, nega o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV, a), causa lesão a

direito (CF, art. 5º, XXXV), inobserva o devido processo legal (CF, art. 5º, LV).

(...)"

Em contra-razões, sustenta o Município do Rio de Janeiro:

"(...) no que pertine à Representação de Inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.123/2000, a Administração Municipal vem acatando a decisão judicial em relação aos motoristas que preencherem os requisitos legais impostos pela referida lei.

(...)

Na hipótese em tela, vale dizer que os impetrantes não lograram comprovar o preenchimento dos requisitos impostos na referida lei municipal, o que impede a concessão da segurança, haja vista que o rito do mandado de segurança implica na comprovação de plano do direito alegado.

Destarte, não se pretende discutir a constitucionalidade da referida, porém não se pode ignorar que no caso em comento não há prova documental capaz de comprovar o preenchimento dos requisitos legais impostos pela Lei n. 3.123/2000.

Nesse sentido, vale citar os acórdãos proferidos nos Mandados de segurança ns. 688/2002 e 1.099/2002, nos quais a Colenda Nona Câmara Cível reconheceu expressamente a necessidade de serem observados e comprovados os requisitos impostos pela Lei n. 3.123/2000 e, por consequência, denegou a segurança (...)."

Parecer do Ministério Público Estadual no sentido de que:

"Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Mandado de segurança. Exigência direito líquido e certo — prova documental pré-constituída. Ausência face à necessidade de dilação probatória com a juntada de documentos posteriores. Extinção do processo sem resolução do mérito. Parecer pelo conhecimento do recurso e seu improvimento."

O representante do *Parquet* federal opinou pelo não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa:

"Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Alegado descumprimento à Lei Municipal n. 3.123/2000, que trata da transformação dos motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos para transporte de passageiros por táxi. Indeferimento da inicial por impropriedade da via eleita. Decisão confirmada pelo acórdão que negou provimento ao agravo regimental in-



terposto pelos recorrentes. Correta aplicação do direito. Prova do indeferimento administrativo da permissão e do cumprimento das exigências legais por todos os recorrentes. Inexistência. Via eleita que não comporta dilação probatória. Recurso que não deve ser provido.”

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Com efeito, é de sabença que o mandado de segurança, representando instrumento processual de tutela de direito subjetivo público constitucional, goza de eminência ímpar, equiparável à do *habeas corpus*. Assim, na sua origem era mesmo denominado de *habeas corpus* civil, revelando a natureza da lesão que visava conjurar.

*In casu*, o impetrante não demonstrou seu suposto direito líquido e certo.

Como é de sabença, a demonstração do direito líquido e certo, em sede de mandado de segurança, demanda prova pré-constituída. Neste sentido posiciona-se a doutrina:

“(…)

Finalmente, o último requisito é o que concerne ao direito líquido e certo. Originariamente, falava-se em direito certo e incontestável, o que levou ao entendimento de que a medida só era cabível quando a norma legal tivesse clareza suficiente que dispensasse maior trabalho de interpretação.

Hoje, está pacífico o entendimento de que a liquidez e certeza referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz.

Daí o conceito de direito líquido e certo como o direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial. No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in Direito Administrativo*, Editora Atlas, 13ª ed., p. 626)

Ademais, é cediço que em sede de Mandado de Segurança não há espaço para dilação probatória, devendo o direito ser líquido e certo, na lição do saudoso professor Hely Lopes Meirelles, *litteris*:

“(…) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras

palavras, o direito invocado, para sem amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio — e mal-expresso — alusivo a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.

Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações.” (in *Mandado de Segurança*, 18ª ed., Malheiros Editores, 1997, p. 34/35)

Neste sentido julgado desta relatoria, no MS n. 8.320-DF, publicado no DJ 19.12.2002, *verbis*:

“Processual Civil. Mandado de segurança. Requisitos. Ausência de demonstração de direito líquido e certo. Ataque a lei em tese. Inviabilidade. Súmula n. 266-STF. Mandado de segurança. Legitimidade. Sindicato.

1. A propositura do *writ* pelo Sindicato, pressupõe sua regular constituição. É inviável, em sede de Mandado de Segurança, analisar as razões pelas quais o Sindicato ainda não logrou a sua regularização, para após verificar da liquidez e certeza do seu direito. Extinção por *ilegitimatio ad processu* que se mantém.

2. O mandado de segurança — remédio de natureza constitucional — visa a proteção de direito líquido e certo, exigindo a constatação de plano do direito alegado, e por ter rito processual célere não comporta dilação probatória.

3. Deveras, não cabe mandado de segurança contra lei em tese. (Súmula n. 266-STF)



4. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito (267, VI, do CPC)”

*In casu*, a impetrante não demonstrou o descumprimento da lei pela autoridade coatora, nem que preenche os requisitos legais necessários para gozo do benefício, não ensejando, assim, seu pleito o uso da via da segurança, embora tutelado por outros meios judiciais.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 613.695-RS (2003/0223438-9)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Procuradores: Cristina Neuhaus e outros

Recorrida: Veísa Veículos Ltda

Advogados: Régis de Souza Renck e outros

Sustentação oral: Renato Romeu Renix, pela parte recorrida

### **EMENTA**

Processual Civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282-STF. Omissão ou ausência de fundamentação. Não configuradas. Tributário. ICMS. Substituição tributária na aquisição de veículos. Benefício fiscal. Redução da base de cálculo do imposto. Condição imposta pelo Convênio n. 50/1999. Observância.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula n. 282-STF.

2. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

3. Não tendo a demandante descumprido a condição imposta pelo Convênio ICMS n. 50/1999 para a fruição do benefício fiscal em questão, consistente na redução da base de cálculo do ICMS, faz jus à

permanência no Termo de Acordo ST/V4R-002/2001 celebrado com o ora recorrente.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJ 29.03.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em mandado de segurança visando à permanência da impetrante no Termo de Acordo ST/V4R-002/2001, que outorga aos revendedores de veículos automotores o benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS, por se sujeitarem à apuração do imposto pela base de cálculo presumida, deu provimento à apelação e reformou a sentença denegatória da ordem. O acórdão recorrido restou assim ementado:

“Apelação cível. Mandado de segurança. Substituição Tributária na aquisição de veículos. Convênio n. 50/1999.

Preenchidas as condições legais, tem direito o contribuinte a ser incluído no acordo, que prevê redução da base de cálculo na aquisição de veículos, mantida a cláusula, que condiciona o benefício ao não-aproveitamento de crédito fiscal a título de imposto sobre a diferença entre a base de cálculo utilizada para o débito de responsabilidade por substituição tributária e o preço praticado na saída subsequente, mesmo porque, como a redução da base de cálculo constitui-se em favor legal, pode estar sujeita ao cumprimento de condições pelo contribuinte. Recurso provido”. (Fl. 221)



Os embargos de declaração opostos pelo Estado foram rejeitados.

No recurso especial (fls. 248/266), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: a) arts. 165, 458, II, e 535, II, porque, em suma, o acórdão recorrido é omissivo na análise de questões postas; b) arts. 1º, parágrafo único, I, da LC n. 24/1975 e 1º da Lei n. 1.533/1951, uma vez que I - os benefícios fiscais decorrentes do ICMS devem ser concedidos ou revogados pelos Estados e pelo Distrito Federal mediante convênio, sendo válida a regra do Convênio ICMS n. 50/1999, que condiciona a redução da base de cálculo da exação ao não-aproveitamento de eventual crédito fiscal oriundo da diferença entre a base de cálculo presumida e o preço de venda praticado; II - a recorrida teria descumprido essa condição ao ingressar com demandas judiciais objetivando a declaração do direito de creditar-se do montante recolhido a maior em decorrência do regime da substituição tributária, inexistindo direito líquido e certo a amparar sua pretensão; III - o STF já decidiu que não ofende o art. 150, § 7º, da Constituição Federal o fato de o contribuinte não poder se creditar do resíduo decorrente do mecanismo da substituição tributária; c) arts. 1º e 20, I, da Lei n. 8.884/1994, porque, em síntese, a permanência do pacto com a recorrida representa quebra da isonomia em relação aos demais contribuintes que cumprem as regras conveniais, bem como lesão à livre concorrência.

Em contra-razões (fls. 374/383), a recorrida alega, essencialmente, que os processos por ela ajuizados não ensejam, por si só, justo motivo para excluí-la do termo de acordo em referência, uma vez que a condição imposta pelo Convênio n. 50/1999 é apenas o não-aproveitamento de créditos de ICMS, regra que foi por ela respeitada.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. No que toca à apontada ofensa aos arts. 1º da Lei n. 1.533/1951, 1º e 20, I, da Lei n. 8.884/1994, não pode ser conhecido o recurso, porque não houve, pelo acórdão recorrido, emissão de juízo acerca da matéria a que se referem esses dispositivos legais. Assim, devido a falta do indispensável prequestionamento, não pode ser o recurso especial conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

2. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente

cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (REsp n. 172.329-SP, Primeira Seção, Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 09.12.2003; AgRg no Ag n. 512.437-RJ, Primeira Turma, Min José Delgado, DJ 15.12.2003; AgRg no Ag n. 476.561-RJ, Segunda Turma, Ministro João Otávio de Noronha, DJ 17.11.2003; REsp n. 250.748-RJ; Sexta Turma, Ministro Fernando Gonçalves, DJ 23.04.2001). No caso, os embargos de declaração objetivaram, apenas, o pronunciamento do Tribunal de origem sobre os dispositivos legais apontados pelo embargante para efeito de prequestionamento, sem indicar concretamente onde estaria a omissão ou ausência de fundamentação do acórdão recorrido. Nesse contexto, verifica-se que o acórdão emitiu juízo acerca das questões que eram necessárias para o deslinde da controvérsia, de modo que a alegação de omissão ou ausência de fundamentação do acórdão reflete mero inconformismo com os termos da decisão, não restando caracterizados os vícios apontados.

3. Passo ao exame da alegada violação ao art. 1º, parágrafo único, I, da LC n. 24/1975 e, conseqüentemente, à cláusula segunda, § 2º, do Convênio ICMS n. 50/1999, que é do seguinte teor: “a concessão do presente benefício condiciona-se também à não-utilização, por parte do contribuinte substituído, de qualquer crédito fiscal sob alegação de diferença do imposto entre o preço base de cálculo e o preço praticado”.

Acerca da existência ou não de transgressão, por parte do contribuinte, a essa condição imposta para a fruição do benefício fiscal, assim se manifestou o Tribunal de origem:

“A ora apelante usufruiu os Termos de Acordo ns. 18/1999, 28/1999 e 03/2001, e foi excluída do termo seguinte, porque, segundo o Diretor do Departamento da Receita, há os Processos ns. 1198405423 e 1198405431 em que a autora manifesta sua discordância com a base de cálculo prevista para o regime de substituição tributária e requer adjudicação de créditos de alegado diferença entre o ‘preço base de cálculo’ para a substituição tributária e o preço realmente praticado ao consumidor final, afrontando a clara redação do § 2º do Convênio n. 50/1999, que veda claramente tal prática. Não restou à Fiscalização medida outra que não a de não incluir o nome da impetrante no rol de empresas beneficiárias do Termo de Acordo. Então, a não-renovação do Termo de acordo teve origem, em última análise, na afronta ao Convênio n. 50/1999.

A exclusão da empresa do benefício de redução da alíquota ocorreu, pois, conforme esclareceu a autoridade fazendária, por manifesta discordância com a base de cálculo imposta, o que, de modo algum, afronta o



Convênio ICMS n. 50/1999. Não houve, efetivamente, creditamento indevido de valores, como refere o convênio.

Nos processos mencionados (Embargos Infringes n. 70001022862 e Apelação Cível n. 70000673517), ainda não definitivamente julgados, questiona a concessionária o tema da repetição de indébito em decorrência de cobrança de substituição tributária de ICMS sobre valor maior do que aquele da real operação.

Não significa, porém, tenha a apelante se apropriado, repita-se, indevidamente (porque sem autorização fiscal ou judicial), de crédito tributário.

Tem, portanto, direito a permanecer no acordo, condicionada à manutenção do benefício ao não-aproveitamento de crédito fiscal a título de imposto sobre a diferença entre a base de cálculo utilizada para o débito de responsabilidade por substituição tributária e o preço praticado na saída subsequente, mesmo porque, como a redução da base de cálculo constituiu-se em favor legal, pode estar sujeita ao cumprimento de condições pelo contribuinte.” (Fls. 224/225)

Como se vê, a condição imposta pelo Convênio ICMS n. 50/1999 para a permanência no Termo de Acordo ST/V4R-002/2001, e conseqüente continuidade da percepção do benefício fiscal em questão, é apenas o não-aproveitamento de quaisquer créditos de ICMS decorrentes da sistemática da substituição tributária por parte das empresas beneficiárias do referido acordo, consoante a disposição expressa da cláusula segunda do Convênio ICMS n. 50/1999. Ora, o inconformismo da recorrida manifestado através de processo judicial, no qual busca o reconhecimento do direito ao creditamento do montante recolhido a maior em decorrência da base de cálculo presumida adotada no regime da substituição tributária, não traduz, por si só, o descumprimento de tal condição, uma vez que não há nos autos qualquer indicação que tenha ocorrido a efetiva apropriação, por parte da recorrida, dos créditos de ICMS em comento, conforme consignou o aresto recorrido. Outra seria a situação — a qual, frise-se, não ocorre no caso concreto — se o Convênio em comento condicionasse o benefício fiscal à renúncia ao direito de crédito ou à desistência das ações, tal como ocorre, por exemplo, na legislação federal que, dispondo acerca do REFIS, expressamente condiciona a inclusão do contribuinte ao “encerramento do feito por desistência expressa e irrevogável da respectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito” (Lei n. 9.964/2000, art. 2º, § 6º). No caso dos autos, entretanto, o Convênio somente veda o aproveitamento dos créditos, de modo que a exclusão somente seria legítima a partir do momento em que a contribuinte realizasse tal aproveitamento.

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

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro José Delgado: A empresa recorrida, por via de mandado de segurança, reivindica o reconhecimento de permanecer no Convênio n. 50/1999, prorrogado pelo Termo de Acordo ST/V4R-002/2001, assegurando-lhe, em consequência, o direito ao regime de substituição tributária em igualdade de condições com o tratamento tributário outorgado aos demais revendedores de veículos que se vinculam ao mencionado acordo.

Em síntese, os fatos motivadores da súplica mandamental são os seguintes:

a) a impetrante, por ser revendedora de veículos, está sujeita, no Estado do Rio Grande do Sul, ao regime de substituição tributária, através do qual o fabricante retém e recolhe o ICMS devido nas compras consumadas;

b) o referido ICMS, quando a empresa revendedora de veículos celebra termo de acordo com o Estado, conforme exige a cláusula segunda do Convênio ICMS n. 129/1997, é calculado com alíquota de 12%, no lugar de 17%;

c) segundo a impetrante, o Estado do Rio Grande do Sul recusa-se, de modo ilegal, a renovar o acordo que lhe proporciona a redução da alíquota de ICMS, embora anteriormente o tenha celebrado normalmente;

d) a ilegalidade consiste no fato de que, segundo o Convênio ICMS n. 129/1997, a única condição para a formação do acordo é a manifestação expressa do contribuinte aceitando o regime de substituição tributária.

O Estado do Rio Grande do Sul, ora recorrente, em informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, alega que a impetrante foi excluída do benefício fiscal discutido por ter sido verificado que, em ação judicial, manifesta sua discordância com a base de cálculo prevista para o regime de substituição tributária, afrontando a clara redação do § 2º do Convênio n. 50/1999, que veda expressamente qualquer discussão sobre a base de cálculo do ICMS por quem está sendo beneficiado pela redução da alíquota.

O acórdão recorrido, embora reconheça que a impetrante discute, em dois processos judiciais, a base de cálculo do ICMS aplicada ao regime de substituição tributária acordado entre as partes, entendeu por afastar essa situação como causa impeditivas para a celebração do acordo.

Está no acórdão recorrido (fls. 223/225):



“A ora apelante usufruiu os Termos de Acordo ns. 18/1999, 28/1999 e 03/2001, e foi excluída do termo seguinte, porque, segundo o Diretor do Departamento da Receita, “há os Processos de ns. 1198405423 e 1198405431 em que a autoria manifesta sua discordância com a base de cálculo prevista para o regime de substituição tributária e requer adjudicação de créditos de alegada diferença entre o ‘preço base de cálculo’ para a substituição tributária e o preço realmente praticado ao consumidor final, afrontando a clara redação do § 2º do Convênio n. 50/1999, que veda claramente tal prática. Não restou à Fiscalização medida outra que não a de não incluir o nome da impetrante no rol de empresas beneficiárias do Termo de Acordo. Então, a não-renovação do Termo de acordo teve origem, em última análise, na afronta ao Convênio n. 50/1999”.

A exclusão da empresa do benefício de redução da alíquota ocorreu, pois, conforme esclareceu a autoridade fazendária, por manifesta discordância com a base de cálculo imposta, o que, de modo algum, afronta o Convênio ICMS n. 50/1999. Não houve, efetivamente, creditamento indevido de valores, como refere o convênio.

Nos processos mencionados (Embargos Infringentes n. 70001022862 e Apelação Cível n. 70000673517), ainda não definitivamente julgados, questiona a concessionária o tema da repetição de indébito em decorrência de cobrança de substituição tributária de ICMS sobre valor maior do que aquele da real operação.

Não significa, porém, tenha a apelante se apropriado, repita-se, indevidamente (porque sem autorização fiscal ou judicial), de crédito tributário.

Tem, portanto, direito a permanecer no acordo, condicionada a manutenção do benefício ao não-aproveitamento de crédito fiscal a título de imposto sobre a diferença entre a base de cálculo utilizada para o débito de responsabilidade por substituição tributária e o preço praticado na saída subsequente, mesmo porque, como a redução da base de cálculo constitui-se em favor legal, pode estar sujeita ao cumprimento de condições pelo contribuinte.”

O posicionamento do acórdão de 2º grau foi prestigiado pelos votos já proferidos.

O exame dos autos leva-me a acompanhar o entendimento já manifestado pelo Relator e dos eminentes Ministros que o acompanharam.

O fato, por si só, da recorrida estar discutindo a base de cálculo utilizada nos negócios jurídicos alcançados pelo regime de substituição tributária não é

causa suficiente para excluí-la do benefício fiscal. Essa exclusão só pode ser feita se e quando a recorrida, caso vencedora da disputa judicial, entender de se apropriar das diferenças que pretende. Até então, há, apenas, um litígio instaurado, sem nenhuma repercussão no regime de substituição tributária discutido na presente lide e no benefício fiscal identificado.

É de ficar claro que o Convênio ICMS n. 50/1999 e o Termo de Acordo n. 28/2000 veda, expressamente, o aproveitamento de qualquer crédito fiscal, ao argumento de existirem diferenças entre a base de cálculo estimada para a hipótese e o preço efetivo de venda. Em nenhum momento, condiciona-se o gozo do benefício da redução da alíquota ao fato da empresa não reivindicar em juízo qualquer pretensão tributária relativa ao regime de substituição tributária acordado.

Enquanto a recorrida, conscientemente, não se utilizar de qualquer creditamento da diferença de base de cálculo caso seja vencedora nas ações interpostas, tem garantido o direito de celebrar o acordo fiscal que lhe assegura redução de alíquota no regime de substituição tributária que aceitou.

No referente aos demais aspectos do recurso especial, estou, também, de pleno acordo com o Relator, nada tendo a acrescentar aos seus fundamentos.

Isso posto, como fez o Relator, conheço parcialmente do recurso especial, para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 621.906-RJ (2003/0219304-8)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda

Advogados: Marcos André Campuzano Martinez e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**EMENTA**

Administrativo. Recurso especial. ECA. Anúncio de evento sem indicação dos limites de idade recomendados. Competência do juízo da sede da emissora. Legitimidade passiva da responsável pela produção e divulgação do evento. Precedentes do STJ. Recurso especial desprovido.



1. A regra de competência prevista no art. 147, § 3º, do ECA, estabelece que em “caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede”, hipótese configurada nos autos.

2. O sujeito ativo da infração administrativa prevista no art. 253 do ECA é aquele responsável pelo espetáculo e que não tomou as providências necessárias à indicação dos limites de idade quanto ao evento divulgado.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp n. 704.971-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 24.10.2005, p. 198; REsp n. 555.638-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 10.10.2005, p. 222; REsp n. 596.001-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 27.09.2004, p. 336.

4. Desprovisionamento do recurso especial.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Srª. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

---

DJ 23.04.2007

### RELATÓRIO

A Srª. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto por Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 45):

“Classe ‘D’. Autuação. Art. 253, da Lei n. 8.069/1990. Anúncio de evento a ser transmitido por emissora de televisão sem indicar os limites

de idade a que não se recomendava. Preliminares de incompetência do juízo sentenciante em favor do juízo da sede da emissora e de ilegitimidade passiva da recorrente para figurar como ré na demanda. Desobediência dos critérios estabelecidos pelo legislador com o intuito de proteger crianças e adolescentes. Ferido o ideal de direito ao respeito e à inviolabilidade da integridade psíquica e moral das pessoas em desenvolvimento. Conhecimento e improvimento do apelo.”

Houve a oposição de embargos de declaração, os quais foram rejeitados, assim se manifestando o Tribunal de origem (fl. 57):

“Embargos de declaração. Inexistência dos pressupostos elencados pelo disposto no art. 535, do Código de Processo Civil. Improvimento.”

A recorrente sustenta que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 147, § 3º, e 253 da Lei n. 8.069/1990 (ECA). Defende a incompetência territorial do juízo que procedeu ao auto de infração, pois o anúncio do evento ocorreu por transmissão televisiva. Alega que é “parte ilegítima para figurar como autuada, eis que sua atividade consiste em fornecer o equipamento de som e artistas para apresentação musical” (fl. 63). Requer o provimento do recurso especial para reformar o aresto recorrido.

O recorrido apresentou contra-razões ao recurso especial. (Fls. 75/81)

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

### VOTO

A Srª. Ministra Denise Arruda (Relatora): A pretensão recursal não merece prosperar.

A ora recorrente sustenta que o aresto recorrido negou vigência aos seguintes dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990):

“Art. 147 A competência será determinada:

(...)

§ 3º Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo Estado.”



“Art. 253:Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.”

A questão relacionada à competência foi analisada com precisão pelo Ministério Público Federal (fl. 104):

“No que tange à competência, temos que, ao contrário do que alega a recorrente, as razões do recurso especial, a sede da transmissora do anúncio (Rádio e Televisão Bandeirantes) está localizada no Rio de Janeiro e não no Estado de São Paulo, não havendo, por isso, que se falar em incompetência do Juízo de Direito da Comarca do Rio de Janeiro, onde foi lavrado o auto de infração.”

Por outro lado, é necessário observar o objetivo da penalidade imposta à infração administrativa prevista no art. 253 do ECA, o qual impõe aos responsáveis pela apresentação de quaisquer espetáculos, assim como aos órgãos responsáveis pela divulgação e publicidade, a expressa indicação dos limites de idade recomendáveis.

Assim, o sujeito ativo da infração administrativa prevista no dispositivo infraconstitucional é o responsável pelo espetáculo público denominado “Tornado” que não tenha tomado as providências necessárias à indicação dos limites de idade quanto ao evento divulgado, o que caracteriza a legitimidade da ora recorrente, a qual promoveu e anunciou o referido espetáculo.

Sobre o tema, Wilson Donizeti Liberati (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 6ª ed., São Paulo:Malheiros, p. 253) ensina que “será considerado sujeito ativo da infração de anúncio de espetáculos sem indicativos de limite de idade todo aquele que anunciar peças teatrais, filmes, representação ou espetáculo. Em geral, será o responsável pela casa de diversão”.

No mesmo sentido, o entendimento de Roberto João Elias (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292):

“Diferentemente do que ocorre com a infração administrativa tratada no art. 252, que se refere à informação no local onde se realiza a exibição, o artigo se aplica no caso de divulgação do espetáculo em qualquer veículo adequado, seja jornal, revista, televisão, rádio, outdoor e congêneres.

Basta que não se indiquem os limites de idade recomendáveis para que se configure a infração administrativa. Não é necessário que a falta de informação faça com que crianças ou adolescentes ingressem ou pretendam ingressar no local onde é exibido o espetáculo.

A intenção do legislador, assim como ocorre no caso do artigo anterior, é preservar a inviolabilidade da integridade psíquica e moral do menor, elementos constantes do direito ao respeito, tratado no art. 17 do Estatuto.

A sanção é aplicada ao anunciante, ou seja, àquele que exhibe o espetáculo e não diligenciou, ao propagá-lo, em atentar para a indicação da faixa etária pertinente.

É necessário, portanto, que os menores e seus responsáveis sejam informados, adequadamente, para que aqueles possam exercer o seu direito de lazer de conformidade com a sua idade.” (Grifou-se)

Nesse sentido, a orientação pacífica desta Corte Superior:

“Recurso especial. Anúncio de evento sem indicação dos limites de idade a que não se recomendem. Competência do Juízo da Vara de Infância e da Juventude da Sede da Emissora de Televisão. Art. 147, § 3º, do ECA. Legitimidade passiva da recorrente, que promoveu e anunciou o evento. Art. 253 do ECA.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê penas independentes de multa tanto para casas de espetáculos e órgãos de divulgação ou publicidade que desrespeitarem o disposto no seu art. 253.

2. O art. 253 do ECA prevê como infração administrativa ‘anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.’

3. *In casu*, a recorrente anunciou o evento sem indicar os limites de idade a que não se recomendem. (REsp n. 596.001-RJ Relator Ministro Franciulli Netto DJ 27.09.2004; REsp n. 263.283-RJ Relator Ministro Humberto Gomes de Barros DJ 15.12.2003)

4. É cediço em doutrina que ‘será considerado sujeito ativo da infração de anúncio de espetáculos sem indicativos de limite de idade todo aquele que anunciar peças teatrais, filmes, representação ou espetáculo. Em geral, será o responsável pela casa de diversão.’ (Wilson Donizeti Liberati, *In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 253)

5. Recurso especial improvido.” (REsp n. 704.971-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 24.10.2005, p. 198)

“Administrativo. ECA. Lavratura de auto de infração. Veiculação de anúncio de evento sem indicação dos limites de idade a que não se recomendam (art. 253). Legitimidade passiva do res-



ponsável pela produção e divulgação do evento. Competência do juízo da sede da emissora. Precedente da Segunda Turma (REsp n. 596.001-RJ). Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp n. 555.638-RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 10.10.2005, p. 222)

“Recurso especial. Anúncio de evento sem indicação dos limites de idade a que não se recomendem. Competência do Juízo da Vara de Infância e da Juventude da Sede da Emissora de Televisão. Art. 147, § 3º, do ECA. Legitimidade passiva da recorrente, que promoveu e anunciou o evento. Art. 253 do ECA.

O art. 147, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, dispõe que a competência será determinada, em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, pelo local da sede estadual da emissora ou rede.

*In casu*, a Rádio e Televisão Bandeirantes do Rio de Janeiro Ltda — TV Band, empresa que transmitiu o programa anunciado pelo recorrente, tem sede no Rio de Janeiro, razão pela qual não há incompetência do Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro para apreciar o presente feito.

Por outro lado, o art. 253 do ECA prevê como infração administrativa ‘anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.’

A esse respeito, Wilson Donizeti Liberati ensina que ‘será considerado sujeito ativo da infração de anúncio de espetáculos sem indicativos de limite de idade todo aquele que anunciar peças teatrais, filmes, representação ou espetáculo. Em geral, será o responsável pela casa de diversão.’ (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 253)

Na espécie, portanto, não deve ser responsabilizada a empresa que apenas transmitiu o baile, pois, nos termos do acórdão recorrido, foi a recorrente, Furacão 2000 Produções Artísticas Ltda, quem promoveu e anunciou o evento intitulado ‘Tornado muito nervoso’ sem indicar os limites de idade a que não se recomendem.

Como bem asseverou o douto *Parquet* federal, ‘compulsando os autos, extrai-se que o anúncio do espetáculo foi feito pela recorrente.

A conduta de não observar as prescrições legais foi praticada pela Empresa e não pela Emissora de Televisão, motivo pelo qual cai por terra a sua alegação de ilegitimidade passiva'. (Fl. 88)

Recurso especial improvido." (REsp n. 596.001-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 27.09.2004, p. 336)

Ante o exposto, o recurso especial deve ser desprovido, mantendo-se integralmente o r. acórdão recorrido.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 639.170-PR (2004/0004724-2)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Importadora de Frutas La Violetera Ltda

Advogados: Francisco Braz Neto e outros

Recorrido: Banco Central do Brasil

Procuradores: Flávio Meirelles Medeiros e outros

**EMENTA**

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Importação. Obrigações assumidas em moeda estrangeira. Paridade cambial. Regime de Bandas Cambiais Instituído pelo Bacen. Comunicados ns. 6.563/1999 e 6.565/1999. Liberação para que o mercado definisse a taxa de câmbio. Inexistência de irregularidade.

1. Ação em que se pleiteia a disponibilização à recorrente da quantia de U\$ 1.816.742,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil, setecentos e quarenta e dois dólares), convertidos em moeda nacional pela cotação do dólar fixada na última banda cambial (Comunicado 6.560/1999), ou seja, R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos), à consideração de que: a) a Resolução n. 2.234/1996 determinava a intervenção obrigatória do Banco Central do Brasil sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, fossem atingidos pelas taxas praticadas no mercado; b) o Banco Central do Brasil, ao definir que não mais interviria no mercado mediante a fixação de bandas cambiais para manter a estabilidade da moeda nacional frente ao



dólar americano (Comunicados ns. 6.563/1999 e 6.565/1999), modificou, sem autorização do Conselho Monetário Nacional, as diretrizes previstas em lei, afetando sobremaneira os negócios assumidos em moeda estrangeira.

2. Salienta-se, inicialmente, que a paridade a que se refere o § 2º do art. 3º da Lei n. 9.069/1995 diz respeito apenas ao lastreamento da moeda nacional, não guardando qualquer relação com a taxa de câmbio que, na prática, segue as oscilações do mercado.

3. A prerrogativa atribuída ao Banco Central do Brasil, de intervir no mercado para garantir a estabilidade da moeda nacional, está expressamente prevista no art. 11, III, da Lei n. 4.595/1964. Entretanto, o Banco Central do Brasil, na sua missão de manter a estabilidade das taxas cambiais, poderá, quando muito, alterar as condições normais de oferta e procura, vendendo ou comprando moeda estrangeira e puxando, para cima ou para baixo, o seu valor equivalente em moeda nacional. Isso porque a razão existente entre a moeda nacional e outras moedas estrangeiras não depende apenas do mercado interno, mas de inúmeros outros fatores, muitas vezes relacionados a fatos imprevisíveis.

4. São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte-americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura — hedge — realizadas por meio de operações de swap) contra os efeitos das variações de câmbio.

5. Conforme assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux no julgamento dos REsps ns. 549.873-SC e 614.048-RS, “a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado”.

6. Recurso especial desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao

recurso especial, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 13 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

---

DJ 16.04.2007

### RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região cuja ementa é a seguinte:

“Administrativo. Bacen. Taxas de câmbio. Lei n. 4.595/1964. Modificações introduzidas nos mecanismos de intervenção do Bacen no mercado de câmbio durante os primeiros meses do ano de 1999. Regularidade na edição dos Comunicados ns. 6.563 e 6.565 pelo diretor de assuntos internacionais do Banco Central do Brasil.

Hipótese em que o objetivo do CMN e do Bacen (Lei n. 4.595/1964, art. 4<sup>o</sup>, incisos V e XVIII e art. 11, inciso III) é a preservação da moeda nacional. O regime de ‘bandas cambiais’ foi instituído com a finalidade de preservação do interesse público, nunca para garantir ao particular o direito de adquirir dólares por preço inferior do praticado no mercado.

Apelação improvida.” (Fl. 557)

Opostos embargos de declaração, restaram parcialmente acolhidos, para efeito de prequestionamento.

No recurso especial (fls. 573/600), a recorrente aponta violação dos arts. 3<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>, e 6<sup>o</sup>, I e II, §§ 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup>, da Lei n. 9.069/1995, e 9<sup>o</sup> e 11 da Lei n. 4.595/1964. Afirma, em síntese, que: a) “a Lei n. 4.595/1964 determina expressamente que o Bacen cumprirá as disposições que lhe são atribuídas pela legislação e, sobretudo, cumprirá as disposições que lhe são atribuídas pelo Conselho Monetário Nacional” (fl. 585), cabendo-lhe, ainda, “regular o funcionamento do mercado cambial, manter a estabilidade de taxas cambiais e equilibrar o balanço de pagamentos” (fl. 586); b) a Lei n. 9.069/1995 previa “um controle cambial rígido a ser exercido pelo Banco Central do Brasil, em que se vinculava e estabelecia uma paridade entre a moeda nacional e o dólar americano” (fl. 588); c) a Resolução n. 2.234/1996 determinava a intervenção obrigatória do Banco Central do Brasil sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, fossem



atingidos pelas taxas praticadas no mercado; d) o Banco Central do Brasil, ao definir que não mais interviria no mercado mediante a fixação de bandas cambiais para manter a estabilidade da moeda nacional frente ao dólar americano (Comunicados ns. 6.563/1999 e 6.565/1999), modificou, sem autorização do Conselho Monetário Nacional, as diretrizes previstas em lei, afetando sobremaneira os negócios assumidos em moeda estrangeira; e) definidas em lei as diretrizes cambiais, jamais poderiam ser modificadas por simples comunicados. Requer seja dado provimento ao recurso para se conceder a segurança pleiteada, determinando-se, assim, ao Banco Central do Brasil a disponibilização à recorrente da quantia de U\$ 1.816.742,00 (um milhão, oitocentos e dezesseis mil, setecentos e quarenta e dois dólares), convertidos em moeda nacional pela cotação do dólar fixada na última banda cambial (Comunicado ns. 6.560/1999), ou seja, R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos).

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

### VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Denise Arruda (Relatora): O recurso não merece prosperar.

Salienta-se, inicialmente, que a paridade a que se refere o § 2º do art. 3º da Lei n. 9.069/1995 diz respeito apenas ao lastreamento da moeda nacional, não guardando qualquer relação com a taxa de câmbio que, na prática, segue as oscilações do mercado.

O referido dispositivo legal tem a seguinte redação:

“Art. 3º O Banco Central do Brasil emitirá o REAL mediante a prévia vinculação de reservas internacionais em valor equivalente, observado o disposto no art. 4º desta Lei.

(...)

§ 2º A paridade a ser obedecida, para fins da equivalência a que se refere o *caput* deste artigo, será de um dólar dos Estados Unidos da América para cada Real emitido.”

Vale transcrever, sobre o ponto, o seguinte trecho da sentença de 1º grau de jurisdição:

“Não me parece correta a argumentação do impetrante no tocante ao art. 3º da Lei n. 9.069/1995, pois a paridade entre o real e o dólar ali preceituada tem cunho monetário, não cambial. Significa dizer que a quantia

em reais circulando pelo País terá que ter lastro equivalente em dólares. É paridade monetária, não cambial.

(...)

Logo no início do art. 4º da mesma lei vê-se o nítido caráter monetário do preceito legal esgrimido pelo impetrante, pois há expressa alusão ao ‘lastreamento do real’, para regular a emissão de dinheiro. O substrato político para tal mandamento legal é, certamente, dar credibilidade à moeda nacional, que em razão da hiperinflação não passava de papel colorido.” (Fls. 487/488)

A prerrogativa atribuída ao Banco Central do Brasil, de intervir no mercado para garantir a estabilidade da moeda nacional, está expressamente prevista no art. 11, III, da Lei n. 4.595/1964, *verbis*:

“Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:

(...)

III - Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para êsse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial;”

Entretanto, o Banco Central do Brasil, na sua missão de manter a estabilidade das taxas cambiais, poderá, quando muito, alterar as condições normais de oferta e procura, vendendo ou comprando moeda estrangeira e puxando, para cima ou para baixo, o seu valor equivalente em moeda nacional.

Isso porque a razão existente entre a moeda nacional e outras moedas estrangeiras não depende apenas do mercado interno, mas de inúmeros outros fatores, muitas vezes relacionados a fatos imprevisíveis.

São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte-americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura — *hedge* — realizadas por meio de operações de *swap*) contra os efeitos das variações de câmbio.

Aliás, como bem ressaltou o ilustre representante do Ministério Público Federal no 1º grau de jurisdição, “os contratos firmados em moeda estrangeira são todos contratos de risco, tanto os de exportação como os de importação”. E prossegue: “Firmado o contrato, ou seja, obrigando-se a empresa nacional para



com a estrangeira, tem ela apenas expectativa de que o contrato possa ser perfeitamente cumprido, caso a taxa cambial permaneça nos valores esperados pelo exportador/importador. Em relação a esta taxa de câmbio, portanto, tem-se uma mera expectativa de direito; constitui risco integral de uma das partes contratantes e, ainda, não configura qualquer direito derivado do contrato supra-referido, mas de circunstâncias estranhas a ele. Desta forma, tinha a impetrante mera expectativa de direito de cumprir seus compromissos contando com uma taxa cambial esperada.” (Fls. 483/484)

Apreciando questão idêntica à ora deduzida, a Primeira Turma desta Corte, nos autos do REsp n. 549.873-SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, concluiu pelo acerto da decisão tomada naquela ocasião pelo Tribunal de origem, na qual ficou consignado que:

a) “ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial”;

b) “o mercado de câmbio, por natureza, é variável, tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de *hedge*”;

c) “ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo Bacen, em 18.01.1999, através do Comunicado 6565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano”;

d) “a teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros”;

e) “a liberação do mercado de câmbio, pelo Bacen, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil”;

f) “a volatilização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país”.

O respectivo acórdão ficou assim ementado:

“Responsabilidade civil do Estado. Paridade cambial. Intervenção estatal no domínio econômico. Pretensão de imputação de responsabilidade objetiva por força de alteração da paridade cambial. Conseqüente dever de

indenizar à União e ao Bacen. Fatores inerentes à conjuntura internacional que se assemelham ao fato do príncipe. Improcedência.

1. A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF.

2. Deveras, sólida a lição de que um ‘dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência’. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos constitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos constitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: ‘Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)’. (Celso Antônio Bandeira de Mello *in Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., Malheiros, 2002, p. 619/620)

3. No afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, o Estado-Soberano pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado Nacional, quer à luz da responsabilidade objetiva quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que



a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros.

4. Consoante escorreitamente assentado no aresto recorrido '1. A União é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações em que se discute direito à indenização por prejuízos decorrentes da súbita modificação da política cambial, estando legitimado, com exclusividade, o Bacen, que decidiu e implementou a liberação do mercado de câmbio. 1. (*sic*) Ao contratar em moeda estrangeira, o empresário sabe e espera que sua obrigação seja quantificada segundo a variação cambial. O mercado de câmbio, por natureza, é variável. Tanto é assim que para livrar-se dos efeitos de uma valorização inesperada do dólar, existe a opção de contratação de operações de hedge. 2. Ainda que se pudesse considerar imprevisível a súbita liberação do mercado cambial, pelo Bacen, em 18.01.1999, através do Comunicado n. 6.565, e a correspondente maxidesvalorização do real, não é possível transferir ao Estado os prejuízos decorrentes da álea de negócio vinculado à variação futura do dólar norte-americano. A teoria da imprevisão aplica-se aos contratantes, não vinculando terceiros. 3. A liberação do mercado de câmbio, pelo Bacen, na ocasião, é tida por regular, pois surgiu como alternativa capaz de proteger as reservas cambiais do Brasil. A volatilização do mercado financeiro e de capitais, produto da globalização, é capaz de provocar súbitos desequilíbrios nas reservas cambiais, o que exige dos Governos modificações em sua política cambial, muitas vezes inesperadas ou mais drásticas que as esperadas, na tentativa de conter a liquidação da economia do país. (...)'

5. A existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção no domínio econômico revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa *in ommittendo*.

6. O fato do príncipe é argüível intramuros entre os particulares e extraterritorialmente pelo Estado, desde que o suposto fato imprevisível e danoso dependa de conjunturas internacionais, imprevisíveis, *ad substantia*.

7. A ciência jurídica-econômica não é imutável e eterna, como não são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas às mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc.

8. O Estado responde objetivamente pelos seus atos e de seus agentes que nessa qualidade causem a terceiros e, por omissão, quando manifesto o dever legal de impedir o ato danoso, hipótese em que a sua responsabilidade é subjetiva decorrente de imperícia ou dolo.

9. A ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado.

10. Recurso Especial desprovido.” (DJ 25.10.2004)

Os mesmos fundamentos foram adotados no julgamento do REsp n. 614.048-RS, também de relatoria do Ministro Luiz Fux, quando a Primeira Turma deste Pretório teve a oportunidade de confirmar o entendimento então adotado (acórdão publicado no DJ 02.05.2005)

Tem-se, assim, conforme assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux nos julgados anteriormente mencionados, que “a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado”.

À vista do exposto, o recurso especial deve ser desprovido.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 650.235-PR (2004/0034841-6)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Lembrasul Supermercados Ltda

Advogados: Antônio Ivanir de Azevedo e outros

Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária Incra

Procuradores: Valdez Adriani Farias e outros

Recorridos: Os Mesmos

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Patrícia Vargas Lopes e outros



### EMENTA

Vigência da Contribuição ao Incra. Natureza de intervenção no domínio econômico. Leis ns. 7.789/1989 e 8.212/1991. Destinação diversa.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, após diversos pronunciamentos, com base em ampla discussão, reviu a jurisprudência sobre o assunto, chegando à conclusão que a contribuição destinada ao Incra não foi extinta, nem com a Lei n. 7.787/1989, nem pela Lei n. 8.212/1991, ainda estando em vigor.

II - Tal entendimento foi exarado com o julgamento proferido pela Colenda Primeira Seção, no EREsp n. 770.451-SC, Relator p/ o acórdão Ministro Castro Meira, Seção de 27.09.2006. Naquele julgado restou definido que a contribuição ao Incra é uma contribuição especial de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Assim, a supressão da exação para o Funrural pela Lei n. 7.787/1989 e a unificação do sistema de previdência através da Lei n. 8.212/1991 não provocaram qualquer alteração na parcela destinada ao Incra.

III - Recurso especial do Incra provido. Recurso especial do contribuinte prejudicado.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Tratam-se de recursos especiais interpostos por Lembrasul Supermercados Ltda, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c** da Constituição Federal e pelo Instituto de Colonização e Reforma Agrária — Incra, com esteio no art. 105, III, **a**, da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Tributário. Incra (0,2%). Lei n. 8.212/1991. Extinção. Empresas urbanas. Repetição. Cabimento. Honorários.

1. A exigência de 0,2%, incidente sobre a folha de salários, foi recepcionada pela CF/1988 face ao princípio da continuidade da ordem jurídica (art. 59 do ADCT), como imposto residual, mas não sobreviveu face aos arts. 167-IV da CF/1988 — era destinado ao Incra — e 240 da CF — que não o manteve, prevendo no art. 62 do ADCT o Senar em seu lugar —, vindo a desaparecer a obrigação com a implantação do plano de custeio (Lei n. 8.212/1991).

2. A exigência de 0,2% ao Incra das empresas urbanas, no período precedente à CF/1988, não vulnerava o ordenador porquanto tais contribuições tinham caráter assistencial, sendo o trabalhador rural seu beneficiário, não havendo, ainda, relação entre a contribuição e a vinculação dos empregados aos sistemas urbanos e rural, configurando obrigação genérica, para prover um fundo financeiro, destinado ao custeio de benefícios em favor dos trabalhadores rurais.

3. Recolhimentos ao Incra, após 25.07.1991, são passíveis de repetição.

4. Honorários em dez por cento sobre o valor da condenação.

5. Apelação parcialmente provida.” (Fl. 1186)

A empresa recorrente alega, em síntese:

a) a supressão da exação destinada ao Incra pelo art. 3º da Lei n. 7.787/1989, razão pela qual tem direito à repetição dos valores indevidamente recolhidos;

b) Inclusão do IGPM em 1994;

c) aplicação de 1% (um por cento) ao mês a título de juros compensatórios, a contar da data de cada pagamento indevido até a efetiva compensação ou restituição, nos termos do art. 72 do Decreto n. 612/1992, os arts. 34 e 36 da Lei n. 8.212/1991 e o art. 161 do CTN;

d) possibilidade de compensação, uma vez que o aresto recorrido definiu a possibilidade, *in casu*, apenas de repetição via precatório.



O Incra, por sua vez, pleiteia o indeferimento da restituição pretendida, entendendo que continua devida a exação.

Após a decisão de fls. 1.330/1.335, dando parcial provimento ao recurso especial do contribuinte e a decisão de fls. 1.362/1363 complementando-a, exerci o juízo de retratação e reconsiderarei o *decisum* impugnado, entendendo que a questão não estava pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que impunha o exame do feito perante o colegiado.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Primeiramente faz-se oportuno observar que em face da decisão de fl. 1.391, na qual reconsiderarei a decisão de 1.330/1.335, tornando-a sem efeito resta prejudicado o agravo regimental de fls. 1.348/1.351.

Presentes os requisitos de admissibilidade passo ao exame do mérito dos recursos especiais.

Analiso inicialmente o recurso especial do Incra.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, após diversos pronunciamentos, com base em ampla discussão, reviu a jurisprudência sobre o assunto, chegando à conclusão que a contribuição destinada ao Incra não foi extinta, nem com a Lei n. 7.787/1989, nem pela Lei n. 8.212/1991, ainda estando em vigor.

Tal entendimento foi exarado com o julgamento proferido pela Colenda Primeira Seção, no EREsp n. 770.451-SC, Relator p/ o acórdão Ministro Castro Meira, Sessão de 27.09.2006.

Naquele julgado restou definido que a contribuição ao Incra é uma contribuição especial de intervenção no domínio econômico, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares.

Observou-se que a edição da Lei n. 7.787/1989 tratou de suprimir a contribuição para o Prorural a cargo do Funrural, destinado à assistência social do trabalhador rural, uma vez que estabeleceu uma alíquota única de 20% (vinte por cento) sobre o total das remunerações pagas, reservada à previdência social, mas deixou incólume a parcela destinada ao Incra.

A contribuição ao Incra também não foi objeto da Lei n. 8.212/1991, que extingue os regimes de previdência social instituídos pela LC n. 11/1971, incluindo aqui a previdência rural, a qual, conforme acima explicitado, não era integrada pela contribuição ao Incra.

Concluiu-se então que:

a) a contribuição para o Incra não foi extinta pelos diplomas normativos acima mencionados, encontrando-se em vigor;

b) para as demandas em que não mais se discute a legitimidade da cobrança da exação, afastou-se a possibilidade da compensação da contribuição ao Incra, com outras contribuições sobre a folha de salários, em virtude da natureza da contribuição ao Incra, classificada como especial atípica, destinada a promover a reforma agrária.

Nesse diapasão, destaco os seguintes precedentes:

“Tributário. Contribuição destinada ao Incra. Lei n. 2.613/1955 (Art. 6º, § 4º). Decreto-Lei n. 1.146/1970. LC n. 11/1971. Natureza jurídica e destinação constitucional. Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - Cide. Legitimidade da exigência mesmo após as Leis ns. 8.212/1991 e 8.213/1991. Discussão que se restringe à possibilidade de compensação. Art. 66 da Lei n. 8.383/1991.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 770.451-SC (acórdão ainda não publicado), após acirradas discussões, decidiu rever a jurisprudência sobre a matéria relativa à contribuição destinada ao Incra.

2. Naquele julgamento discutiu-se a natureza jurídica da contribuição e sua destinação constitucional e, após análise detida da legislação pertinente, concluiu-se que a exação não teria sido extinta, subsistindo até os dias atuais e, para as demandas em que não mais se discutia a legitimidade da cobrança, afastou-se a possibilidade de compensação dos valores indevidamente pagos a título de contribuição destinada ao Incra com as contribuições devidas sobre a folha de salários.

3. Em síntese, estes foram os fundamentos acolhidos pela Primeira Seção:

a) a referibilidade direta não é elemento constitutivo das CIDE's;

b) as contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse é o traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas;

c) as CIDE's afetam toda a sociedade e obedecem ao princípio da solidariedade e da capacidade contributiva, refletindo políticas econômicas de



governo. Por isso, não podem ser utilizadas como forma de atendimento ao interesse de grupos de operadores econômicos;

d) a contribuição destinada ao Incra, desde sua concepção, caracteriza-se como Contribuição Especial de Intervenção no Domínio Econômico, classificada doutrinariamente como Contribuição Especial Atípica (CF/1967, CF/1969 e CF/1988, art. 149);

e) o Incra herdou as atribuições da Supra no que diz respeito à promoção da reforma agrária e, *em caráter supletivo, as medidas complementares de assistência técnica, financeira, educacional e sanitária, bem como outras de caráter administrativo*;

f) a contribuição do Incra tem finalidade específica (elemento finalístico) constitucionalmente determinada de promoção da reforma agrária e de colonização, visando atender aos princípios da função social da propriedade e a diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 170, III e VII, da CF/1988);

g) a contribuição do Incra não possui referibilidade direta com o sujeito passivo, por isso se distingue das contribuições de interesse das categorias profissionais e de categorias econômicas;

h) o produto da sua arrecadação destina-se especificamente aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares. Por isso, não se enquadram no gênero Seguridade Social (Saúde, Previdência Social ou Assistência Social), sendo relevante concluir ainda que:

h.1) esse entendimento (de que a contribuição se enquadra no gênero Seguridade Social) seria incongruente com o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, ao se admitir que essas atividades fossem dirigidas apenas aos trabalhadores rurais assentados com exclusão de todos os demais integrantes da sociedade;

h.2) partindo-se da pseudo-premissa de que o Incra integra a “Seguridade Social”, não se compreende por que não lhe é repassada parte do respectivo orçamento para a consecução desses objetivos, em cumprimento ao art. 204 da CF/1988;

i) o único ponto em comum entre o Funrural e o Incra e, por conseguinte, entre as suas contribuições de custeio, residiu no fato de que o diploma legislativo que as fixou teve origem normativa comum, mas com finalidades totalmente diversas;

j) a contribuição para o Incra, decididamente, não tem a mesma natureza jurídica e a mesma destinação constitucional que a contribuição previdenciária sobre a folha de salários, instituída pela Lei n. 7.787/1989 (art. 3º, I), tendo resistido à Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com amparo no art. 149 da Carta Magna, não tendo sido extinta pela Lei n. 8.212/1991 ou pela Lei n. 8.213/1991.

4. Impossibilidade de compensar-se, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, os valores pagos a título de contribuição para o Incra com a contribuição incidente sobre a folha de salário porque não possuem elas a mesma natureza jurídica e destinação constitucional.

5. Embargos de Divergência conhecidos mas improvidos.” (EREsp n. 705.536-PR, Relator p/ o acórdão Ministra Eliana Calmon, DJ 18.12.2006, p. 292)

“Tributário. Incra. Contribuição. Natureza. Extinção. Leis ns. 7.789/1989 e 8.212/1991. Compensação.

1. Criado pelo Decreto-Lei n. 1.110/1970 com a missão de promover e executar a reforma agrária, a colonização e o desenvolvimento rural no País, ao Incra foi destinada, para a consecução de seus objetivos, a receita advinda da contribuição incidente sobre a folha de salários no percentual de 0,2% fixada no art. 15, II, da LC n. 11/1971.

2. O Incra nunca teve a seu cargo a atribuição de serviço previdenciário, razão por que a contribuição a ele destinada não foi extinta pelas Leis ns. 7.789/1989 e 8.212/1991 — ambas de natureza previdenciária —, permanecendo íntegra até os dias atuais como contribuição de intervenção no domínio econômico. Em face das conclusões expendidas, resta prejudicada a análise da pretensão da empresa recorrente acerca do pedido de compensação.

3. Recurso especial do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária provido.

4. Recurso especial da contribuinte prejudicado.” (REsp n. 886.052-PR, Relator Ministro Castro Meira, DJ 02.02.2007, p. 391)

Tais as razões expendidas, dou provimento ao recurso especial do Incra e julgo prejudicado o recurso especial da empresa contribuinte. Não havendo condenação, fixo os honorários em 20% sobre o valor da causa.

É o voto.



**RECURSO ESPECIAL N. 674.586-SC (2004/0096228-0)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Rosângela Aparecida Voss

Advogado: Maristela J. Medeiros Bogo

Recorrido: Hospital Municipal São José

Advogados: Diva Mara Machado Schlindwein e outros

**EMENTA**

Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos profissionais da entidade hospitalar municipal. *Onus probandi*.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Hospital Municipal, em decorrência de falecimento de filha, menor, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).

3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.

4. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexa causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na mani-

festação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

5. *In casu*, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, não se aplica o art. 159 do Código Civil, mas o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

6. A Segunda Turma desta Corte no julgamento de hipótese análoga — responsabilidade civil do Estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos — em sede de Recurso Especial n. 433.514-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21.02.2005, decidiu, *verbis*:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.

7. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: “A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)”, sendo certo que a caracterização da



responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, conseqüentemente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

8. Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, impõe-se ao lesado demonstrar a ocorrência do fato administrativo (diagnóstico errôneo), do dano (morte da filha da autora) e nexos causal (que a morte da criança decorreu de errôneo diagnóstico realizado por médico de hospital municipal).

9. Conseqüentemente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexos de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

10. Deveras, na hipótese vertente, o acórdão deixou entrever que o Hospital Municipal São José não produziu prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, consoante se infere do voto de fls. 280/287, o que revela o provimento do recurso especial.

11. A indenização devida a título de danos materiais, segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula n. 491, implica no reconhecimento do direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos. Precedente do STJ: REsp n. 514.384-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 10.05.2004.

12. No que pertine aos danos morais, esta Corte, aplicando o princípio da razoabilidade, tem reconhecido o direito à referida indenização, nestes termos:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.

2. Razoabilidade na fixação dos danos morais em 300 (trezentos) salários-mínimos.

3. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 507.120-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.11.2003)

13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por maioria, vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte).

Brasília (DF), 6 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJ 02.05.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Rosângela Aparecida Voss (fls. 305/318), com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

“Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos



profissionais da entidade hospitalar típica à espécie. *Onus probandi*. Nexos de causalidade e culpa indemonstrados. Apelo inacolhido. Vinculação de magistrado. Inocorrência.

“Nas obrigações de meio, que se contrapõe às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, que por negligência, imprudência ou imperícia” (Revista Forense, vol. 303, p. 179)

O *onus probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do inciso I, do art. 333 do CPC.

A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado; é imprescindível a comprovação da existência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

“Mercê das alterações introduzidas na processualística pátria pela Lei n. 8.637, de 31.03.1993, a vinculação do magistrado substituto que preside as audiências de julgamento nos feitos submetidos à sua apreciação no interregno da substituição, vê-se encerrada, com a sua conseqüente e total desvinculação, com a assunção do titular e com a sua designação para outra unidade jurisdicional, ainda que na mesma comarca” (CC n. 99.01426-6 Desembargador Trindade dos Santos).” (Fl. 268)

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, *verbis*:

“Embargos de declaração. Omissão. Art. 535, II, do CPC. Inocorrência. Desacolhimento.

Tendo o acórdão combatido examinado todos os pontos indispensáveis para o deslinde da quaestio, não há que se falar em omissão.

“Os embargos de declaração prestam-se ao aprimoramento do julgado que omite ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal, apresenta-se obscuro ou contraditório e não a elucidar questões já implicitamente decididas no julgado embargado.” (EEAR no CC n. 27.046-BA, Ministra Nancy Andrighi)

Segundo noticiam os autos, Rosângela Aparecida Voss ajuizou ação de indenização por danos patrimoniais e morais morais, ao fundamento, *litteris*:

“(…)

No dia 1<sup>a</sup>.09.1995, por volta das 10:00 horas, a menor Carina Talita Voss, filha da autora, com oito anos de idade, conforme certidão de

nascimento inclusa, com oito anos de idade, conforme certidão de nascimento inclusa, foi levada ao “Pronto Socorro” do réu para ser medicada de uma contusão sofrida no ombro esquerdo motivada por uma queda de bicicleta. Às 13:30 horas, mais ou menos, foi atendida pelo médico plantonista, Dr. Jorge Okuda, o qual, após tomar as providências de praxe, liberou-as sem maiores delongas.

2. Ocorre que no dia seguinte (02.09.1995), face o agravamento de seu estado de saúde, foi a menor novamente levada ao P.S. do ré, onde foi atendida somente às 19:00 horas, suplicando por atendimento de emergência, principalmente porque apresentava paralisia dos membros superior e inferior direitos.

O médico plantonista, Dr. Renato Soares, que atendeu, sem realizar outros exames complementares à radiografia, já realizada, a despeito da menor estar passando mal, limitou-se a repetir o medicamento prescrito anteriormente, conforme se vê dos receituários inclusos, liberando-a, enfim, sem outras recomendações médicas.

3. A menor, embora ingerindo religiosamente o medicamento prescrito, não apresentou nenhuma melhora, tendo, inclusive, piorado durante os períodos diurno e noturno do dia seguinte (03.09.1995).

Novamente, no dia 04.09.1995, por volta das 10:00 horas, foi a menor levada ao P. S. Do réu, oportunidade em que foi internada por determinação do Dr. Renato Soares, afim de serem realizados os devidos exames médicos, os quais, pelo que se tem notícia, foram efetivados somente após às 18:00 horas daquele dia. Pouco tempo depois, por volta das 20:00 horas, os familiares da menor foram cientificados pelo médico designado para o caso, que ela fora transferida para a U.T.I, face o seu estado de saúde ser gravíssimo. Comunicou, ainda o referido médico, que naquela mesma noite a menor seria operada, mas que ele nada poderia garantir sobre o êxito da cirurgia, uma vez que os rins dela já haviam “parado”, e seu estado de saúde era periclitante.

Mais tarde, o dito médico retornou comunicando que efetivamente havia realizado a cirurgia e que constava infecção generalizada no corpo da criança, sendo por esse motivo, mínima a possibilidade de sua sobrevivência. Disse ele também, que a menor foi operada tarde demais e, se sobrevivesse, ficaria com seqüelas irreparáveis para o resto da vida.

4. Então, a menor, após longo período em estado de “coma”, veio a falecer no dia 09.09.1995, conforme certidão de óbito inclusa.



5. Diante do exposto evidencia-se que a negligência do preposto do réu, Dr. Renato Soares, pelo fato de não ter tomado as providências em tempo hábil, exigidas pelas circunstâncias, foi na verdade a causa da morte da criança.

Além de ter se havido com negligência, o referido médico houve-se também com imprudência e imperícia. Senão vejamos:

a) Foi imprudente porque, precipitadamente, sem usar de cautela, limitou-se a repetir a prescrição do medicamento receitado à menor, quando do primeiro atendimento;

b) Foi imperito, porque deixou de proceder, na menor, o devido exame médico, faltando assim com a observância das normas técnicas que o caso exige. (...)” (Fls. 2/3)

O Juiz de Direito da 3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda da Comarca de Joinville-SC julgou improcedente o pedido, sob o fundamento *litteris*:

“(...) Conforme reza o art. 333, I, do CPC o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. No caso em tela, não há provas de que a menor tenha apresentado um quadro clínico de rigidez no membro superior esquerdo quando do seu retorno ao pronto socorro do requerido em 02.09.1995. É ponto nevrálgico da questão, eis que tal sintoma poderia sugerir o padecimento infeccioso que se instalava na menor.

O quadro clínico evoluiu para uma infecção generalizada que culminou com o óbito da menor no dia 09.09.1995. A questão crucial é: obrou com culpa — negligência por falta de atendimento adequado ou imperícia por adoção de procedimento correto — o profissional que deu atendimento a menor?

A análise criteriosa dos autos informa que houve diagnóstico tardio do estado clínico da menor. Ocorre, entretanto que este “erro de diagnóstico”, conforme se verifica nos tratados médicos, é plenamente justificável pela raridade do quadro que se apresentava. Não trata-se de erro manifesto e grosseiro,mas de um quadro excepcional que se apresentou,e, conforme comprova os documentos dos autos, tomou-se as medidas ordinárias e preventivas que o caso requeria nos exatos termos do procedimento normal de um profissional de medicina mediano. (...)” (Fls. 201/202)

Irresignada a autora interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao recurso, nos termos da ementa acima transcrita.

A Recorrente, em sede de recurso especial, sustenta, preliminarmente, ofensa ao art. 535, do CPC, ao fundamento de que, a despeito da oposição de embargos de declaração, o acórdão hostilizado não manifestou-se acerca da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, 6º, CF), do onus probandi nas relações de consumo e a possibilidade de inversão do ônus da prova com vistas à facilitação da defesa do direito do consumidor (Lei n. 8.078/1990), bem como do pedido de assistência judiciária.

No mérito aduz que:

“(…) Verifica-se porém, sem qualquer sofisma, que os eméritos julgadores de 1º e 2º graus, deixando de aplicar em favor da Recorrente o princípio da responsabilidade civil objetiva, contrariando violentamente os preceitos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, houveram-se em flagrante e abominável injustiça.

*omissis*

Ademais, deveria ser observado pelos ilustres e sábios julgadores que a Recorrente, conforme se vê da exordial deste feito, ajuizou ação contra o Hospital Municipal São José, pessoa jurídica de direito público, fato esse, que por si só, seria mais do que suficiente para autorizar nos julgamentos de 1º e 2º graus a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva por risco. Inclusive o recorrido à fl. 22 está qualificado como “autarquia municipal”, cuja qualificação, aliada aos documentos acostados à peça contestatória confirma ser a mesma entidade de direito público, não podendo, destarte, os julgadores já mencionados, alegarem que não aplicaram em sua decisão o princípio da responsabilidade civil objetiva, que compreende a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, em virtude de desconhecerem tal fato, ou mesmo porque a Recorrente não formulou na ação pedido específico de reconhecimento e aplicação do referido princípio de direito.

Ressalta-se que de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva o agente tem a obrigação de reparar o dano, independentemente da constatação da culpa, simplesmente porque o dano foi produzido.

*omissis*

Ora, no presente caso e na oportunidade, estando o Dr. Renato Soares no exercício de sua função e agindo em razão dela e não tendo ocorrido fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, deveriam, so ilustres julgadores, em obediência ao dispositivo constitucional e respeito ao que acha-se consagrado pela doutrina e jurisprudência, ter dado



provimento ao recurso de apelação, reformando a sentença de 1º grau para, em consequência, decretar a procedência da ação.” (Fls. 309/312)

O Hospital Municipal São José, em contra-razões às fls. 337/346, pugna, preliminarmente, pela inadmissibilidade do recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ.

No mérito sustenta, sinteticamente, que o direito civil pátrio adotou a teoria da culpa genérica no que diz respeito à responsabilidade médica, o que, no seu entender, impõe à vítima do dano provar a culpa do profissional, *stricto sensu*, consubstanciado na imprudência, negligência e imperícia ou dolo, decorrente de ação ou omissão voluntária para fins de ressarcimento do dano.

O recurso especial foi admitido no Tribunal *a quo*, consoante despacho de fls. 370/371.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, conheço dos recursos pela alínea **a**, do permissivo constitucional, uma vez que a matéria restou devidamente prequestionada.

Com efeito, na hipótese sub examine, a violação do art. 535 do CPC não restou configurada. Isto porque o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos, consoante se infere do voto condutor dos embargos de declaração às fls. 298/300.

Nesse sentido confira-se, à guisa de exemplo, julgado desta Relatoria no REsp n. 665.538-PE, DJ 17.12.2004, *litteris*:

“Processual civil. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Recurso especial a que se nega seguimento (art. 557, *caput*, do CPC).

Ultrapassadas a questões preliminares, subjaz a questão atinente à responsabilidade civil do Estado, decorrente de dano patrimonial e moral, e a obrigação de indenizar o lesado.

Noticiam os autos que Rosângela Aparecida Voss ajuizou ação de indenização em face do Hospital Municipal São José, ao fundamento de que no dia 1<sup>a</sup>.09.1995 levou sua filha, Carina Talita Voss, para atendimento naquele estabelecimento hospitalar, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).

O Juiz Singular julgou improcedente a demanda, ao fundamento de que o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, consoante preceitua o art. 333, I, do CPC.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento à apelação, ao fundamento *litteris*:

“ (...) Quanto ao mérito, cumpre primeiramente fixar a lição de Clóvis Beviláqua acerca do art. 1.545 do CC, que cuida da culpa dos profissionais da saúde: “A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações.” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. 4, p. 696)

O histórico demonstrado nos prontuário médicos em anexo são incontroversos: Carina Talita Voss foi levada ao pronto socorro em decorrência de uma queda de bicicleta, e, após atendida pelo médico Jorge Okuda foi liberada para sua residência (Bau n. 319.030).

Retornou ao pronto-socorro no dia 02.09.1995, sábado, às 20h26min (Bau n. 319.547) com sintomas de dor no local da contusão — região deltoide (músculo da espádua, triangular que vai da parte superior do úmero ao terço externo da clavícula) —, vômitos e febre. Atendida pelo cirurgião Jorge Murata, foram realizadas radiografias de tórax e ombro, nada constando de anormal nos exames.



Por existir referência a febre e vômitos, a criança foi encaminhada ao médico Renato Soares, pediatra de plantão, o qual constatou sinais sugestivos de faringe-amigdalite, prescrevendo analgésico e antiinflamatório.

Em 04.09.1995, às 10h55min, a paciente retornou e foi atendida pelo pediatra José Vicente Bertazo e pelos ortopedistas Argemiro Boehm e Mauro Marquiotti, seguido de Renato Soares, também pediatra, de plantão no período das 13 às 16 horas (Bau n. 320.044).

Foram realizadas radiografias do ombro e úmero, a pedido do ortopedista Argemiro Boehm que demonstravam aumento do volume de partes moles e estrutura óssea preservada, enquanto que a realizada no tórax mostrava infiltrado heterogêneo nas bases pulmonares. Os médicos Renato Soares e Mauro Marquiotti, constatando a gravidade da situação e supondo a presença de septicemia (presença de germes ou substância sépticas no sangue circulante), solicitaram exames apropriados e a urgente internação às 25min daquele dia (fl. 70). Na mesma oportunidade foram realizados exames de líquidos (realizado pelo médico), glicose, uréia, creatinina, sódio e potássio e uma gasometria arterial, esta última realizadas às 19h55min os quais, segundo laudo laboratorial, estavam normais.

Internada na UTI, foi realizada uma drenagem (colocação de tubos destinado a eliminar líquidos de cavidades de tecidos impregnados de líquidos após atos operatórios) de abscesso (coleção de pus dentro de tecidos orgânicos, em conseqüência de inflamação) de ombro e de cotovelo. O procedimento foi efetuado pelo médico plantonista Hamilton Ribas Júnior, com início às 21 h30min e término às 23 horas (relatório cirúrgico).

Em 05.09.1995 a paciente apresentou sinais clínicos e radiológicos de pneumonia bilateral, a qual evoluiu para um empídemia (acumulação de pus em cavidades do corpo, especialmente no tórax) pulmonar esquerdo que foi drenado cirurgicamente em 06.09.1995. Outro empídemia, desta vez do lado direito, foi drenado em 08.09.1995.

Desde o dia 04.09 a paciente recebeu antibioticoterapia, com medicamentos reservados para situações especiais e graves, habitualmente resolutivos, como A Ceftriaxona e Vancocina. No dia 05.09.1995 foi realizada associação das drogas com amicocina, antibiótico extremamente eficaz.

Às 18 horas do dia 04.09.1995 foi realizada uma punção do ombro, a qual encontrou apenas sangue, do hematoma já identificado clínica e radiologicamente. Foi enviada amostra para cultura, visando a identificar

a bactéria causadora da possível infecção local. A cirurgia realizada na mesma noite identificou infecção óssea em cotovelo e ombro.

Ainda naquele dia, sendo constatado torpor, insuficiência respiratória severa e quadro de choque infeccioso, foram obtidas amostras de sangue para culturas e realizados todos os esforços para a recuperação da paciente.

Estabeleceram por fim diagnóstico de septicemia complicada com síndrome de angústia respiratória aguda.

As culturas realizadas revelaram ausência de crescimento bacteriano, exceto a cultura do abscesso pleural do dia 08.09.1995, a qual mostrou a bactéria pseudomonas, germe habitualmente ligado a situação envolvendo pacientes imunodeprimidos, em UTI, a qual deveria ser secundária.

Infelizmente a doença evoluiu e a criança faleceu em 09.09.1995, não obstante a equipe médica e de atendimento do Hospital São José tenha empreendido todos os esforços possíveis a fim de preservar-lhe a vida.

Não há, na espécie, nexos de causalidade, que é essencial para a responsabilização de alguém por um dano.

A respeito discorre a doutrina:

“o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se ‘nexo causal’, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.” (Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, vol. 70, Ed. Saraiva, p. 352)

“(…) a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente” (Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*, 70 vol., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31).

E ainda: “Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento



ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente.” (Silvio Rodrigues. Direito Civil — Responsabilidade Civil, vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 18)

Quanto à culpa, é de mister identificar que o caso em análise versa sobre a modalidade da imperícia, pois diz respeito à inobservância ou não de regra técnica. Aquela, segundo Fernando Noronha: “(...) é a culpa profissional: o agente, aqui, ofende regras técnicas de uma dada atividade, ou porque não as conhece, ou porque age inconsideradamente. Se ele não tem os conhecimentos profissionais necessários, existe como que uma imperícia negligente (...)’ Se ele, apesar de ser bom profissional, pratica um ato arriscado, na esperança de que tudo terminará bem, haverá uma como que imperícia imprudente (H)’” (Universidade Federal do Estado de Santa Catarina — UFSC, *in* Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 7 — Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 11.2.2, p. 462).

Observe-se que na espécie a medicação e o tratamento, conforme anteriormente mencionados, corresponderam aos sintomas apresentados.

É certo que, consoante lição de Marco Henry Thélin, “(...) nas obrigações de meio, que se contrapõe às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, quer por negligência, imprudência ou impe Revista Forense, vol. 303, p. 179).

Ocorre, portanto, que o ônus da prova do nexo de causalidade e da culpa, fatos constitutivos do direito pleiteado, é do autor, por força do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Incisiva é a orientação de Moacyr Amaral Santos, quando ensina que: “o autor, na inicial, alega o fato, ou fatos, em que se fundamenta o pedido (...). Tais fatos, se possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido quanto à veracidade dos mesmos. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato.” (*Comentários ao Código de Processo Civil IV*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 29)

Ora, como, *in casu*, o *onus probandi* incumbia à autora, e não tendo ela fornecido a prova destinada à formação da convicção quanto aos fatos alegados, outro não pode ser o veredicto senão a improcedência do pedido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.”

*Prima facie*, cumpre ressaltar, a situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.

A hipótese sub examine cinge-se à Responsabilidade Civil do Estado, mais especificamente, por omissão de um de seus agentes.

Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

*In casu*, as razões expedidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, não se aplica o art. 159 do Código Civil, mas o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

Com efeito, a Segunda Turma desta Corte no julgamento de hipótese análoga — responsabilidade civil do Estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos — em sede de Recurso Especial n. 433.514-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21.02.2005, decidiu, *verbis*:

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.



4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.

Com efeito, destaque-se elucidativo trecho do voto, proferido pelo Desembargador Newton Trisotto, que de forma brilhante examinou a questão posta nos autos, *litteris*:

“(…)

2.1. Conforme o art. 333 do Código de Processo Civil, ao autor cumpre provar o fato constitutivo do seu direito (inciso I). Essa regra não é absoluta; comporta exceções. Uma delas se verifica no caso *sub judice*.

O Hospital Municipal de São José, réu nesta demanda, é pessoa jurídica de direito público; na contestação, está qualificado como “autarquia municipal.” (Fl. 22)

De acordo com o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A norma constitucional encerra o princípio da responsabilidade civil objetiva, que compreende a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral (ou responsabilidade objetiva por risco).

Apoiada em lição de Hely Lopes Meirelles, observa Maria Sylvia di Pietro que “a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.” (Direito administrativo, Atlas, 1999, 118ª ed., p. 504)

Conforme Odete Medauar, “a adoção da responsabilidade objetiva do Estado levou alguns autores a cogitar de uma nebulosa distinção entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. A primeira representaria um sentido absoluto da responsabilidade da Administração, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado a suas atividades. A segunda admitiria isenção total ou parcial da responsabilidade, se fosse comprovada força maior ou participação da vítima no evento danoso. No entanto, autores que mencionaram em suas obras a teoria do risco integral, para adotá-la admite a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois em tais hipóteses deixaria de haver nexo de

causalidade ensejadora da responsabilização. Desse modo, parece inexistir diferença substancial entre o risco integral e o risco administrativo, como ensina Yussef Said Cahali (Responsabilidade civil do Estado, 2ª ed., 1995, p. 40/44).” (*Responsabilidade civil do Estado*, RT, 2001, 5ª ed., p. 431)

São defensores da teoria do risco integral, entre outros, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira e Celso Ribeiro Bastos.

A teoria do risco integral não é aceita pela maioria dos juristas. Entre eles, prevalece o entendimento de que “o fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social.” (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, Lumen Juris, 1999, 5ª ed., p. 390)

Da doutrina colaciono lições relacionadas com a matéria:

“Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexos causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização.” (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, RT, 1989, 14ª ed., p. 558)

“Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.

Segundo Hely Lopes Meirelles a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado:



culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.' (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *op. cit.*, p. 504)

“Havendo dano e nexa causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida.

Qual o fato ou ato necessário e suficiente para dar origem à responsabilidade civil do Estado? Em que condições o Estado é obrigado a indenizar?

Em primeiro lugar, cumpre recordar que o instituto da responsabilidade gira em torno do dano, conseqüente necessário de uma causa, pessoal ou material, que lhe deu origem. No fundo, em última análise, a causa é sempre o homem, porque as máquinas estão ou devem estar sob contínua vigilância do agente público.

A fonte primeira da responsabilidade civil do Estado é o agente público, que se exterioriza ou por meio de atos administrativos, ou por meio de fatos administrativos, ou, ainda, por omissões.” (José Cretella Júnior, *O Estado e a obrigação de indenizar*, Saraiva, 1980, p. 105)

Tendem os tribunais à rejeição da teoria do risco integral, conforme se observa dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e, do Superior Tribunal de Justiça cujas ementas passo a reproduzir:

*omissis*

Também neste Sodalício e nesta Câmara não prevalece a teoria do risco integral (AC ns. 2000.005899-8 e 2000.022985-7, Desembargador Francisco Oliveira Filho; AC ns. 2000.000032-9 e 1999.019677-1, Desembargador Luiz César Medeiros; AC n. 2000.018560-4, Desembargador João Martins; AC n. 2000.006132-8, Desembargador César Abreu; AC n. 1999.004117-4, Desembargador Volnei Carlin), tese que igualmente rejeito.

É certo que a obrigação dos médicos é de meio e não de resultado. Essa distinção tem relevância porquanto na obrigação de meio cumpre à vítima comprovar os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão do agente; b) culpa; c) relação de causalidade; d) dano experimentado. Naquela de resultado, esse ônus é transferido ao causador do dano. (Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, Saraiva, 1999, 30<sup>a</sup> ed., v. 4, p. 55)

2.2. No caso sub examine, sequer é necessário perquirir a respeito desse aspecto da questão. Isto porque, estabelecida a premissa de que o

Hospital São José é responsável pela reparação de danos que seus servidores ou contratados venham a causar a terceiros, compete-lhe provar que a morte de Carina Talita Voss não decorreu de ação culposa dos médicos que a atenderam: Drs. Jorge Okuda e Renato Soares.

Sendo o juiz leigo na ciência médica, não deve dispensar a prova pericial. Sobre o tema, no acórdão relativo à Apelação Cível n. 1998.008641-8, destaquei:

“O juiz é o destinatário da prova (Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1977, IV v., p. 9). Cumpre-lhe aferir a necessidade ou não da sua realização (CPC, art. 130). E tem o juiz a ‘iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de Estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes’ (REsp n. 43.467, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RSTJ n. 84/250), respeitado, evidentemente, o princípio de que todos são iguais perante a lei, por cuja observância, no processo, deve zelar. (CPC, art. 125, I)

Conforme precedente da Câmara, ‘se fatos decisivos para o deslinde da causa não se encontram suficientemente esclarecidos, ao órgão julgador é lícito converter o julgamento em diligência para que sejam inquiridas testemunhas e realizada prova pericial (RITJSC, art. 116; AC n. 1999.017688-6; REsp n. 142.174, Ministro Peçanha Martins).’ (AC n. 1998.001023-3)

Na doutrina também é posta em relevo essa dificuldade:

“Os fatos conflituosos podem ser simples ou complexos. Simples é o fato que, uma vez ocorrido, imediatamente gera conseqüências jurídicas. A morte ocasiona a sucessão hereditária. Provado o fato morte, deflagra-se o processo de inventário, sem a necessidade de perquirição da causa da morte. Complexo é o fato que, para gerar conseqüências jurídicas, é mister ver demonstrados certos elementos intrínsecos à sua ocorrência, que não são facilmente visualizáveis. Ruído o prédio, não é suficiente a prova do desabamento para que o construtor seja condenado à reparação, sendo imprescindível o exame dos motivos da queda.

Na hipótese dos fatos complexos, seu perfeito conhecimento demanda conhecimentos científicos que o juiz não está obrigado a ter, necessitando de um auxiliar com formação acadêmica na área relativa ao fato a provar,



para formara a convicção correta do fato acontecido.” (Luiz Rodrigues Wambier, Curso avançado de processo civil, RT, 1998, v. 1, p. 531)

“Tem cabimento a perícia quando a prova do fato depender de conhecimento especial, de natureza científica (Código de Processo Civil, arts. 145, 420, I, e 424, I), que não se encontra no âmbito da ciência que se espera do juiz. Vale-se, então, o juiz, de pessoas que tenham o conhecimento adequado à apuração que deve ser feita no processo, preenchendo a lacuna de sua Cultura” (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2000, v. 4, p. 198).

2.3. O conjunto probatório é constituído do prontuário médico (fls. 63/142) e das declarações prestadas pela autora (fls. 155/156), pelo Dr. Renato Soares (fls. 157/158) e pelo Dr. Clóvis Hoepener. (Fl. 164)

Penso que, se houve falha no atendimento à vítima, esta ocorreu na primeira vez em que ela retornou ao hospital.

Das declarações prestadas em juízo pelo Dr. Renato Soares, extraio os excertos que seguem:

“Que o depoente é médico pediatra do hospital requerido e foi quem atendeu a menor Carina após ter passado pelo ortopedista Jorge Ukoda e nesta oportunidade diagnosticou uma amigdalite e faringite, prescrevendo um antiinflamatório Cat Áflan e um analgésico provavelmente derivado da Dipirona. E que pelo estado da criança não entendeu necessários outros exames aconselhando que voltasse para casa. Que o depoente recebeu novamente a criança em seu consultório no dia 04.09 pela manhã e pelo exame clínico já pôde constatar que se tratava de um quadro infeccioso bastante grave. Do consultório do depoente a criança já medicada seguiu para internação e de lá para cirurgia onde se constatou a existência de infecção grave provocada pela bactéria estafilococcus, que segundo o depoente se prolifera com bastante facilidade nos quadros de artitre séptica e osteome-lite. Dali o quadro foi se agravando até o óbito.

(...) que o depoente ao diagnosticar a laringo-amigdalite na criança concluiu decorrer de processo viral, até inexistiam secreções nas amígdalas e assim não realizou exame do material que sequer era aparente nas amígdalas. Que o quadro clínico apresentado pela criança ao depoente não fazia supor a possibilidade de infecção por bactéria. Que não procedeu no momento do exame a ligação entre a inflação de amígdala com a lesão traumática no ombro da paciente. Que atualmente refletindo sobre o caso e suas conseqüências o depoente ainda entende não poderia ter reconhecido

a origem da amigdalite, diferente do que fez na oportunidade, ou seja, decorrente do processo viral, vez que sabe que a bactéria estafilococcus entrou no corpo da criança e alojou-se no local da lesão mas não pode precisar por que porta entrou.” (Fls. 157/158)

À vista dessas declarações, indago: o médico Renato Soares foi perito? Ante o quadro clínico da paciente, deveria ter requisitado exames complementares? Entre esses exames, há algum que poderia revelar o desenvolvida infecção? Dependendo do resultado desses exames, outro seria o diagnóstico ou o tratamento medicamentoso?

Só a resposta a essas indagações e outros esclarecimentos poderiam levar à segura conclusão de que o óbito de Carina Talita Voss não resultou de imperícia ou negligência dos médicos que a atenderam.

Por desconhecer a ciência médica, não tenho essas respostas, razão que me levou a votar pela conversão do julgamento em diligência para que fosse colhido parecer de perito. (Grifo nosso)

A proposta encontra respaldo no Código de Processo Civil (art. 560, parágrafo único) e no Regimento Interno desta Corte (art. 116).

2.4. Não tendo o réu produzido prova satisfatória de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, divergi da douta maioria e votei pelo provimento do recurso, adotando, ainda, os fundamentos inseridos nos pareceres do Promotor de Justiça (fls. 234/244) e do Procurador de Justiça (fls. 251/261). (Fls. 280/287)

Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: “A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)”, sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administra tivo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexu causal: também denominado nexu de causalidade entre o fato administrativo e o dano, conseqüentemente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidiendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.



Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, impõe-se ao lesado demonstrar a ocorrência do fato administrativo (diagnóstico errôneo), do dano (morte da filha da autora) e nexos causal (que a morte da criança decorreu de diagnóstico realizado por médico de hospital municipal).

Consectariamente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexos de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

Contudo, na hipótese vertente, o Hospital Municipal São José não produziu prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, consoante se infere do voto proferido pelo Desembargador Newton Trisotto (fls. 280/287), o que revela a necessidade de provimento ao recurso especial para julgar procedente a ação de indenização.

No que pertine à indenização devida a título de danos materiais, a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula n. 491, reconhece o direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos.

“Civil. Ação de indenização. Atropelamento fatal. Morte de menor. Família de baixa renda. Pensionamento devido. Período. Redução do valor para 1/3 após os 25 anos de idade da vítima. Dano moral. Razoabilidade.

I - Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor em acidente causado por coletivo da empresa ré, equivalente a 2/3 do salário mínimo dos 14 anos até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3 até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos.

II - Manutenção do valor fixado a título de danos morais, por não se verificar excesso, na espécie.

III - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (REsp n. 514.384-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 10.05.2004)

No que pertine aos danos morais, esta Corte, aplicando o princípio da razoabilidade, tem reconhecido o direito à referida indenização, nestes termos:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a

vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.

2. Razoabilidade na fixação dos danos morais em 300 (trezentos) salários-mínimos.

3. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 507.120-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.11.2003)

*Ex positis*, cumprindo a função uniformizadora desta Corte, dou provimento ao recurso especial para: a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário-mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário-mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade e b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.

É como voto.

#### VOTO-VISTA

Processual Civil. Recurso especial. Alínea **a**. Falta de indicação circunstanciada da forma pela qual teriam sido violados os dispositivos invocados. Alegação de ofensa a norma constitucional. Impossibilidade. Provimento do recurso que depende da obtenção de conclusão no sentido da existência de nexos causal entre a conduta dos médicos e o falecimento da criança, em contrário ao que restou assentado pelo acórdão *a quo*. Necessidade de revolvimento do suporte fático probatório dos autos. Súmula n. 7-STJ. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Recurso especial não conhecido.

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: 1. Trata-se de recurso especial apresentado em face do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, em ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes do falecimento menor em instituição hospitalar municipal, confirmou a sentença que julgara improcedente o pedido, alinhando as seguintes razões: a) não há nexos de causalidade entre a conduta dos médicos, que empreenderam todos os esforços possíveis a fim de preservar a vida da criança, e a evolução do quadro clínico, que culminou com seu falecimento; b) a responsabilidade dos profissionais da saúde é fundada na culpa, versando o caso em apreço sobre a modalidade de imperícia, “pois diz respeito à inobservância ou não de regra técnica”, tendo, porém, havido correspondência entre os sintomas apresentados e a medicação e o tratamento fornecidos; c) o ônus da prova do nexos de causalidade e da culpa, elementos constitutivos do direito, recai sobre a autora, que, no entanto, dele não se de-



sincumbiu (fls. 268/287). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela ora recorrente, com as considerações de fls. 297/301.

No especial (fls. 305/318), fundado na alínea **a**, a recorrente aponta violação aos arts. 37, § 6º, da CF, 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 e 4º e 5º da Lei n. 1.060/1950, aduzindo, em síntese, que a) deve ser aplicado ao caso o princípio da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público; b) não tendo havido caso fortuito ou de força maior, nem fato exclusivo da vítima ou de terceiro, impõe-se o julgamento pela procedência do pedido; c) houve omissão do acórdão recorrido na apreciação das questões suscitadas nos embargos de declaração.

O Relator, Ministro Luiz Fux, deu provimento ao recurso, em voto assim ementado:

“Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos profissionais da entidade hospitalar municipal. *Onus probandi*.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Hospital Municipal, em decorrência de falecimento de filha, menor, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).

3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.

4. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos

(dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

5. *In casu*, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, não se aplica o art. 159 do Código Civil, mas o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

6. A Segunda Turma desta Corte no julgamento de hipótese análoga — responsabilidade civil do Estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos — em sede de Recurso Especial n. 433.514-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21.02.2005, decidiu, *verbis*:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

5. Incidência de indenização por danos morais.

7. Recurso especial provido.

7. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: “A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)”, sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato



administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexos causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

8. Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, impõe-se ao lesado demonstrar a ocorrência do fato administrativo (diagnóstico errôneo), do dano (morte da filha da autora) e nexos causal (que a morte da criança decorreu de diagnóstico realizado por médico de hospital municipal).

9. Consecutivamente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexos de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

10. Deveras, na hipótese vertente, o acórdão deixou entrever que o Hospital Municipal São José não produziu prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, consoante se infere do voto de fls. 280/287, o que revela o provimento do recurso especial.

11. A indenização devida a título de danos materiais, segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula n. 491, implica no reconhecimento do direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos. Precedente do STJ: REsp n. 514.384-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 10.05.2004.

12. No que pertine aos danos morais, esta Corte, aplicando o princípio da razoabilidade, tem reconhecido o direito à referida indenização, nestes termos:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.

2. Razoabilidade na fixação dos danos morais em 300 (trezentos) salários-mínimos.

3. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 507.120-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.11.2003)

13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do salário mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.”

2. Por várias razões, não pode ser conhecido o recurso especial.

Primeiramente, quanto ao tema da responsabilidade objetiva do hospital municipal, porque invocado como violado o art. 37, § 6º, da Constituição, norma cuja interpretação é reservada ao Supremo Tribunal Federal, não se comportando no âmbito do recurso especial, destinado a promover a uniformização da aplicação da lei federal infraconstitucional.

Ainda, no entanto, que se pudesse conhecer do apelo no que se refere à questão da responsabilidade objetiva, seu provimento não poderia prescindir do revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, para que se conclua, como pretende a recorrente (fl. 312), e em sentido oposto ao que restou assentado pelo Tribunal de origem (fls. 274/276), que há nexo de causalidade entre a conduta dos profissionais que atenderam a criança e o seu falecimento.

Em segundo lugar, porque, amparado o apelo na alínea **a** do permissivo constitucional, é indispensável ao seu recebimento a indicação circunstanciada da forma pela qual teriam sido ofendidos os dispositivos de lei invocados. No caso, a recorrente simplesmente listou, ao final das razões recursais, os artigos de lei alegadamente violados, o que não basta à satisfação da referida exigência.

Finalmente, em relação à ofensa aos arts. 6º, VIII, do CDC e 4º e 5º da Lei n. 1.060/1950, porque sobre as normas aí insertas não emitiu qualquer juízo o acórdão recorrido, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, o que atrai a incidência do óbice da Súmula n. 211-STJ. Ressalte-se que a recorrente sequer indicou como malferido o art. 535 do CPC.

3. Pelas razões expostas, divirjo do Relator, para não conhecer o recurso especial. É o voto.



### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O Relator, em seu voto, dá provimento ao presente recurso especial. As razões do convencimento exposto estão retratadas em ementa do teor seguinte:

“Processual Civil. Administrativo. Violação do art. 535, I e II, do CPC. Não configurada. Responsabilidade civil objetiva. Pleito de danos materiais e morais. Morte de menor em decorrência de infecção generalizada. Atuação dos profissionais da entidade hospitalar municipal. *Onus probandi*.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de Hospital Municipal, em decorrência de falecimento de filha, menor, que diagnosticada por médico plantonista, foi encaminhada para casa, sendo certo que, dois dias após, constatou-se erro na avaliação anteriormente realizada, vindo a menor a falecer em decorrência de Infecção generalizada (Septicemia).

3. A situação descrita nos presentes autos não desafia o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. Isto porque, não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos, ante a existência de tese versada no recurso especial, consubstanciada na Responsabilidade Civil do Estado, por danos materiais e morais, decorrente do falecimento de criança ocasionado por errôneo diagnóstico.

4. Consoante cediço, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente donexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

5. *In casu*, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, não se aplica o art. 159 do Código Civil, mas o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

6. A Segunda Turma desta Corte no julgamento de hipótese análoga — responsabilidade civil do Estado decorrente de ato danoso praticado por seus prepostos — em sede de Recurso Especial n. 433.514-MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21.02.2005, decidiu, *verbis*:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado.

1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.

5. Incidência de indenização por danos morais.

6. Recurso especial provido.

7. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: “A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...)”, sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexo causal: também denominado nexos de causalidade entre o fato administrativo e o dano, consecutivamente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.



8. Assim, caracterizada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, impõe-se ao lesado demonstrar a ocorrência do fato administrativo (diagnóstico errôneo), do dano (morte da filha da autora) e nexos causal (que a morte da criança decorreu de diagnóstico realizado por médico de hospital municipal).

9. Conseqüentemente, os pressupostos da responsabilidade objetiva impõem ao Estado provar a inexistência do fato administrativo, de dano ou ausência de nexos de causalidade entre o fato e o dano, o que atenua sobremaneira o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

10. Deveras, na hipótese vertente, o acórdão deixou entrever que o Hospital Municipal São José não produziu prova satisfatória e suficiente de que o óbito da vítima não resultou de imperícia, imprudência ou negligência dos médicos que a atenderam, consoante se infere do voto de fls. 280/287, o que revela o provimento do recurso especial.

11. A indenização devida a título de danos materiais, segundo a jurisprudência desta Corte e do STF, pacificada pela Súmula n. 491, implica no reconhecimento do direito dos pais ao pensionamento devido pela morte de filho menor, independentemente de este exercer ou não atividade laborativa, quando se trate de família de baixa renda, como na hipótese dos autos. Precedente do STJ: REsp n. 514.384-CE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 10.05.2004.

12. No que pertine aos danos morais, esta Corte, aplicando o princípio da razoabilidade, tem reconhecido o direito à referida indenização, nestes termos:

“Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais e materiais. Indenização.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda de filho menor, com pensão integral até a data em que a vítima completaria 24 anos e, a partir daí, pensão reduzida em 2/3, até a idade provável da vítima, 65 anos.

2. Razoabilidade na fixação dos danos morais em 300 (trezentos) salários-mínimos.

3. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 507.120-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10.11.2003)

13. Recurso especial provido para a) determinar que a pensão mensal seja paga desde o falecimento da vítima, à razão de 2/3 do

salário-mínimo, até a data em que completaria 25 anos de idade; a partir daí, à base de 1/3 do salário-mínimo, até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; b) fixar a indenização por danos morais em 300 salários-mínimos. Invertidos os ônus de sucumbência.”

Examinei os autos. A prova é certa na configuração de que a menor, filha da recorrente, após ser atendida por médico plantonista, foi encaminhada para casa, vindo, após dois dias, a falecer em decorrência de infecção generalizada.

Dramático é o relato da petição inicial. Ei-lo (fls. 2/3):

“1. No dia 1<sup>a</sup>.09.1995, por volta das 10:00 horas, a menor Carina Talita Voss, filha da autora, com oito anos de idade, conforme certidão de nascimento inclusa, foi levada ao “Pronto Socorro” do réu para ser medicada de uma contusão sofrida no ombro esquerdo, motivada por uma queda de bicicleta. Às 13:30 horas, mais ou menos, foi atendida pelo médico plantonista, Dr. Jorge Okuda, o qual, após tomar as providências de praxe, liberou-a sem maiores delongas;

2. Ocorre que no dia seguinte (02.09.1995), face o agravamento de seu estado de saúde, foi a menor novamente levada ao P.S. do réu, onde foi atendida somente às 23:00 horas, muito embora lá tenha chegado por volta das 19:00 horas, suplicando por atendimento de emergência, principalmente porque apresentava paralisia dos membros superior e inferior direitos.

O médico plantonista, Dr. Renato Soares, que atendeu, sem realizar outros exames complementares à radiografia já realizada, a despeito da menor estar passando mal, limitou-se a repetir o medicamento prescrito anteriormente, conforme se vê dos receituários inclusos, liberando-a, enfim, sem outras recomendações médicas;

3. A menor embora ingerindo religiosamente o medicamento prescrito, não apresentou nenhuma melhora, tendo, inclusive, piorado durante os períodos diurno e noturno do dia seguinte (03.09.1995).

Novamente, no dia 04.09.1995, por volta das 10:00 horas, foi a menor levada ao P.S. do réu, oportunidade em que foi internada por determinação do Dr. Renato Soares, a fim de serem realizados os devidos exames médicos, os quais, pelo que se tem notícia, foram efetivados somente após às 18:00 horas daquele dia. Pouco tempo depois, por volta das 20:00 horas, os familiares da menor foram cientificados pelo médico designado para o caso, que ela fora transferida para a U.T.I., face o seu estado de saúde ser gravíssimo. Comunicou ainda, o referido médico, que naquela mesma noite



a menor seria operada, mas que ele nada poderia garantir sobre o êxito da cirurgia, uma vez que os rins dela já haviam “parado”, e seu estado de saúde era periclitante.

Mais tarde, o dito médico retornou comunicando que efetivamente havia realizado a cirurgia e que constatara infecção generalizada no corpo da criança, sendo por esse motivo, mínima a possibilidade de sua sobrevivência. Disse ele também, que a menor foi operada tarde demais e, se sobrevivesse, ficaria com seqüelas irreparáveis para o resto da vida;

4. Então, a menor, após longo período em estado de “coma”, veio a falecer no dia 09.09.1995, conforme certidão de óbito inclusa.”

A contestação revela que a paciente, quando apresentou-se ao hospital, foi atendida por um ortopedista, tendo sido, imediatamente, liberada para voltar à sua residência.

Eis o relato da contestação (fls. 42/44):

“Conforme se infere da própria inicial, a menor Carina Talita Voss, deu entrada no estabelecimento hospitalar do Requerido, via Pronto-Socorro, no dia 1º.09.1995, às 11:57 horas e não conforme consta da inicial (por volta das 10:00 horas).

Naquela oportunidade, foi atendida corretamente pelo médico Dr. Jorge Okuda, ortopedista, tendo sido liberada para a residência, conforme Bau n. 319.030.

Na data de 02.09.1995, sábado, às 20:26 horas, retornou ao Pronto Socorro e não às 19:00 como cita a inicial, com sintomas de dor no local da contusão — região deltóide — vômitos e febre, tudo na conformidade do que consta no Bau n. 319.547, quando foi atendida pelo médico cirurgião, Dr. Jorge Murata, o qual examinou a paciente e solicitou radiografias de tórax e do ombro, nada constatando de anormal nos exames. (laudos anexos)

Todavia, por existirem referências à febre, vômitos, a criança foi encaminhada ao Dr. Renato Soares, médico pediatra de plantão, o qual por sua vez, constatou sinais sugestivos de faringe-amigdalite e prescreveu de acordo com esta suposição diagnóstica, receitando analgésico e antiinflamatório.

Vale ressaltar, que em nenhum momento, conforme consta do Boletim de Atendimento e na Memória dos Médicos, constatou-se a presença de paralisia dos membros superior e inferior direito.

Em 04.09.1995, às 10:55 horas, a menor retornou e foi atendida, em seqüência, pelos médicos José Vicente Bertazo, pediatra, Argemiro Boehm, ortopedista, Mauro Marquiotti, ortopedista e depois, por Renato Soares, pediatra de plantão no período das 13:00 às 16:00 horas, conforme se pode constatar pelo Bau n. 320.044 e Escalas de Plantão da Ortopedia e da Pediatria do mês de set./1995, anexos.

Foram então realizadas radiografias do ombro e úmero, a pedido do ortopedista Argemiro Boehm. Em ato contínuo, tendo sido constatada a gravidade da situação, o médico Renato Soares, do mesmo modo como o Dr. Mauro Marquiotti e supondo-se a presença de uma septicemia, solicitaram uma bateria de exames indicados para o caso e a urgente internação, o que ocorreu até às 16:00 horas do dia antes citado.

A internação foi registrada às 16:25 (ficha de internação, anexa).

As radiografias de art. escápulo-umeral e do braço mostram “aumento do volume de partes moles e estrutura óssea preservada”, conforme laudo, anexo ao prontuário.

A radiografia de tórax realizada no mesmo dia, mostra infiltrado heterogêneo nas bases pulmonares.

Foram realizados exames de líquido, glicose, uréia, creatinina, sódio e potássio e uma gasometria arterial, esta última realizada às 19:55 horas.

O exame de líquido é realizado por médico. Os exames dos rins, conforme consta no prontuário (laudo laboratorial) apresentaram-se normais.

A paciente, foi então internada na UTI.

A cirurgia realizada, foi uma drenagem de abscesso de ombro e de cotovelo. Este procedimento cirúrgico foi realizado pelo plantonista noturno da ortopedia, Dr. Hamilton Ribas Júnior, tendo tido início às 21:30 horas e término às 23:00 horas, conforme relato cirúrgico.

Nestes casos é procedimento correto, necessário seja realizado no tempo possível, após a constatação do problema, aproximadamente 6 horas, considerando-se a existência de vaga no centro cirúrgico e de cirurgia liberado para o ato, o que efetivamente ocorreu.

Em 05.09 a menor apresentou sinais clínicos e radiológicos de pneumonia bilateral, a qual evoluiu para um empiema pulmonar esquerdo. O empiema pulmonar foi drenado cirurgicamente em 06.07.1995, conforme se vê no relatório de operação no prontuário. Outro empiema, desta vez à direita, foi drenado em 08.07.1995.



Merece ainda ser destacado, que desde o dia 04.07, a menor recebeu antibióticoterapia, com medicamentos reservados para situações especiais e graves, habitualmente resolutivos (A Ceftriaxina e a Vancocina). No dia 05.07 foi realizada associação das drogas com a amicocina, antibiótico extremamente eficaz.

Às 18:00 horas, ainda do dia 04.07, foi realizada uma punção do ombro a qual encontrou apenas sangue, do hematoma já identificado clínica e radiologicamente.

Foi enviada amostra para cultura, visando identificar a bactéria causadora da possível infecção local.

A cirurgia realizada na mesma noite, já citada, é que identificou a infecção óssea, em cotovelo e em ombro.

Já na UTI, em 04.07, tendo sido constatado torpor, insuficiência respiratória severa e quadro de choque infeccioso, foram obtidas amostras de sangue para culturas e realizados todos os esforços para a recuperação da menor.

Estabeleceram-se os diagnósticos de Septicemia, complicada com Síndrome de Angústia Respiratória Aguda (Sara).

As culturas todas revelaram ausência de crescimento bacteriano exceto a cultura do abscesso pleural no dia 08.07, o qual mostrou a bactéria *Pseudomonas*, germe habitualmente ligado a situação envolvendo pacientes imunodeprimidos, em UTI, a qual deve ser secundária.

Na data de 09.07.1995, a doença evoluiu e a criança veio a falecer.”

O panorama dos autos deixa claro o que está afirmado à fl. 146:

“O réu confessa que a menor, por ocasião do atendimento do dia 02.09.1995 apresentava sintomas de dor no local da contusão, vômitos e febre, fazendo com que o médico que a atendeu solicitasse radiografias do tórax e do ombro, e também que a menor fosse encaminhada ao Dr. Renato Soares, o qual, por sua vez, limitou-se a prescrever, por suposição diagnóstica, analgésico e antiinflamatório aos sugestivos sinais de faringe-amigdalite.

Destarte, verifica-se que a causa preponderante dos sintomas de dor no local da contusão, vômitos e febre não foi pesquisada através dos exames laboratoriais que deveriam ter sido realizados de imediato, mormente porque a menor apresentava antecedente mórbido. Daí porque, face esta omissão, a presença de paralisia dos membros superior e inferior direitos não foi registrada no Boletim de Atendimento, em anexo às razões contestatórias em espanque.

Com o fito de poupar precioso tempo, há que se diga que os reclamos da autora referem-se ao tratamento médico dispensado à menor, antes de seu internamento, ou seja, antes da cirurgia realizada no dia 04.09.1995, às 21:30 horas.

Ressalte-se que se a bateria de exames indicados para o caso e a urgente internação da menor se efetivassem em tempo hábil (02.09.1995), certamente ela seria salva da morte.”

Houve, como demonstrado, precipitação do diagnóstico primitivo e na devolução da paciente à sua residência. Exigia, em face do quadro que a doente apresentava, uma investigação mais aprofundada para afastar dúvidas sobre a enfermidade.

Diante desse quadro, impõe-se o voto do Relator pelos seus próprios fundamentos.

Assim posto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 710.990-SC (2004/0178234-1)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Companhia Industrial H. Carlos Schneider

Advogados: Marcos Leandro Pereira e outros

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Luiz Fernando Jucá e outros

Recorridos: Os Mesmos

**EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Matéria de índole constitucional. Isenção. PIS e Cofins. Produtos destinados à Zona Franca de Manaus e à Amazônia Ocidental.

1. O Recurso Especial não é sede adequada ao exame de matéria de índole constitucional.

2. Inexistindo pleito de repetição/compensação mostra-se imperitante a alegação de prescrição para o ajuizamento da demanda.



3. O art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e o art. 40 do ADCT “preserva a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas exportações ao estrangeiro”. Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: “O conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.”

4. O art. 5º da Lei n. 7.714/1988, com a redação dada pela Lei n. 9.004/1995, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/1991 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

5. Havendo equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à Cofins e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ: REsp n. 677.209-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28.02.2005; REsp n. 223.405-MT, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 1º.09.2003; REsp n. 144.785-PR, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.12.2002.

6. Recurso Especial de Cia Industrial H. Carlos Schneider não conhecido. Recurso Especial da Fazenda Nacional desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial da Cia Industrial H. Carlos Schneider e negar provimento ao da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, em uma parte da sessão, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 4 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJ 28.04.2006

Republicado 08.06.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Os presentes autos albergam dois Recursos Especiais, interpostos em face de acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

“Zona Franca de Manaus. Decreto-Lei n. 288/1967. PIS/Cofins. Isenção. Revogação. Inconstitucionalidade. MP n. 2.037-25/00. Amazônia ocidental. Decreto-Lei n. 356/1968.

1. Nos moldes do art. 40 do ADCT, a Zona Franca de Manaus é área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, até 2013.

2. O Decreto-Lei n. 288/1967, a Lei n. 7.714/1988, a LC n. 70/1991 e a LC n. 84/1996 garantiram que as vendas de mercadorias para a ZFM estavam isentas do recolhimento do PIS e da Cofins, tendo em vista que tais operações eram equiparadas à exportação.

3. O inciso I do § 2º do art. 14 da MP n. 2.037-24/2000 revogou a isenção (inicialmente MP n. 1.858/1999).

4. Tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF, em julgamento liminar na ADIn n. 2.348-9, restando suspensa a expressão “a Zona Franca de Manaus”.

5. Concedida medida cautelar em ação direta, os efeitos pendentes perante os tribunais inferiores deverão ou ser suspensos até a decisão definitiva do STF ou ser julgados, neste caso sem aplicação da norma cuja vigência esta suspensa, conforme INAMS n. 95.04.00514-4-PR.

6. Em que pese o Decreto Lei n. 356/1968, em seu art. 1º tenha estendido à Amazônia Ocidental os mesmos benefícios conferidos à ZFM, ditos privilégios não foram observados pelo Constituinte Originário que, no art. 40 do ADCT, somente garantiu a manutenção dos incentivos fiscais à ZFM, razão pela qual tem-se que o Decreto-Lei n. 356/1968 não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, assim, quanto à Amazônia Ocidental, remanesce hígida a disposição contida no art. 14, § 2º da MP n. 2.037-25/2000.”



Recorre a Fazenda Nacional aduzindo violação aos arts. 535 do CPC, 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932, 14 da MP n. 2.037/2000, 5º da Lei n. 7.714/1988, e 111 do Código Tributário Nacional. Preliminarmente assevera a ocorrência de prescrição para o ajuizamento da demanda repetitória. No mérito, insurge-se contra o reconhecimento da isenção outorgada pelo v. aresto recorrido.

Por seu turno, insurge-se Cia Industrial H. Carlos Schneider contra a parte do aresto regional que entendeu pela não-extensão do benefício isencional às receitas decorrentes de vendas realizadas para a Amazônia Ocidental. Aduz violação ao art. 1º do Decreto-Lei n. 356/1968.

Oferecidas contra-razões, ambos os recursos foram admitidos em juízo prévio de admissibilidade.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Primeiramente cumpre analisar a irrisignação de Cia Industrial H. Carlos Schneider. Em suas razões recursais pugna pela extensão do benefício isencional, relativamente ao PIS e à Cofins, sobre as vendas realizadas para a Amazônia Ocidental. Argumenta, em síntese, que o Decreto-Lei n. 288/1967, ao criar a Zona Franca de Manaus, equiparou a venda de mercadorias de origem nacional para o consumo ou industrialização naquela área, a uma exportação para o estrangeiro. Posteriormente, o Decreto-Lei n. 356/1968 estendeu à Amazônia Ocidental os benefícios concedidos à Zona Franca de Manaus pelo Decreto-Lei n. 288/1967. Assevera que ambos os dispositivos legais foram recepcionados pelo art. 40 do ADCT.

O egrégio Tribunal *a quo* dirimiu a questão nos seguintes termos:

“Em que pese o Decreto-Lei n. 356/1968, em seu art. 1º tenha estendido à Amazônia Ocidental os mesmos benefícios conferidos à ZFM, ditos privilégios não foram observados pelo Constituinte Originário que, no art. 40 do ADCT, somente garantiu a manutenção dos incentivos fiscais à ZFM, razão pela qual tem-se que o Decreto-Lei n. 356/1968 não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, assim, quanto à Amazônia Ocidental, remanesce hígida a disposição contida no art. 14, § 2º da MP n. 2.037-25/2000.”

Ao externar esse entendimento, segundo o qual o Decreto-Lei n. 356/1968 não foi recepcionado pelo art. 40 do ADCT, o aresto ora recorrido dirimiu a questão sob prisma constitucional, circunstância que afasta a competência desta colenda Corte Superior para analisar a matéria controversa.

Passo ao exame do inconformismo da Fazenda Nacional.

No que pertine à prescrição da presente ação, verifica-se tratar-se de Mandado de Segurança, cujo escopo é tão-somente afastar a cobrança das referidas contribuições sobre as operações desenvolvidas pela Impetrante. Não há pleito de repetição ou compensação de indébito, razão pela qual mostra-se impertinente a alegação da Fazenda Nacional quanto à prescrição para o ajuizamento da presente demanda.

Cinge-se a controvérsia posta nos presentes autos à possibilidade de efetuar-se a exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores provenientes de vendas efetuadas a estabelecimentos situados na Zona Franca de Manaus.

Consoante se depreende do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e do art. 40 do ADCT, o legislador entendeu pela prorrogação da Zona Franca de Manaus como beneficiária de favores fiscais. Assim é que, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro.

Sob essa ótica, forçoso convir que o art. 5º da Lei n. 7.714/1988, com a redação dada pela Lei n. 9.004/1995, bem como o art. 7º da Lei Complementar 70/1991 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

Consequentemente, engendrando a equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se inequívoca a isenção relativa à Cofins e ao PIS quanto à mercadoria destinada àquela região.

Frise-se que as duas Turmas que compõem a Seção de Direito Público adotam referido entendimento acerca da questão ora em apreço:

“Processual Civil e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Isenção. PIS e Cofins. Produtos destinados à Zona Franca de Manaus.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967 e o art. 40 do ADCT “preserva a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, estendendo às exportações destinadas a estabelecimentos situados naquela região os benefícios fiscais presentes nas exportações ao estrangeiro”.



Consectariamente, para efeitos fiscais, a exportação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus equivale a uma exportação de produto brasileiro para o estrangeiro. Sob esse enfoque, é assente nas Turmas de Direito Público que: “O conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.”

3. O art. 5º da Lei n. 7.714/1988, com a redação dada pela Lei n. 9.004/1995, bem como o art. 7º da Lei Complementar n. 70/1991 autorizam a exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins respectivamente, dos valores referentes às receitas oriundas de exportação de produtos nacionais para o estrangeiro.

4. Havendo equiparação dos produtos destinados à Zona Franca de Manaus com aqueles exportados para o exterior, infere-se que a isenção relativa à Cofins e ao PIS é extensiva à mercadoria destinada à Zona Franca. Precedentes do STJ. (REsp n. 223.405-MT, DJ 01.09.2003, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; REsp n. 144.785-PR, DJ 16.12.2002, Relator Ministro Paulo Medina)

5. O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI n. 2348-9, suspendeu a eficácia da expressão “na Zona Franca de Manaus”, contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP n. 2.037-24, de 23.11.2000, que revogou a isenção relativa à Cofins e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na Zona Franca de Manaus.

6. Assim, considerando o caráter vinculante da decisão liminar proferida pelo egrégio STF, e, ainda, que a referida ação direta de inconstitucionalidade esteja pendente de julgamento final, restam afastados, no caso concreto, os dispositivos da MP n. 2.037-24 que tiveram sua eficácia normativa suspensa.

7. Recurso Especial desprovido.” (REsp n. 677.209-SC, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 28.02.2005)

“Tributário. Cofins. Zona Franca de Manaus. Isenção.

Por força do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, a isenção da Cofins, assegurada pelo art. 7º da LC n. 70/1991 estende-se às exportações para a Zona Franca de Manaus.” (REsp n. 223.405-MT, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 1º.09.2003)

“Tributário. Cofins. Zona Franca de Manaus. Isenção. Inteligência do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967.

O conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, foi o de atribuir às operações da Zona Franca de Manaus, quanto a todos os tributos que direta ou indiretamente atingem exportações de mercadorias nacionais para essa região, regime igual ao que se aplica nos casos de exportações brasileiras para o exterior.

A isenção da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins, concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 à exportação de mercadorias, é também aplicável às operações relativas à Zona Franca de Manaus.

Precedentes.

Recurso especial provido.” (REsp n. 144.785-PR, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.12.2002)

Com essas considerações, não conheço do Recurso Especial interposto por Cia Industrial H. Carlos Schneider, e nego provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 758.383-PR (2005/0096676-8)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Gilberto e Villela e outros

Recorrido: Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas

Advogados: Antônio Carlos Garcia de Souza e outros

#### **EMENTA**

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória fundada em violação à Constituição. Juízo de mérito. Cabimento de recurso extraordinário.

1. O acórdão que, julgando o mérito de ação rescisória, afirma a existência ou a inexistência de violação à Constituição, está sujeito a controle por recurso extraordinário (CF, art. 102, III, **a**), e não por



recurso especial. É que, em tal caso, a possível ofensa à norma infraconstitucional (CF, art. 105, III, **a**) relativa aos pressupostos da ação (art. 485, V, do CPC), seria apenas indireta e reflexa, sempre subordinada ao juízo primário e principal a respeito do próprio fundamento do pedido, que é o de violação a preceito normativo constitucional. Afirmar que o controle jurisdicional, na instância extraordinária, deve ficar limitado aos pressupostos da ação rescisória (normas infraconstitucionais), não alcançando os seus fundamentos (violação à Constituição), significaria transferir do STF para o STJ a palavra definitiva sobre a questão constitucional objeto da demanda.

2. Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 3 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJ 17.05.2007

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proferido em ação rescisória proposta com base no art. 485, V do CPC e sob o fundamento de ofensa a literal disposição do art. 150, § 6º da Constituição. Objetivou a demandante rescindir julgado que reconheceu o direito ao creditamento do IPI decorrente da aquisição de insumos ou matérias-primas isentas. O aresto atacado julgou improcedente o pedido e está assim ementado:

“Ação rescisória. Violação a literal dispositivo de lei. Improcedência.

A violação a dispositivo de lei suficiente a ensejar a rescisão do julgado deve se revelar frontalmente contrária a ordem jurídica. Não se revelando, no caso dos autos, a afronta nos termos ensejadores da rescisão, impõe-se a improcedência da ação.” (Fl. 584)

Nas razões do recurso especial (fls. 587/601), fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa ao art. 485, V, do CPC, uma vez que “a decisão recorrida (...) mantém intacto acórdão que reconheceu um crédito inexistente e que jamais poderia ter sido legitimado pelo art. 150, § 6º, da Constituição ou afirmado como decorrência do princípio da não cumulatividade (art. 153, § 3º, II). (Fl. 591)

Em contra-razões (fls. 604/609), a recorrida pugna pelo não-conhecimento do recurso ante o argumento de que o dispositivo legal invocado não possui comando capaz de infirmar o acórdão recorrido. No mérito, postula a manutenção do julgado.

Observo que a recorrente interpôs também recurso extraordinário, alegando ofensa ao art. 150, § 6º da CF (fls. 594/601), que foi admitido na origem. (Fls. 622)

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Põe-se a exame a importante questão relacionada com o modo adequado de acesso às instâncias extraordinárias nos casos de ação rescisória em que se alega ofensa à Constituição. Como se sabe, é cabível ação rescisória, entre outras hipóteses, quando a sentença transitada em julgado tenha violado “literal disposição de lei” (art. 485, V, do CPC), considerando-se lei, para esse efeito, qualquer norma jurídica, inclusive, portanto, a norma constitucional. Relativamente às normas infraconstitucionais, entende-se como violação literal a que se mostrar de modo evidente, flagrante, manifesto, não se compreendendo como tal a interpretação razoável, embora não a melhor. Por isso mesmo, quando a norma tida por violada for de interpretação controvertida nos tribunais, considera-se interpretação razoável a que adota uma das correntes da divergência, caso em que não será cabível a ação rescisória. (Súmula n. 343-STF)

Todavia, em se tratando de ação rescisória fundada em violação a normas constitucionais, não se admite a doutrina da interpretação razoável, mas apenas a da melhor interpretação, razão pela qual não se aplica à hipótese o enunciado da Súmula n. 343-STF. Leva-se em conta, para tanto, o princípio da supremacia da Constituição e a indispensabilidade da aplicação uniforme de suas normas, o que impõe seja admitida ação rescisória mesmo quando a questão constitucional é controvertida nos tribunais. Ademais, sendo o STF o órgão com a precípua função de guardar a Constituição, é dele que provém, para efeitos institucionais,



a melhor interpretação dos seus preceitos. Nesse contexto, é indispensável para a preservação do sistema e, especialmente, do papel nele exercido pela Corte Suprema, que se assegure regular acesso ao STF nomeadamente por recurso extraordinário, contra acórdãos que julgam o mérito de ação rescisória em matéria constitucional. Não se justifica, sob esse aspecto, o entendimento hoje predominante, segundo o qual, mesmo quando o acórdão que julga a rescisória afirme ou negue a existência de violação à Constituição, o recurso cabível é o recurso especial (e não o extraordinário), porque deve abordar os pressupostos da ação (ou seja, negativa de vigência ao art. 485, V, do CPC), e não os próprios fundamentos da demanda (ou seja, a violação a preceitos constitucionais).

Realmente, ainda na vigência do antigo regime constitucional, já se afirmava como “jurisprudência assente no Pretório Excelso que o recurso extraordinário, interposto em ação rescisória, deve dirigir-se aos pressupostos desta e não aos fundamentos da sentença rescindenda (RE 79.576 — RTJ 70/495; RE 34.322 — RTJ 35/212; RE 54.454 e Ag n. 41.536 — RTJ 44/133)”. Isso significa dizer que, em rescisória, o recurso à instância extraordinária envolveria, invariável e necessariamente, matéria infraconstitucional (os pressupostos da ação rescisória), jamais matéria constitucional, mesmo quando nela se questione sobre a existência ou não de violação à Constituição. “Se a norma constitucional foi ou não violada, decide-o soberanamente o órgão julgador da rescisória, em apreciação insuscetível de controle pelo Supremo Tribunal Federal”, afirmou-se em doutrina, enfaticamente, como resultado dessa orientação (Moreira, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*, Revista do Tribunal Federal de Recursos, 145:122). O mesmo entendimento é reiterado nos seus “Comentários ao Código de Processo Civil” (7ª ed., Forense, 1998, vol. V):

“Os pressupostos do recurso especial e os do extraordinário, como os dos embargos infringentes, devem compor-se em relação ao acórdão proferido na rescisória, não em relação à sentença rescindenda, pois é aquele, e não esta, que se estará impugnando. Suponhamos, v.g., que o pedido de rescisão se haja fundado na suposta violação de certa norma constitucional (art. 485, V), mas que o Tribunal, no iudicium rescindens, não reconhecendo na decisão rescindenda o vício alegado, julgue improcedente o pedido. Ainda que lá, na verdade, houvesse ocorrido a ofensa à Constituição, o autor da rescisória em vão recorrerá extraordinariamente com base no art. 102, III, letra **a**, da Carta da República: o erro do Tribunal na solução da questão não torna o seu acórdão ofensivo à norma constitucional. Haveria violação, não do texto da Lei Maior, mas do próprio art. 485, V, se o Tribunal, reconhecendo embora o vício de sentença anterior, contudo rejeitasse

o pedido de rescisão: aí, satisfeitos os demais pressupostos, o acórdão seria impugnável por meio de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letra **a**". (p. 213/214)

Se tal entendimento — fundado, como se vê, em fontes jurisprudenciais e doutrinárias das mais abalizadas — não produzia maior consequência no regime constitucional anterior, quando o Supremo era a instância extraordinária competente também para recursos por ofensa à lei — o que lhe permitia, ainda que por via transversa ou indireta, exercer o controle da matéria constitucional — ele, atualmente, tem resultado incompatível com o sistema: impede o Supremo Tribunal Federal de manifestar-se sobre a matéria constitucional debatida como tema central nas ações rescisórias. É que o atendimento ou não dos pressupostos da rescisória, previstos no ordenamento infraconstitucional (art. 485 do CPC), ensejaria, apenas, recurso especial fundado no art. 105, III, **a**, da Constituição. Mesmo em matéria constitucional, seria o STJ, portanto, o Tribunal que, a pretexto de fazer juízo sobre a aplicação do inciso V do art. 485 do CPC, decidiria sobre a configuração ou não, na hipótese, de violação literal de preceito constitucional. Em outras palavras, afirmada a tese de que o recurso deve dirigir seu foco aos pressupostos da ação, e jamais aos fundamentos adotados no julgado rescindendo, a consequência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal de Justiça, e não do Supremo Tribunal Federal, a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição. A única e rara exceção seria a de rescisória de competência originária do próprio STF. Nesse contexto, seriam imunes ao controle da Corte Suprema até mesmo as decisões do STJ e de qualquer outro Tribunal que, em rescisória, negassem ou afirmassem ter havido violação da Carta Magna por parte da sentença manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal guardião da Constituição.

Para obviar consequências assim tão desajustadas do sistema, é indispensável que se revise a orientação hoje predominante, passando-se a admitir recurso extraordinário sobre a matéria constitucional tratada no julgado rescindendo. Poder-se-á objetar que isso transformaria a rescisória em meio ordinário de revisão dos julgados, a ensejar a tardia interposição de recurso extraordinário que não foi utilizado na época própria. A essa objeção pode-se responder que não é a admissibilidade ou não do recurso extraordinário que opera esse fenômeno. Na verdade, o que transforma a rescisória em mecanismo comum de revisão é a não-fixação de barreiras ao cabimento da ação, de que é exemplo a negativa de aplicação da Súmula n. 343-STF. Admitida livremente a ação, como se admite em matéria constitucional, debatida e julgada a existência ou não da violação à Constituição, nada mais natural e indispensável que se admita também o



controle dessa matéria pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de injustificável comprometimento de sua função de guardião da Carta Magna.

Isso fica mais evidente nos casos de procedência da ação rescisória, quando, rescindida a sentença (*iudicium rescindens*), o Tribunal local julgar novamente a causa (*iudicium rescissorium*), dando à relação jurídica questionada uma outra solução constitucional. Não se poderia, em caso assim, retirar da parte interessada — antes vencedora e agora vencida — o acesso ao Supremo Tribunal Federal — de que antes não necessitava, mas de que agora necessita. Com razão, no particular, Pontes de Miranda:

“[Quando] a decisão rescindente põe solução necessariamente diferente da que se deu na ação a que corresponde a sentença rescindenda, (...) é irrecusável que se pode interpor recurso extraordinário, sempre que se lhe comparam pressupostos”, de modo que o recurso cabe não apenas “se há violação dos pressupostos da ação rescisória”, mas também “se no *decisum* do *iudicium rescissorium* se compõe alguma das espécies do art. 119, III, da Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, estranha ou não às proposições do *decisum* na sentença rescindenda” (Miranda, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VI, RJ, Forense, 1974, p. 442/445. No mesmo sentido, “Tratado da Ação Rescisória”, 5ª ed., RJ, Forense, p. 550/552)

Essa orientação, abrindo a oportunidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, é a única que pode dar sentido à irrestrita admissibilidade de ação rescisória envolvendo matéria constitucional controvertida nos Tribunais, especialmente quando a Suprema Corte não tem precedente a respeito da matéria debatida, ou quando seus precedente não forem seguidos pelo acórdão recorrido. Se tal acesso for negado, a decisão que o Tribunal local dará na rescisória muito pouco ou nada terá contribuído para extirpar a controvérsia jurisprudencial e para dar a todos os destinatários da Constituição o tratamento igualitário requerido por elementar senso de justiça.

Daí a conclusão imperativa em face do sistema: o acórdão que, julgando o mérito de ação rescisória, afirma a existência ou a inexistência de violação à Constituição, está sujeito a controle por recurso extraordinário (CF, art. 102, III, a), e não por recurso especial. É que, em tal caso, a possível ofensa à norma infraconstitucional (CF, art. 105, III, a) relativa aos pressupostos da ação (art. 485, V, do CPC), seria apenas indireta e reflexa, sempre subordinada ao juízo primário e principal a respeito do próprio fundamento do pedido de rescisão, que é o de violação a preceito normativo constitucional.

3. Nessa linha de entendimento, não pode ser conhecido o presente recurso especial, que alegada ofensa ao art. 485, V, do CPC. O Tribunal de origem conheceu a ação rescisória e apreciou o seu mérito, afirmando:

“Portanto, não há como viabilizar juízo de procedência da presente ação, visto não ter representado contundente e frontal violação ao art. 150, § 6º, da CF/1988, aos princípios constitucionais elencados, bem como ao art. 166 do CTN. É que o fundamento legal sustentado na presente ação tem por dimensão o erro flagrante ao dispositivo de lei invocado, não servindo a rescisória, manejada sob o argumento da violação a dispositivo de lei, para reiterar razões próprias de recurso. (...) Frente ao exposto, julgo improcedente a rescisória.” (Fl. 581)

A recorrente, para demonstrar o cabimento do recurso especial, asseverou o seguinte:

“A decisão recorrida contraria o art. 485, V, do CPC, uma vez que mantém intacto acórdão que reconheceu um crédito inexistente e que jamais poderia ter sido legitimado pelo art. 150, § 6º, da Constituição ou afirmado como decorrência do princípio da não cumulatividade (art. 153, § 3º, II).” (Fl. 591)

Bem se vê, portanto, que o debate central, a respeito do qual se pede a manifestação do STJ, é o da violação ao dispositivo constitucional. Apenas secundária e indiretamente é que se apresenta a pretensa violação à norma do Código de Processo Civil. O recurso adequado para o caso é, portanto, o extraordinário (que, aliás, também foi interposto), e não o especial.

A corte especial do STJ tem precedente que representa um passo importante na linha do entendimento aqui defendido. Ao julgar o REsp n. 476.665 (Ministro Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005), e alterar a sua orientação tradicional, a Corte considerou cabível o recurso especial que, ao invés dar por violado o dispositivo sobre os pressupostos da ação rescisória, invocou dispositivo de lei federal que disciplina o próprio fundamento da demanda. Eis a ementa do acórdão:

“Direito Processual Civil. Ação rescisória. Recurso especial. Fundamentos do acórdão recorrido.

I - Quando existir violação de literal disposição de lei e o julgador, mesmo assim, não acolher a pretensão deduzida na ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil, o acórdão estará contrariando aquele mesmo dispositivo ou a ele negando vigência, com o que dará ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea **a** do permissivo constitucional.



II - Se terceiro que adquire bem a respeito de cujo litígio não há o registro exigido pelo art. 167 da Lei n. 6.015/1973 pode ser alcançado pela coisa julgada, deve ser citado como litisconsorte passivo necessário.

III - Recurso conhecido e provido para se julgar procedente o pedido da ação rescisória”.

Tratava-se, é certo, de ação rescisória por ofensa a literal disposição de norma infraconstitucional, mas a orientação tem pertinência à hipótese aqui tratada. Afinal, se é admissível ataque aos fundamentos da ação rescisória por recurso especial (quando eles dizem respeito a matéria prevista em norma infraconstitucional), há de se admitir, por igual razão, o cabimento de recurso extraordinário quando os fundamentos da rescisória dizem respeito a violação da Constituição.

2. Pelo exposto, não conheço o recurso especial.

É o voto.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro José Delgado: A União Federal, em sede de Ação Rescisória, pretende desconstituir acórdão proferido na AMS n. 1998.04.01.070231-6, que reconheceu não ser devido pela empresa Spaipa S/A Indústria Brasileira de Bebidas, os valores tributários apurados nos autos, por haver se apropriado do crédito de IPI isento e relativo à aquisição de “concentrado”, matéria prima isenta a fornecedor situado na Zona Franca de Manaus.

O acórdão recorrido julgou improcedente o pedido rescisório sob o fundamento central de que “a violação de dispositivo de lei suficiente a ensejar a rescisão do julgado deve se revelar frontalmente contrária à ordem jurídica”, pelo que “não se relevando, no caso dos autos, a afronta nos termos ensejadores da rescisão, impõe-se a procedência da ação”.

A Fazenda Nacional, por via do presente recurso especial, pretende reformar a supra- mencionada decisão, por entender que violou o art. 485, V, do CPC, ao reconhecer um crédito inexistente e que jamais poderia ter sido legitimado pelo art. 156, § 6º, da CF, além de ser impossível a sua legitimação por força do contido no art. 153, § 3º, II, da CF (princípio da não-cumulatividade).

O Ministro Teori Zavascki, Relator, não conheceu o recurso especial, no que foi acompanhado pela eminente Ministra Denise Arruda.

Examinei os autos. Convencido estou de que, como afirmaram os votos antes prolatados, não merece ser conhecido o presente recurso especial.

Com razão a parte recorrida ao afirmar (fls. 606/609):

“Do não-cabimento deste recurso especial por ofensa do art. 485, V, do CPC

2.1. No julgamento do Recurso Especial (REsp) n. 464.244-AL, de que foi Relator o Ministro Felix Fischer, a Quinta Turma desse egrégio STJ decidiu que não há ofensa ao art. 485, V, do CPC se o acórdão recorrido conhece da ação rescisória e julga-a improcedente; confira-se:

“Administrativo. Recurso especial. Embargos declaratórios. Omissão. Rejeição. Nulidade. Art. 535 do CPC. Ofensa ao art. 485 do CPC. Inocorrência.

1 - A rejeição dos embargos declaratórios não acarreta ofensa ao art. 535 do CPC se não havia omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

II - Não prospera a alegação de ofensa ao art. 485 do CPC — por inobservância do enunciado n. 514-STF —, porquanto o v. acórdão hostilizado em nenhum momento afirmou ser incabível a ação rescisória, tanto que a ação foi conhecida, porém, no mérito, julgada improcedente com fundamento no princípio isonômico.

Recurso não conhecido.” (Diário da Justiça — DJ 12.04.2003)

2.2. De fato, o art. 485, V, do CPC dispõe sobre hipótese de cabimento de ação rescisória e somente pode ser ofendido por acórdão que entenda ser a ação rescisória incabível.

2.3. Nesse sentido, a recorrente pediu que este recurso especial fosse provido para que o acórdão recorrido admita e julgue novamente a sua ação rescisória:

“Em face do exposto a Fazenda Nacional requer o provimento do presente recurso especial para que seja reformada a decisão recorrida, admitindo-se a rescisão do acórdão — nos termos do art. 485, V, do CPC — e realizado novo julgamento pela aplicação do art. 150, § 6º e 153, 3º, incisos I e II, ambos da Constituição de 1988.”

2.4. Ocorre que, no caso, o acórdão rescindendo entendeu que a AR da ora recorrente era cabível admitindo-a e, após o exame do mérito, concluiu pela sua procedência; transcreva-se o trecho pertinente do voto proferido pelo eminente Desembargador Federal Relator do acórdão recorrido:

“A admissão da ação rescisória com fundamento em violação de norma constitucional restou pacificada nesta Corte quando do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Ação Rescisória n. 199804010608208-RS, Relator o Desembargador Federal José Luiz Borges Germano, publicado no DJU 29.03.2000, que restou assim ementado:



“Incidente de uniformização de jurisprudência. Ação rescisória. Súmula n. 343-STF. Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade.

1. A Súmula n. 343-STF não incide em tema constitucional, na linha do que vêm entendendo as Cortes Superiores. Precedentes das três Seções deste Regional, do STJ e do STF.

2. Incidente conhecido e julgado procedente, no sentido de editar-se Súmula com a seguinte redação:

Não é aplicável a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional.”

*Portanto, cabível a Ação Rescisória, por se tratar de controvérsia fundada em questão constitucional.*

Do juízo rescindendo

*Superado o exame da admissibilidade da espécie processual, passo à análise das apontadas violações.*

Frente ao exposto, julgo improcedente a ação rescisória.” (Grifos da recorrida)

2.5. Em suma, no caso, é incontroverso que o acórdão recorrido admitiu a ação rescisória da ora recorrente por entendê-la cabível, mas, neste recurso especial, a recorrente adota fundamento e pedido como se o acórdão tivesse julgado incabível a AR.

6. Vê-se, pois, que este recurso especial, em que se alega ofensa ao art. 485, V, do CPC, não deve ser admitido.”

Isso posto, acompanhando o Relator e o voto já proferido, não conheço, também, do presente recurso.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 839.519-MA (2006/0082587-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Márcia Henriques Ribeiro de Oliveira e outros

Recorrido: Itajubara S/A — Açúcar e Alcool

Advogados: Norma Suely Silva e outros

**EMENTA**

Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Isenção fiscal. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR). Restrição. Benefício legal. Ofensa princípio hierarquia das leis. Ilegalidade.

1. Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Álcool contra a Fazenda Nacional, objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989. A questão dos autos cinge-se sobre a “possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados”. O douto magistrado de 1º grau julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/Autora, determinando a anulação dos autos de infração por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Concluiu, ainda, que: a) competiria à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, “limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa”; e b) “primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria” o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de “estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional”. Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação e o Tribunal de origem, por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o “Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito”. Recurso especial interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa



de vigência dos seguintes dispositivos legais: art. 355, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980, art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e art. 111 do CTN. Apresentadas contra-razões pugnano pela manutenção do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações do recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

2. O art. 111 do CTN não foi prequestionado na instância de origem, não havendo sido lançados a debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração houve pronunciamento a seu respeito, hipótese que atrai a incidência das Súmulas ns. 211-STJ e 282-STF.

3. O Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR), ao restringir o alcance do Decreto-Lei n. 1.346/1974, fixou vedação não-prevista pelo diploma legal especial, consubstanciada no impedimento de efetuar-se qualquer ajuste do valor acrescido a título de reavaliação. Deste modo, ao criar restrição que só poderia ter sido veiculada por ato normatizador, e não por norma de natureza regulamentadora, o Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) feriu, frontalmente, o princípio da hierarquia das normas, afinal tal consideração só poderia ter sido veiculada por outro ato normatizador, mas jamais por decreto que tenha mera função de regulamentar.

4. Recurso conhecido parcialmente, e nesta parte, não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista), Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão (RISTJ, art. 162, § 2º, primeira parte). Ausente, ocasionalmente, nesta assentada, o Sr. Ministro José Delgado, Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento)

Ministro José Delgado, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Em exame recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, contra o seguinte acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 147):

“Tributário. Ação anulatória de lançamento fiscal. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975 e Decreto n. 85.450/1980 (RIR/1980). Regulamento. Invasão de competência material prevista na lei regulamentada. Impossibilidade.

1. O § 4º do art. 355 do Decreto n. 85.450/1980 restringiu o alcance do disposto no art. 7º, § 3º do Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, dispositivo a ser aplicado em face do princípio de que norma superior prevalece sobre norma inferior, além do que está caracterizada invasão de competência atribuída ao legislador ordinário.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

Opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional, o Tribunal de origem assim decidiu (fl. 157):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Honorários de advogado quando vencida a Fazenda Pública. Equitatividade.

1. Consoante disposto no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios só podem ser opostos quanto houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.

2. Omissão, para fins de embargos de declaração, importa na falta de manifestação do julgado sobre pontos a respeito dos quais era fundamental o pronunciamento do julgador.

3. É certo que a remessa oficial implica no reexame de toda a matéria tratada nos autos, contudo, se o Relator do acórdão decide por manter a sentença monocrática, ele não está obrigado a explicar ponto por ponto, mas apenas a fundamentar a sua decisão.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Alcool contra a Fazenda Nacional objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989.



O douto magistrado de 1º grau (fls. 101/104) julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/autora determinando a anulação dos autos de infração. Primeiro, por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Frisou que a questão dos autos cinge-se sobre a “possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados”.

Destarte, concluiu: a) compete à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, proceder à “limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa”; e b) pela “primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria”, o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de “estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional”.

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação (fls. 107/112) e o Tribunal de origem (fls. 231/236), por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal prevista pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; e b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o “Juízo *a quo* não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito”.

Opostos embargos de declaração pela Fazenda (fls. 150/152) sustentando que: a) o aresto embargado olvidou-se de aplicar o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (fixação equitativa da verba honorária no caso da Fazenda Pública restar vencida); b) entende a União haver excesso na condenação a ser suportada pela “própria coletividade que o Estado Representa”; e c) a jurisprudência desta Corte admite a oposição de embargos, com efeitos infringentes, visando a redução da verba honorária. A Corte Regional, por unanimidade, rejeitou-os (fls. 154/157), nos termos da ementa antes transcrita.

Recurso especial (fls. 161/182) interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos legais:

*Do Decreto-Lei n. 1.346/1974:*

“Art. 7º. Eventuais prejuízos ocorridos na alienação ou baixa dos bens reavaliados na forma do art. 1º não serão dedutíveis do lucro tributável, podendo as empresas compensá-los com o resultado das correções monetárias compulsórias posteriores.

§ 2º Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de trata este Decreto-Lei corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderão exceder o valor reavaliado aprovado pelo Cofie.”

*Do Código Tributário Nacional:*

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

II - outorga de isenção”

*Do Decreto n. 85.450/1980 (RIR):*

“Art. 355. Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação”

Defende, em suma, que:

a) o art. 355 do Decreto-Lei n. 85.450/1980 apenas regulamentou, e não restringiu, os benefícios concedidos pelo art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974;

b) o Decreto-Lei n. 1.346/1974 não previu expressamente a possibilidade de reavaliar bens já totalmente depreciados, ou seja, houve a extensão e aplicação indevida ao caso concreto;

c) o acórdão recorrido ao conceder isenção fiscal não-prevista em lei violou o art. 111 do Código Tributário Nacional.

Apresentadas contra-razões às fls. 189/192 pugnando pela manutenção do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações da recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

Juízo de admissibilidade positivo à fl. 194, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O recurso examinado merece ser parcialmente conhecido pela alínea invocada.



Inicialmente, verifica-se que o art. 111 do Código Tributário Nacional não foi prequestionado na instância de origem, não havendo sido lançados a debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração houve pronunciamento a seu respeito, hipótese que atrai a incidência da Súmula n. 211-STJ.

Assim, tendo em vista o disposto nos Verbetes Sumulares ns. 282-STF e 211-STJ, deixo de conhecer do presente recurso quanto à alegação de violação do dispositivo retromencionado do Código Tributário Nacional.

Não obstante o atendimento dos demais pressupostos para conhecimento do apelo extremo, observo que este não reúne condições de prosperar.

A controvérsia dos autos gravita em torno de se determinar se o decreto regulamentar (Decreto-Lei n. 85.450/1980 — RIR) extrapolou ou não de sua função precípua ao fixar no § 4º do art. 335 que “Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação”, ou seja, criou-se situação (vedação) não-prevista pelo artigo do Decreto-Lei n. 1.346/1974.

Com efeito, a partir de proposta do Cofie (Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas), o Decreto-Lei n. 1.346/1974 estabeleceu benefício de isenção fiscal de Imposto de Renda sobre pessoa jurídica, com a finalidade de estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional, consoante teor do arts. 1º e 7º:

“Art. 1º “As pessoas jurídicas, para fins de fusão, incorporação ou outras formas de combinação ou associação de empresas, consideradas de interesse para a economia nacional, poderão reavaliar os bens integrantes do ativo imobilizado acima dos limites de correção monetária, até o valor de mercado, independentemente do recolhimento do Imposto de Renda incidente sobre o acréscimo de valor, decorrente da reavaliação, observado o que estabelece este decreto-lei.”

“Art. 7º *omissis*

§ 2º “Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie.”

Em conformidade com a legislação citada, após realizar a reavaliação de seus bens, a Empresa pode efetuar a depreciação sobre tais valores, não obstante anterior depreciação. Assim, pode-se inferir que houve apenas a expressa ressalva

acerca do fato de que “montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie”, cabendo a depreciação e a amortização na forma anual dos valores contabilizados, posteriormente à reavaliação dos bens.

Por outro lado, o Decreto-Lei n. 85.450/1980, em seu art. 335, § 4º, assim determina:

“Art. 335. *Omissis*

§ 4º “Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação”

Cinge-se do conteúdo do decreto citado, a existência de alteração quanto à sistemática de depreciação ou amortização. Restou indene que o retrocitado decreto restringiu o alcance do Decreto-Lei n. 1.346/1974 ao fixar como vedação não-prevista pelo diploma legal especial, consubstanciada no impedimento de efetuar-se qualquer ajuste do valor acrescido à título de reavaliação. E por outro lado, autorizou, apenas, a depreciação ou amortização quanto ao valor original dos bens do ativo imobilizado.

O Decreto-Lei n. 85.450/1980, que tem função regulamentadora, não poderia em nenhum momento restringir direito instituído pela norma fixadora de benefício fiscal, *in casu*, o Decreto-Lei n. 1.346/1974, em virtude de sua natureza hierarquicamente inferior. Ao fazê-lo, caracterizou-se afronta ao princípio da hierarquia das leis, visto que dita alteração só poderia ter sido veiculada por outro ato normatizador.

A propósito do tema, transcrevo trecho do voto condutor da Apelação Cível (fls. 144/145), de lavra do ilustre Juiz Desembargador Wilson Alves de Souza, *verbis*:

“O Decreto-Lei n. 1.346/1974 autorizou a que a empresa, após realizar a reavaliação de seus bens, pudesse efetuar a depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados.

Eis a íntegra da norma:

“Art. 7º *omissis*

§ 2º Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie.”



O Decreto n. 85.450/1980 (Regulamento do Imposto de Renda), no entanto, restringiu o alcance da supracitada norma impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, sendo seu enunciado do seguinte teor, *in verbis*:

“Art. 335. *Omissis*

§ 4º Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação.”

O Regulamento, por ser norma hierarquicamente inferior, não poderia restringir direito à contabilização de depreciação tolhendo a eficácia do decreto-lei em questão. É dizer, extrapolou a norma inferior os limites de sua abrangência, uma vez que houve na espécie invasão da competência material atribuída ao Decreto-Lei n. 1.346/1974.

Por isso mesmo, não houve violação ao art. 109, do Código Tributário Nacional, vez que o Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da Teoria geral do direito”

Nesse sentido, perfilha a jurisprudência do TRF da 5ª Região:

“Ementa:tributário. Ação anulatória de lançamento fiscal. Isenção do Imposto de Renda. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975.

1. O Decreto n. 75.247/7, como norma de hierarquia inferior, não poderia inovar o Decreto-Lei n. 1.346/1974, restringindo o direito à isenção fiscal quando atendidas determinadas condições neste elencadas.

2. remessa improvida.” (REOAC n. 78.805-CE, Remessa *ex officio* na apelação cível, Relator Juiz Manoel Erherd, TRF, 5ª Região, Terceira Turma, data do julgamento, 27.11.1997)

Isto posto, nego provimento à apelação e a remessa oficial.

É o voto.”

Na oportunidade, observo que esta Corte, ao tratar questão análoga, adotou idêntico posicionamento, conforme notícia o teor da emenda do REsp n. 204.368-CE, de Relatoria do Ministro Castro Meira, publicado no Diário da Justiça de 13.03.2006:

“Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Isenção. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975. Inovação. Ilegalidade.

1. Com o fito de incentivar a fusão, a incorporação ou outra forma de associação ou combinação de empresas, consideradas de interesse da economia nacional, segundo proposta da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas-Cofie, o Decreto-Lei n. 1.346/1974 estabeleceu benefício fiscal na forma de isenção de Imposto de Renda sobre a reavaliação de bens do ativo imobilizado. Expressamente permitia que “para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigido monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderão exceder valor reavaliado aprovado pela Cofie”.

2. Por ser dotado de hierarquia inferior e de função estritamente regulamentar, não poderia o Decreto n. 75.247/1975 inovar a sistemática encartada no Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo o cálculo das quotas anuais de depreciação e amortização sobre a parcela acrescida após a reavaliação dos bens do ativo imobilizado.

3. Recurso especial improvido.”

Por tais razões conheço parcialmente do recurso, e nesta parte, nego-lhe provimento.

É como voto.

#### VOTO-VISTA

Recurso especial. Tributário. Imposto de renda. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Isenção fiscal. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR). Restrição. Benefício legal. Ofensa princípio hierarquia das leis. Ilegalidade.

1. O Decreto-Lei n. 1.346/1974, objetivando incentivar a fusão, a incorporação ou outra forma de associação ou combinação de empresas, consideradas de interesse da economia nacional, segundo proposta da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas-Cofie, estabeleceu benefício fiscal na forma de isenção de Imposto de Renda sobre a reavaliação de bens do ativo imobilizado, por isso que expressamente permitiu que para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderiam ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação autorizada por este diploma legal, corrigido monetariamente nos termos da legislação em vigor, sendo certo que o montante acumulado dos encargos não poderia exceder valor reavaliado aprovado pela Cofie.



2. O Decreto, por ser dotado de hierarquia inferior e função estritamente regulamentar, não poderia inovar a sistemática encartada no Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo o cálculo das quotas anuais de depreciação e amortização sobre a parcela acrescida após a reavaliação dos bens do ativo imobilizado.

3. *In casu*, consoante restou consignado no v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 144/145):

“O Decreto-Lei n. 1.346/1974 autorizou a que a empresa, após realizar a reavaliação de seus bens, pudesse efetuar a depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados.

Eis a íntegra da norma:

“Art. 7<sup>o</sup> *omissis*

§ 2<sup>o</sup> Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie.”

O Decreto n. 85.450/1980 (Regulamento do Imposto de Renda), no entanto, restringiu o alcance da supracitada norma impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, sendo seu enunciado do seguinte teor, *in verbis*:

“Art. 335 *omissis*

§ 4<sup>o</sup> Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação.”

4. É cediço que “o Regulamento, por ser norma hierarquicamente inferior, não poderia restringir direito à contabilização de depreciação tolhendo a eficácia do decreto-lei em questão. É dizer, extrapolou a norma inferior os limites de sua abrangência, uma vez que houve na espécie invasão da competência material atribuída ao Decreto-Lei n. 1.346/1974. Por isso mesmo, não houve violação ao art. 109, do Código Tributário Nacional, vez que o Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da Teoria geral do direito”.

5. O egrégio STJ tem assentado que:

Tributário. Instrução normativa/SRF n. 25/1999. Lei n. 9.718/1998. Benefício fiscal previsto no Decreto-Lei n. 1.598/1977. Custo orçado. Imposição de restrição não prevista na lei. Afronta ao princípio da legalidade.

1. A Lei n. 8.981/1995 impunha o regime de tributação com base no “lucro real” às pessoas jurídicas que se dedicavam à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil (art. 36, inciso IV).

2. O Decreto-Lei n. 1.598/1977, ao tratar de venda contratada antes da conclusão de empreendimento imobiliário, facultava o cômputo, no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos que o contribuinte estivesse contratualmente obrigado a realizar.

3. Ao contribuinte, exercente da aludida benesse legal, atribuiu-se o dever de manter, à disposição da fiscalização ou dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, demonstração analítica, por empreendimento, dos valores computados como custo orçado de cada unidade vendida, bem como dos efeitos da atualização monetária e de alterações nas especificações do orçamento. (Instrução Normativa SRF n. 84/1979)

4. Com a edição da Lei n. 9.718/1998, restaram desobrigadas do regime de apuração com base no lucro real, podendo optar pelo lucro presumido, as pessoas jurídicas dedicadas à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil, como decorrência lógica do fato de não constarem do rol elencado no art. 14, da citada norma legal.

5. Ocorre que a Instrução Normativa SRF n. 25/1999 impôs-lhes condição não prevista no referido diploma legal, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado.

6. Mister ressaltar que, no ano-base de 1998, em se tratando de empresa construtora e incorporadora de imóvel, inexistia opção de regime de apuração do Imposto de Renda pelo lucro presumido, constituindo o lucro real a sistemática a ser, obrigatoriamente, adotada (Lei n. 8.981/1995). Contudo, a obra, cujo custo orçado foi computado para apuração do lucro daquele ano, espalhou-se até o



exercício financeiro seguinte, ano-base de 1999, quando aplicável a Lei n. 9.718/1998 que permitia a opção do contribuinte pelo lucro presumido, forma de tributação simplificada que não obriga a manutenção de escrituração contábil regular (dispensa da escrituração do Livro Diário, exigindo-se apenas o Livro Caixa).

7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados “regulamentos autônomos”, vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal.

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/1988, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

9. Consoante a melhor doutrina, “é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002)

10. Aplicação analógica do entendimento assentado nos precedentes desta Corte: REsp n. 584.798-PE, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 06.12.2004; REsp n. 491.304-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 18.08.2003; e REsp n. 443.910-PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 19.12.2002, no sentido de que “admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados ‘regulamentos autônomos’, vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal”.

11. A ilegalidade da aludida instrução normativa afastar-se-ia caso a imposição por ela engendrada representasse tão-somente o dever de registro, em escrituração contábil, dos valores referentes aos custos orçados até a conclusão do empreendimento, a fim de viabilizar o acompanhamento e controle de eventual lucro objeto da tributação diferida, não limitando o direito de utilização do regime do lucro presumido pelo contribuinte, que, na sua essência, representa a base de cálculo sujeita ao princípio da legalidade.

12. Recurso especial provido.” (REsp n. 665.880-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.03.2006)

6. Recurso Especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido, acompanhando o eminente Relator.

O Sr. Ministro Luiz Fux: Consoante exposto pelo eminente Relator:

Em exame recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, contra o seguinte acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 147):

“Tributário. Ação anulatória de lançamento fiscal. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto n. 75.247/1975 e Decreto n. 85.450/1980 (RIR/1980). Regulamento. Invasão de competência material prevista na lei regulamentada. Impossibilidade.

1. O § 4º do art. 355 do Decreto n. 85.450/1980 restringiu o alcance do disposto no art. 7º, § 3º do Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, dispositivo a ser aplicado em face do princípio de que norma superior prevalece sobre norma inferior, além do que está caracterizada invasão de competência atribuída ao legislador ordinário.

2. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

Opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional, o Tribunal de origem assim decidiu (fl. 157):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Honorários de advogado quando vencida a Fazenda Pública. Equitatividade.

1. Consoante disposto no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios só podem ser opostos quanto houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão.



2. Omissão, para fins de embargos de declaração, importa na falta de manifestação do julgado sobre pontos a respeito dos quais era fundamental o pronunciamento do julgador.

3. É certo que a remessa oficial implica no reexame de toda a matéria tratada nos autos, contudo, se o Relator do acórdão decide por manter a sentença monocrática, ele não está obrigado a explicar ponto por ponto, mas apenas a fundamentar a sua decisão.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Alcool contra a Fazenda Nacional objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989.

O douto magistrado de 1ª grau (fls. 101/104) julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/autora determinando a anulação dos autos de infração. Primeiro, por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Frisou que a questão dos autos cinge-se sobre a “possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados”.

Destarte, concluiu: a) compete à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, proceder à “limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa”; e b) pela “primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria”, o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de “estimular as fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional”.

Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação (fls. 107/112) e o Tribunal de origem (fls. 231/236), por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal prevista pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; e b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o “Juízo *a quo*

não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito”.

Opostos embargos de declaração pela Fazenda (fls. 150/152) sustentando que: a) o arresto embargado olvidou-se de aplicar o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (fixação equitativa da verba honorária no caso da Fazenda Pública restar vencida); b) entende a União haver excesso na condenação a ser suportada pela “própria coletividade que o Estado Representa”; e c) a jurisprudência desta Corte admite a oposição de embargos, com efeitos infringentes, visando a redução da verba honorária. A Corte Regional, por unanimidade, rejeitou-os (fls. 154/157), nos termos da ementa antes transcrita.

Recurso especial (fls. 161/182) interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos legais:

*Do Decreto-Lei n. 1.346/1974:*

“Art. 7. Eventuais prejuízos ocorridos na alienação ou baixa dos bens reavaliados na forma do art. 1º não serão dedutíveis do lucro tributável, podendo as empresas compensá-los com o resultado das correções monetárias compulsórias posteriores.

§ 2º - Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de trata este Decreto-Lei corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderão exceder o valor reavaliado aprovado pelo Cofie.”

*Do Código Tributário Nacional:*

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

II - outorga de isenção”

*Do Decreto n. 85.450/1980 (RIR):*

“Art. 355. Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação”

Defende, em suma, que:

a) o art. 355 do Decreto-Lei n. 85.450/1980 apenas regulamentou, e não restringiu, os benefícios concedidos pelo art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974;



b) o Decreto-Lei n. 1.346/1974 não previu expressamente a possibilidade de reavaliar bens já totalmente depreciados, ou seja, houve a extensão e aplicação indevida ao caso concreto;

c) o acórdão recorrido ao conceder isenção fiscal não-prevista em lei violou o art. 111 do Código Tributário Nacional.

Apresentadas contra-razões às fls. 189/192 pugnando pela manutenção do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações da recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

Juízo de admissibilidade positivo à fl. 194, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Em seu voto, o eminente Relator assenta:

Tributário. Recurso especial. Imposto de renda. Isenção fiscal. Incentivo às fusões e incorporações de empresas. Decreto-Lei n. 1.346/1974. Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR). Restrição. Benefício legal. Ofensa princípio hierarquia das leis. Ilegalidade.

1. Tratam os autos de ação anulatória de lançamento de débito fiscal ajuizada pela empresa Itajubara S/A Açúcar e Álcool contra a Fazenda Nacional, objetivando a desconstituição dos autos de infração decorrentes de violação ao Decreto n. 85.450/1980 em Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica sobre os exercícios financeiros de 1987 a 1989. A questão dos autos cinge-se sobre a “possibilidade de a empresa, uma vez procedida à reavaliação de seus bens, efetuar a incidência de depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados”. O douto magistrado de 1º grau julgou procedente o pedido veiculado pela Empresa/Autora, determinando a anulação dos autos de infração por concluir que o disposto no art. 38 da Lei n. 6.830/1980 não tem o alcance pretendido, visto que o depósito do valor prévio da dívida não constitui pressuposto para a propositura da ação anulatória. Concluiu, ainda, que: a) competiria à Comissão de Fusão de Incorporação de Empresas (Cofie) assegurar a utilização do tratamento excepcional previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974, ou seja, “limitação do regulamento (ato administrativo) para criar condições e restrições não previstas no ato legislativo que o embasa”; e b) “primazia da lei especial sobre as disposições gerais vigentes acerca da matéria” o que condiciona a interpretação do disposto no art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e do art. 335, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) à finalidade mor que é a de “estimular as

fusões e incorporações de empresas consideradas de interesse para a economia nacional”. Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs apelação e o Tribunal de origem, por unanimidade, negou-lhe provimento por entender que: a) norma hierarquicamente inferior, *in casu* o decreto-regulamentador, não poderia restringir direito à isenção fiscal previsto pelo Decreto-Lei n. 1.346/1974 por caracterizar invasão da competência material; b) inexistência de violação do art. 109 do Código Tributário Nacional, visto que o “Juízo a quo não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da teoria geral do direito”. Recurso especial interposto pela Fazenda Nacional apontando negativa de vigência dos seguintes dispositivos legais: art. 355, § 4º, do Decreto-Lei n. 85.450/1980, art. 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.346/1974 e art. 111 do CTN. Apresentadas contra-razões pugnando pela manutenção do aresto combatido, diante da falta de razoabilidade das alegações do recorrente. Sustenta que o acórdão recorrido reconheceu, de forma precisa, a prevalência da lei sobre o Decreto baixado pelo Poder Executivo.

2. O art. 111 do CTN não foi prequestionado na instância de origem, não havendo sido lançados a debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração ouve pronunciamento a seu respeito, hipótese que atrai a incidência das Súmulas ns. 211-STJ e 282-STF.

3. O Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR), ao restringir o alcance do Decreto-Lei n. 1.346/1974, fixou vedação não-prevista pelo diploma legal especial, consubstanciada no impedimento de efetuar-se qualquer ajuste do valor acrescido a título de reavaliação. Deste modo, ao criar restrição que só poderia ter sido veiculada por ato normatizador, e não por norma de natureza regulamentadora, o Decreto-Lei n. 85.450/1980 (RIR) feriu, frontalmente, o princípio da hierarquia das normas, afinal tal consideração só poderia ter sido veiculada por outro ato normatizador, mas jamais por decreto que tenha mera função de regulamentar.

4. Recurso conhecido parcialmente, e nesta parte, não provido.

Assiste razão ao eminente Relator, visto porque o Decreto-Lei n. 1.346/1974, objetivando incentivar a fusão, a incorporação ou outra forma de associação ou combinação de empresas, consideradas de interesse da economia nacional, segundo proposta da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas-Cofie, estabeleceu benefício fiscal na forma de isenção de Imposto de Renda sobre a reavaliação de bens do ativo imobilizado, por isso que expressamente permitiu que para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderiam ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação autorizada



por este diploma legal, corrigido monetariamente nos termos da legislação em vigor, sendo certo que o montante acumulado dos encargos não poderia exceder valor reavaliado aprovado pela Cofie.

O Decreto, por ser dotado de hierarquia inferior e função estritamente regulamentar, não poderia inovar a sistemática encartada no Decreto-Lei n. 1.346/1974, impedindo o cálculo das quotas anuais de depreciação e amortização sobre a parcela acrescida após a reavaliação dos bens do ativo imobilizado.

*In casu*, consoante restou consignado no v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 144/145):

“O Decreto-Lei n. 1346/1974 autorizou a que a empresa, após realizar a reavaliação de seus bens, pudesse efetuar a depreciação sobre tal montante, mesmo que, anteriormente, aqueles já se encontrassem integralmente depreciados.

Eis a íntegra da norma:

“Art. 7<sup>o</sup> *omissis*

§ 2<sup>o</sup> Para efeitos fiscais, as cotas anuais de depreciação e amortização poderão ser calculadas com base nos valores contabilizados depois da reavaliação de que trata este decreto-lei, corrigidos monetariamente nos termos da legislação em vigor, e o montante acumulado dos encargos não poderá exceder o valor reavaliado aprovado pela Cofie.”

O Decreto n. 85.450/1980 (Regulamento do Imposto de Renda), no entanto, restringiu o alcance da supracitada norma impedindo qualquer depreciação ou amortização sobre a parcela acrescida a título de reavaliação, sendo seu enunciado do seguinte teor, *in verbis*:

“Art. 335. *omissis*

§ 4<sup>o</sup> Depreciado ou amortizado totalmente o valor original dos bens, não mais será admitida qualquer depreciação ou amortização sobre a parte acrescida a título de reavaliação.”

É cediço que “o Regulamento, por ser norma hierarquicamente inferior, não poderia restringir direito à contabilização de depreciação tolhendo a eficácia do decreto-lei em questão. É dizer, extrapolou a norma inferior os limites de sua abrangência, uma vez que houve na espécie invasão da competência material atribuída ao Decreto-Lei n. 1.346/1974. Por isso mesmo, não houve violação ao art. 109, do Código Tributário Nacional, vez que o Juízo *a quo* não se afastou dos princípios gerais do direito tributário ao aplicar princípios maiores da Teoria geral do direito”.

O egrégio STJ tem assentado que:

Tributário. Instrução Normativa SRF n. 25/1999. Lei n. 9.718/1998. Benefício fiscal previsto no Decreto-Lei n. 1.598/1977. Custo orçado. Imposição de restrição não prevista na lei. Afronta ao princípio da legalidade.

1. A Lei n. 8.981/1995 impunha o regime de tributação com base no “lucro real” às pessoas jurídicas que se dedicavam à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil (art. 36, inciso IV).

2. O Decreto-Lei n. 1.598/1977, ao tratar de venda contratada antes da conclusão de empreendimento imobiliário, facultava o cômputo, no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos que o contribuinte estivesse contratualmente obrigado a realizar.

3. Ao contribuinte, exercente da aludida benesse legal, atribuiu-se o dever de manter, à disposição da fiscalização ou dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, demonstração analítica, por empreendimento, dos valores computados como custo orçado de cada unidade vendida, bem como dos efeitos da atualização monetária e de alterações nas especificações do orçamento. (Instrução Normativa SRF n. 84/1979)

4. Com a edição da Lei n. 9.718/1998, restaram desobrigadas do regime de apuração com base no lucro real, podendo optar pelo lucro presumido, as pessoas jurídicas dedicadas à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil, como decorrência lógica do fato de não constarem do rol elencado no art. 14, da citada norma legal.

5. Ocorre que a Instrução Normativa SRF n. 25/1999 impôs-lhes condição não prevista no referido diploma legal, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado.

6. Mister ressaltar que, no ano-base de 1998, em se tratando de empresa construtora e incorporadora de imóvel, inexistia opção de regime de apuração do Imposto de Renda pelo lucro presumido, constituindo o lucro real a sistemática a ser, obrigatoriamente, adotada (Lei n. 8.981/1995). Contudo, a obra, cujo custo orçado foi computado para apuração do lucro daquele ano, espalhou-se até o exercício financeiro seguinte, ano-base de 1999, quando aplicável a Lei n. 9.718/1998 que permitia a opção do



contribuinte pelo lucro presumido, forma de tributação simplificada que não obriga a manutenção de escrituração contábil regular (dispensa da escrituração do Livro Diário, exigindo-se apenas o Livro Caixa).

7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados “regulamentos autônomos”, vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal.

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/1988, arts. 5º, II, 37, *caput*, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

9. Consoante a melhor doutrina, “é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.” (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002)

10. Aplicação analógica do entendimento assentado nos precedentes desta Corte: REsp n. 584.798-PE, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 06.12.2004; REsp n. 491.304-PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 18.08.2003; e REsp n. 443.910-PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJ 19.12.2002, no sentido de que “admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados ‘regulamentos autônomos’, vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal”.

11. A ilegalidade da aludida instrução normativa afastar-se-ia caso a imposição por ela engendrada representasse tão-somente o dever de

registro, em escrituração contábil, dos valores referentes aos custos orçados até a conclusão do empreendimento, a fim de viabilizar o acompanhamento e controle de eventual lucro objeto da tributação diferida, não limitando o direito de utilização do regime do lucro presumido pelo contribuinte, que, na sua essência, representa a base de cálculo sujeita ao princípio da legalidade.

12. Recurso especial provido.” (REsp n. 665.880-RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.03.2006)

Com essas considerações, conheço parcialmente do recurso especial, e nesta parte, nego-lhe provimento, acompanhando o eminente Relator.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 839.935-MT (2006/0080341-5)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Estado de Mato Grosso

Procuradores: Nelson Pereira dos Santos e outros

Recorrido: Rodar Pneus Ltda

Advogado: Alexandre do Couto Souza

#### **EMENTA**

Processo Civil e Tributário. Recurso especial. Mandado de segurança. ICMS. Demanda reservada de potência. “Seguro-apagão”. Equívoco. Inépcia da inicial. Não-ocorrência.

1. Tratam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Rodar Pneus Ltda contra ato do Secretário de Estado de Fazenda e do Presidente da Cemat. A exordial requer: a) a concessão de Medida Liminar determinando-se às autoridades impetradas que se abstenham de cobrar ICMS incidente sobre a “demanda reservada de potência”; b) a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos indébitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS; c) após a manifestação do MPE seja concedida a ordem, no termos da liminar pleiteada, pedindo em definitivo a concessão da segurança. Decisão preliminar indeferiu



a liminar pleiteada, deferindo, entretanto, o pleito de autorização para depósito judicial do valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre o “seguro-apagão”. Foi decidido pelo acórdão que: a) “Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido”; b) afastou a ilegitimidade ativa considerando “o impetrante efetivo contribuinte do ICMS e a ilegitimidade passiva em razão da concessionária exercer função delegada pelo Poder Público”. O Estado de Mato Grosso aponta para fundamento de seu recurso que: a) a recorrida discorre fundamentação da causa de pedir no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o “seguro-apagão” e o pedido é de que se abstenham a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência da consumidora da impetrante; b) houve cerceamento de defesa, no caso, decorrente de que não se sabe se a defesa deve ser dirigida ao fundamento articulado na inicial; c) a petição é inepta, por não atender aos pressupostos processuais. Contra-razões limitando-se a apresentar as mesmas razões da inicial.

2. A matéria controvertida é pertinente à fundamentação da causa de pedir no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o “seguro-apagão”, sendo o pedido formulado de que se abstenham, a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência da consumidora da impetrante.

3. É possível constatar da inicial um equívoco por parte do advogado, que numa primeira análise poderíamos de um fecho pela inépcia da inicial. No entanto, percebe-se que apenas estão registrados os encargos referentes ao “seguro-apagão”, motivo que leva a acreditar que o patrono a articular o pedido esqueceu-se de substituir um termo pelo outro, já que ambos possuem o mesmo fundamento no que se refere à ocorrência ou não de fato gerador.

4. O Código de Processo Civil, em seu art. 285, I, combinado com o seu parágrafo único, só considera inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si.

5. Recurso especial não-provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 5 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

DJ 26.10.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de recurso especial (fls. 263/272) fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto pelo Estado de Mato Grosso em face de acórdão proferido, à unanimidade, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim ementado (fl. 248):

“Mandado de segurança individual. ICMS. Incidência sobre o encargo de capacidade emergencial. Inépcia da inicial. Mera ausência de substituição de terminologia. Preliminar rejeitada. Legitimidade ativa *ad causam*. Efetivo pagamento do imposto. Preliminar rejeitada. Alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária. Insubsistência face o exercício de função delegada pelo poder público. Preliminar rejeitada. Mérito. Fato gerador. Inocorrência. Ilegalidade da cobrança. Declaração do direito à compensação ou à repetição do indébito. (Súmula n. 213-STJ).

Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido.

Afastadas a ilegitimidade ativa quando o impetrante é efetivo contribuinte do ICMS e a ilegitimidade passiva em razão da concessionária exercer função delegada pelo Poder Público.

O fato gerador do ICMS apenas se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor, operação final a que se refere à legislação, e o encargo de capacidade emergencial (seguro apagão) em nada altera essa situação fática face a não transferência de energia elétrica, pois é essa operação final



que mensura a quantidade de energia elétrica realmente gasta e sobre a qual deve incidir tal tributo. Presente a ilegalidade do ato, há que se declarar o direito à compensação ou a repetição do indébito, consoante a Súmula n. 213-STJ”.

Embargos de declaração (fl. 273):

“Recurso de embargos de declaração. Omissões. Inocorrência. Reapreciação da matéria. Descabimento. Rejeição.

Se o acórdão recorrido abordou a matéria objeto do recurso tomando por fundamento dispositivos legais outros, que não os invocados pela parte e, com fundamentação suficiente, decidiu a controvérsia posta, não há caracterização de omissão. O julgador não está obrigado a apontar todos os dispositivos legais em que se baseou para formular sua convicção, cabendo-lhes, apenas, de forma fundamentada, aplicar o direito à espécie.”

Tratam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Rodar Pneus Ltda contra ato do Secretário de Estado de Fazenda e do Presidente das Centrais Elétricas Matogrossenses S/A — Cemat.

A exordial (fls. 2/22) requer: a) a concessão de Medida Liminar determinando-se às autoridades impetradas que se abstenham de cobrar ICMS incidente sobre a “demanda reservada de potência”; b) a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato a restringir o direito à compensação dos débitos decorrentes do comprovado recolhimento indevido do ICMS, devidamente corrigidos mediante a aplicação da UFIR e acrescidos dos Juros da Taxa Selic; c) caso necessário, seja deferida autorização para depósito judicial do valor do ICMS cobrado sobre a “seguro-apagão”, até o trânsito em julgado do presente *writ*; d) após a manifestação do MPE seja concedida a ordem, no termos da liminar pleiteada, pedindo em definitivo a concessão da segurança.

Decisão preliminar (fls. 159/161) indeferiu a liminar pleiteada, deferindo, entretanto, o pleito de autorização para depósito judicial do valores recolhidos a título de ICMS incidente sobre o “seguro-apagão”.

Foi decidido pelo acórdão (fls. 248/261) que: a) “Não caracteriza a inépcia da inicial por falta de conclusão lógica quando é patente o descuido de causídico em substituir um termo pelo outro no pedido”; b) afastou a ilegitimidade ativa considerando “o impetrante efetivo contribuinte do ICMS e a ilegitimidade passiva em razão da concessionária exercer função delegada pelo Poder Público”; c) “O fato gerador do ICMS apenas se consolida no exato momento em que a energia sai da concessionária fornecedora e é efetivamente utilizada pelo consumidor, operação final a que se refere a legislação, e o encargo de capacidade

emergencial (seguro apagão) em nada altera essa situação fática face a não transferência de energia elétrica”; d) considerou presente a ilegalidade do ato, declarando o direito à compensação ou a repetição do indébito.

Nesta via recursal, aponta-se negativa de vigência aos seguintes dispositivos do:

*Código de Processo Civil:*

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

II - *Omissis*

III - *Omissis*

IV - *Omissis*

V - *Omissis*

VI - *Omissis*

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III - o pedido for juridicamente impossível;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

O Estado de Mato Grosso aponta para fundamento de seu recurso que: a) a recorrida discorre fundamentação da causa de pedir no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o “seguro-apagão” e o pedido é de que se abstenham a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a demanda reservada de potência da consumidora da impetrante; b) houve cerceamento de defesa, no caso, decorrente de que não se sabe se a defesa deve ser dirigida ao fundamento articulado na inicial, ou ao pedido formulado, alegando não guardar relação com o corpo da peça de ingresso; c) a petição é inepta, por não atender aos pressupostos processuais.

Contra-razões (fls. 278/294) limitando-se a apresentar as mesmas razões da inicial.



Decisão do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (fls. 302/305) admitindo o recurso especial.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Com relação aos arts. 128, 295, I e parágrafo único, II e 460, do Código de Processo Civil, verifica-se que a matéria inserta nesses dispositivos foi objeto de apreciação pelo acórdão recorrido, restando, portanto, satisfeito o requisito do prequestionamento.

A matéria controvertida é pertinente à fundamentação da *causa de pedir* no sentido da ilegalidade do ICMS incidente sobre o “seguro-apagão”, sendo o *pedido* formulado no sentido de que se abstenham, a partir da liminar, de cobrar o ICMS incidente sobre a *demanda reservada* de potência da consumidora da impetrante.

É possível constatar da inicial um equívoco por parte do advogado, que numa primeira análise poderia se concluir pela inépcia da inicial. No entanto, percebe-se que apenas estão registrados os encargos referentes ao “seguro-apagão”, motivo que leva a acreditar que o patrono a articular o pedido esqueceu-se de substituir um termo pelo outro, já que ambos possuem o mesmo fundamento no que se refere à ocorrência ou não de fato gerador.

O recurso não merece provimento. A petição inicial preenche os requisitos exigidos pelos arts. 282 e 283 do CPC.

O Código de Processo Civil, em seu art. 285, I, combinado com o seu parágrafo único, só considera inepta a petição inicial quando lhe faltar pedido ou causa de pedir; da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; o pedido for juridicamente impossível; contiver pedidos incompatíveis entre si.

Nenhum vício dos acima apontados apresenta a petição inicial em destaque.

Confira-se o entendimento proferido no voto-condutor do acórdão recorrido:

“A Procuradoria do Estado e as Centrais Elétricas Matogrossenses, nas informações, sustentam a inépcia da inicial por falta da conclusão lógica, com fulcro no art. 295, I e parágrafo único, II do CPC.

Analisando a petição inicial, verifica-se, que a causa de pedir con-substancia-se na ilegalidade da incidência do ICMS sobre o encargo de capacidade emergencial (seguro-apagão). Ocorre que, o pedido nos itens (II) e (V) referem-se à demanda reservada de potência, matéria não tratada no corpo da inicial, equívoco que, num primeiro momento poderíamos

concluir pela ausência de correlação lógica entre a fundamentação da causa de pedir e o pedido.

Porém, verificando as faturas de energia elétrica que constituem a prova pré-constituída do *mandamus*, vê-se, que, somente estão registrados os encargos referentes capacidade emergencial (seguro-apagão), razão pela qual tudo leva a crer que o causídico ao formular o pedido olvidou-se de substituir um termo pelo outro, uma vez que embora tais encargos sejam distintos quanto a sua finalidade, possuem fundamento comum no que pertine à discussão sobre a ocorrência ou não de fato gerador.

Não fosse assim, por qual razão teria formulado pedido de autorização para depósito judicial do valor do ICMS cobrado sobre o encargo de “capacidade emergencial” (seguro-apagão), “até o transito em julgado do vertente *writ of mandamus*”, como o fez no item (III), à fl. 22-TJ?

Desta forma, diante da evidência do equívoco no qual incorreu o advogado da causa, julgar inépta a inicial, seria proceder com extremo rigor à forma em detrimento do direito ao acesso à justiça no plano concreto.

Assim, rechaço a preliminar.

É como voto.”

Em face do exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 841.158-RJ (2006/0086022-4)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Fábio Gonçalves Raunheitti

Advogados: Pedro Américo Rios Gonçalves e outros

Recorrida: União

#### **EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Fazenda Pública. Instituição de ensino superior. Ausência de prestação de contas de verbas federais. Tomada de contas realizada pelo Tribunal de Contas da União. Execução por título extrajudicial efetivada pela Fazenda



Pública. Conformidade legal. Inexistência de ofensa ao art. 745 do CPC. Arts. 522, 591, 620, 637, 649 e I, 655, todos do CPC. Não-prequestionamento. Recurso especial conhecido em parte e não-provido.

1. Trata-se de recurso especial (fls. 148/165) interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti em autos de agravo de instrumento ajuizado com o objetivo de desconstituir decisão proferida pelo juízo de 1ª grau, que deferiu pedido de penhora, relativa a carros, contas-correntes e de cotas de suas empresas, requerida pela União nos autos de execução por título extrajudicial.

2. A matéria inscrita nos arts. 522, 591, 620, 637, 649 e I, todos do Código de Processo Civil, não foi objeto de discussão pelo acórdão recorrido, o que caracteriza a ausência de prequestionamento sobre o tema, óbice que, no particular, impede o conhecimento do recurso.

3. Não se reconhece ofensa ao art. 535 do CPC quando a lide recebeu expressa e fundamentada solução, mesmo que em sentido diverso do buscado pelo executado, nos termos da Súmula n. 211-STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

4. O fundamento do aresto atacado é precisamente o de que não foi empregado o meio processual adequado para veicular defesa ao processo executivo. Este argumento não foi ilidido pelos argumentos de recurso. Com efeito, a regra processual descrita no citado art. 745 é expressa e direta ao asseverar a necessidade de “embargos” para o executado deduzir a matéria de defesa que entenda cabível. O emprego desse instrumento processual não ocorreu, como está registrado no acórdão.

5. Recurso especial conhecido em parte e não-provido.

### ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 5 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

---

DJ 26.10.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 148/165) interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti, com fulcro no art. 105, III, alínea **a**, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, assim ementado (fl.133):

“Ementa: Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Título extrajudicial. Penhora, embargos à execução.

Insurge-se o Agravante contra a r. decisão de 1º grau, nos autos da execução por título extrajudicial que lhe move a União Federal, a qual deferiu a penhora referente aos carros, contas-correntes e quotas de suas empresas.

As alegações do Agravante devem ser produzidas em sede própria, qual seja, através de embargos à execução.

Inteligência do art. 745, do Código de Processo Civil.

Improvemento do Agravo de Instrumento.”

Opostos embargos declaratórios, tendo sido ementados nos seguintes termos (fl. 146):

“Ementa: Direito Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução. Título extrajudicial. Penhora. Embargos de declaração. Rejeição.

Recurso objetivando a alteração do *decisum*, sob fundamento de que este apresenta omissão.

Configurada a inexistência de qualquer vício passível de ser acolhido mediante a oposição dos embargos de declaração, uma vez que o v. acórdão embargado, analisou de forma clara e objetiva a matéria trazida ao crivo do Poder Judiciário.

Impossibilidade de rediscussão da matéria já examinada, em sede de embargos de declaratórios.

Rejeição dos embargos.”

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti objetivando desconstituir decisão proferida pelo juízo de 1º grau, que



deferiu pedido de penhora, relativa a carros, contas-correntes e de cotas de suas empresas, requerida pela União nos autos de execução por título extrajudicial.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisão monocrática do Relator (fls. 89/90), negou seguimento ao recurso por considerá-lo inadmissível diante da inércia da parte agravante. Dessa decisão, o recorrente apresentou agravo interno, ao qual seguiu nova decisão (fls. 104/105) reconsiderando a anterior. Entrementes, o Relator pontuou o equívoco outrora ocorrido, determinando o regular prosseguimento do feito, não deferindo, contudo, pedido liminar de efeito suspensivo ao recurso.

Seguiu-se Acórdão do Tribunal *a quo* (fls. 130/131) negando seguimento ao agravo de forma unânime. Entendeu que os embargos à execução constituem a via adequada para apreciar as alegações argüidas pelo agravante, consoante preceitua o art. 745 do CPC, em vez de recurso de agravo de instrumento. Ressaltou a necessidade de se observar o disposto no art. 655, do CPC, o qual estabelece a gradação de bens a serem nomeados pelo executado, ressaltando obviamente a hipótese de eventuais excepcionalidades.

Inconformado, Fábio Gonçalves Raunheitti opôs embargos declaratórios (fls. 135/138), os quais foram rejeitados pelo Tribunal Regional Federal *a quo* (fls. 141/146), que evidenciou a impropriedade da via eleita diante da inexistência de vício a ser sanado, consoante termos da ementa acima transcrita.

Dessa decisão adveio recurso especial (fls. 148/165) apresentado por Fábio Gonçalves Raunheitti, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual alega negativa de vigência aos seguintes dispositivos:

*Do Código de Processo Civil:*

- Art. 535, II - (“Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994). I - *omissis* II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou Tribunal. (Redação dada pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994);

- Art. 522. (“Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei n. 11.187, de 2005)

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo. (Redação dada pela Lei n. 9.139, de 30.11.1995)”

• Art. 591. (“O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”)

• Art. 620. (“Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”)

• Art. 637. (“Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro.

Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da escolha da proposta, a que alude o art. 634, § 3º”)

• Art. 649, I - (“São absolutamente impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; (...)”)

• Art. 655. (“Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I - dinheiro; II - pedras e metais preciosos; III - títulos da dívida pública da União ou dos Estados; IV - títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa; V - móveis; VI - veículos; VII - semoventes; VIII - imóveis; IX - navios e aeronaves; X - direitos e ações. (...)”)

• Art. 745. (“Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.”)

Defende, em síntese:

a) *preliminarmente*: ofensa ao art. 535 do CPC, por não terem sido sanadas as omissões e contradições levantadas nos aclaratórios sobre:

a.1. indisponibilidade de seus imóveis;

a.2. existência de vedação contratual sobre disposição das quotas sociais;

a.3. penhora dos bens móveis ter sido realizada de forma mais gravosa (art. 620, do CPC);

a.4. impossibilidade de se aguardar para apreciar a viabilidade dos bens penhorados em sede de embargos.

b) *no mérito*:

b.1. ofensa aos arts. 522 e 745, porquanto a legislação processual não impõe a oposição de embargos à execução para que se possa discutir irregularidades no



procedimento de penhora, o que torna cabível a apreciação de tal circunstância em sede de agravo;

b.2. desobediência à gradação legal, haja vista o recorrente ter indicado bens imóveis suficientes para garantia do juízo, incorrendo em violação dos arts. 620 e 637 do CPC;

b.3. admissibilidade da penhora dos bens do executado, mesmo na hipótese de existir decisão judicial no sentido da indisponibilidade;

b.4. não-observância de previsão contratual, vedando expressamente a penhora de quotas da sociedade (arts. 591 e 649, I, do CPC).

Contra-razões ao Especial (fls. 167/177) pela União, argumentando o seguinte:

a) impropriedade do reexame de prova na esfera do recurso especial;

b) inexistência de violação do art. 535, II, do CPC, porquanto o juiz não está obrigado a se pronunciar sobre todas as questões suscitadas pela parte, máxime quando decidir a questão controversa calcada em fundamento diverso;

c) entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de penhora de quotas sociais, não obstante a existência de restrição contratual;

d) impropriedade da via eleita (agravo de instrumento) para discutir as alegações levantadas pelo recorrente;

e) houve a estrita observância da ordem legal de nomeação de bens, o que afasta a alegação de ofensa aos arts. 620 e 650 do CPC.

Juízo de prelibação, às fls. 184, admitindo o recurso especial.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Trata-se de recurso especial (fls. 148/165) interposto por Fábio Gonçalves Raunheitti em autos de agravo de instrumento ajuizado com o objetivo de desconstituir decisão proferida pelo juízo de 1ª grau, que deferiu pedido de penhora, relativa a carros, contas-correntes, bem como cotas de suas empresas, requerida pela União nos autos de execução por título extrajudicial.

Cabe, inicialmente, assentar que a matéria inscrita nos arts. 522, 591, 620, 637, 649 e I, todos do Código de Processo Civil, não foi objeto de discussão pelo acórdão recorrido, o que caracteriza a ausência de prequestionamento sobre o tema, óbice que, no particular, impede o conhecimento do recurso.

Aduz o recorrente, também, violação do art. 535 do Código de Processo Civil, isso porque, apesar de apresentados embargos de declaração, o aresto impugnado ter-se-ia omitido sobre diversos aspectos indicados no agravo de instrumento apreciado pelo Tribunal recorrido.

Contudo, não está presente o apontado vício, na medida em que a lide recebeu expressa e fundamentada solução, mesmo que em sentido diverso do buscado pelo executado, nos termos da Súmula n. 211-STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Dessarte, cabe o exame, apenas, da indicada violação dos arts. 655 e 745 do CPC, cujo teor, deste último, é de todo conveniente transcrever:

“Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.”

Não há como se acolher a irresignação do recorrente. O fundamento do aresto atacado é precisamente o de que não foi empregado o meio processual adequado para veicular defesa ao processo executivo. Tal raciocínio não foi ilidido pelos argumentos de recurso.

Realmente, a regra processual descrita no citado art. 745 é expressa e direta ao asseverar a necessidade de “embargos” para o executado deduzir a matéria de defesa que entenda cabível. Isso não ocorreu, como está registrado no acórdão. (Fl. 130)

“Inconformado com a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de 1º grau, nos autos da execução por título extrajudicial que lhe move a União Federal, a qual deferiu a penhora referente aos carros, contas-correntes e quotas de suas empresas, interpõe o Agravante o presente agravo de instrumento.

Contudo, as alegações do Agravante devem ser produzidas em sede de própria, qual seja, através de embargos à execução (...).”

Assim, a insatisfação com eventual irregularidade acerca dos bens e sobre a ordem em que incidiu a penhora, decerto é controvérsia que possui leito próprio na via dos embargos previstos no art. 745 do Código de Processo Civil.

Em relação ao art. 655 do CPC, não se observa nenhuma ofensa. Embora prequestinado, a referência que a ele fez o acórdão em nada repercute na solução que ora se aplica ao presente recurso.



Pelo exposto, conheço do recurso especial em parte, e nego-lhe provimento.  
É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 868.981-SP (2006/0158501-2)**

Relator: Ministro Francisco Falcão  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procuradores: Rosa Mettifogo e outros  
Recorrida: Livraria Fonomag Comércio e Importação S/A  
Advogado: Domingos de Torre

**EMENTA**

Tributário. Imposto de importação. Pena de perdimento. Declaração falsa de parte do conteúdo da mercadoria. Apenação parcial.

I - Correto o julgado recorrido que estabeleceu estar a apenação limitada à parcela da mercadoria cujo conteúdo não é condizente com as declarações prestadas, mostrando-se a solução mais ajustada para a hipótese, porquanto não se afigura arrazoado o perdimento de todo o material literário por parte da recorrida, quando apenas pequena parcela da mercadoria não era condicente com o que foi declarado.

II - Harmoniza-se com o nosso sistema jurídico a aplicação da pena de perdimento no *quantum* delineado pela Corte de origem, porquanto a dúvida sobre a dosagem da pena deve ser solucionada em favor do acusado (art. 112, IV, do CTN), como foi feito no caso em tela, onde apenas o conteúdo da mercadoria que foi declarado falsamente sofreu a penalidade.

III - Recurso especial improvido.

**ACÓRDÃO**

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

Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

---

DJ 26.10.2006

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado, *in verbis*:

“Administrativo. Importação. Falsa declaração de conteúdo. Pena de perdimento.

I. Importação de revistas, livros e periódicos. Falsa declaração de conteúdo de parte da mercadoria, de cunho erótico.

II. Incidência da pena de perdimento, com fundamento no art. 514, XII, do Regulamento Aduaneiro, somente sobre a parcela da mercadoria importada irregularmente.” (Fl. 137)

Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 105, XII, do Decreto-Lei n. 37/1966 e ao art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, aduzindo, em síntese, que a pena de perdimento deve ser aplicada a toda a mercadoria importada, mesmo quando o importador tenha feito declaração falsa apenas sobre parte da mercadoria.

Aponta, ainda, divergência jurisprudencial quanto ao tema.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, pelo prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados, conheço do presente recurso.

Quanto à divergência apresentada, entendo que foram atendidos os requisitos constantes do art. 255 do RI-STJ, também viabilizando o apelo nobre, desta feita, pelo conduto da alínea **c** do permissivo constitucional.

A discussão dos autos diz respeito a aplicação de pena de perdimento de mercadoria de cunho literário, por ter a recorrida feito falsa declaração sobre o conteúdo dos produtos importados.



O Tribunal *a quo* reconheceu que a imposição da aludida pena deve ser limitada à parte da mercadoria não constante da declaração de importação, sendo que, irrisignada, a recorrente postula a reforma do julgado, para que seja declarado o perdimento de toda a mercadoria importada.

Assim dispõe o art. 514, inciso XII, do Regulamento Aduaneiro, *in verbis*:

“Art. 514. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria (Decreto-Lei n. 37/1966, art. 105 e Decreto-Lei n. 1.455/1976, art. 23, IV, e parágrafo único):

(...)

XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo”

A regra que se depreende do dispositivo transcrito não comporta digressões, revelando que deve ser decretado o perdimento da mercadoria, cuja declaração sobre o seu conteúdo seja falsa.

No acórdão recorrido, restou estabelecido que essa pena está limitada à parcela da mercadoria que o conteúdo não é condizente com as declarações prestadas, mostrando-se a solução mais ajustada para a hipótese, porquanto não se afigura arrazoado o perdimento de todo o material literário por parte da recorrida, quando apenas pequena parcela da mercadoria não era condizente com o que foi declarado.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio, quando traça linha gerais sobre a legislação tributária, reza o seguinte (art. 112, inciso IV, do CTN), *litteris*:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”

Destarte, harmoniza-se com o nosso sistema jurídico a aplicação da pena de perdimento no *quantum* delineado pela Corte de origem, porquanto a dúvida sobre a dosagem da pena deve ser solucionada em favor do acusado, como foi feito no caso em tela, onde apenas o conteúdo da mercadoria que foi declarado falsamente sofreu a penalidade.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao presente recurso especial.

É o meu voto.