



Jurisprudência da **Primeira Seção**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.017-DF (2008/0271496-6)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Impetrante: Pagrisa Pará Pastoril e Agrícola S/A

Advogado: Cláudio Bonato Fruet e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Portaria MTE n. 540/2004. Inclusão do nome da impetrante no cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo. Ato determinado pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego em advocatária ministerial. Legitimidade passiva. Ausência de violação dos princípios da legalidade e da presunção de inocência. Legitimidade da atuação dos auditores-fiscais do trabalho. Inadequação do mandado de segurança para verificar se a empresa pratica trabalho escravo.

1. Hipótese em que o Mandado de Segurança foi impetrado contra ato imputado ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, referente à determinação de inclusão do nome da impetrante no *cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo*, instituído pela Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

2. Os fatos descritos nos Autos de Infração lavrados contra a impetrante são extremamente graves: condições degradantes de trabalho; alojamentos superlotados (onde os empregados dormiam em redes); retenção intencional de salários; jornada excessiva, com início às 4h30; não-fornecimento de água potável; intervalos menores que uma hora para repouso e alimentação dos trabalhadores; proibição expressa de que os obreiros pudessem parar para comer o lanche que eles mesmos levavam para as frentes de trabalho; recibos de pagamentos com valores zerados ou irrisórios; inexistência de instalações fixas ou móveis de vasos sanitários e lavatórios (segundo os fiscais, “em uma das frentes de trabalho, encontramos uma tenda montada, com um buraco

de 50 cm de profundidade, sem vaso sanitário e nas outras frentes de trabalho não havia qualquer instalação sanitária”); ausência de fornecimento e de utilização de equipamentos de proteção adequados aos riscos da atividade; falta de material necessário à prestação de primeiros socorros, *etc.*

3. Os precedentes do STJ reconhecem, em julgados análogos, a ilegitimidade do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego para figurar no pólo passivo do *mandamus*. No entanto, o caso em análise apresenta uma peculiaridade: todos os processos administrativos referentes aos autos de infração lavrados contra a empresa foram *avocados* pelo Ministro de Estado do Trabalho, conforme autoriza o art. 638 da CLT. A avocatória ministerial deveu-se à “excessiva demora na conclusão dos autos no âmbito da Superintendência Regional do Pará” e foi realizada “como medida de correção, para se evitar novas irregularidades na aplicação da lei e no procedimento administrativo”, inclusive com sugestão de abertura de “processo administrativo disciplinar, para fins de apuração de responsabilidade.”

4. Em síntese, a impetrante alega que: a) a Portaria n. 540/2004 é inconstitucional, pois fere o Princípio da Legalidade e o da Presunção de Inocência; b) os auditores fiscais do trabalho carecem de atribuição legal para fiscalizar a empresa; c) não há trabalho escravo em suas dependências.

5. No Direito Constitucional contemporâneo, inexistente espaço para a tese de que determinado ato administrativo normativo fere o Princípio da Legalidade, tão-só porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Ao contrário dos modelos constitucionais retórico-individualistas do passado, despreocupados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Social brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos aspectos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o texto constitucional autorizar.

6. A empresa defende uma concepção ultrapassada de *legalidade*, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm *status* de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora.

7. A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de *superlegalidade*. No Estado Social, seu texto estabelece amiúde direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional. Mesmo que assim não fosse, há regramento infraconstitucional sobre a matéria, diferentemente do que afirma a impetrante.

8. A Portaria MTE n. 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, IV, da CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV, da CF). Em acréscimo, foi editada em conformidade com a regra do art. 21, XXIV, da CF, que prescreve ser da competência da União “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.” Por fim, não se pode olvidar que materializa o comando do art. 186, III e IV, da CF, segundo o qual a função social da propriedade rural é cumprida quando, além de outros requisitos, observa as disposições que regulam as relações de trabalho e promove o bem-estar dos trabalhadores.

9. Some-se a essas normas o disposto no art. 87, parágrafo único, I e II, da Constituição de 1988, pelo qual compete ao Ministro de Estado, entre outras atribuições estabelecidas na Constituição e na lei, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

10. Além de ter fundamento na Constituição, a Portaria n. 540/2004 encontra amparo na legislação infraconstitucional. O art. 913 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro ao estabelecer que “o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio expedirá instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessários à execução desta Consolidação.”

11. Também os Tratados e Convenções internacionais, que, segundo a teoria do Monismo Moderado, ingressam no Direito Brasileiro com *status* de lei ordinária, veiculam diversas normas de combate ao trabalho em condições degradantes. Em rol exemplificativo, deve-se registrar a Convenção sobre a Escravatura (Decreto n.

58.562/1966) e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho números 29 (Trabalho Forçado e Obrigatório) e 105 (Abolição do Trabalho Forçado), ambas ratificadas pelo Brasil (Decreto n. 41.721/1957 e Decreto-Lei n. 58.882/1966, respectivamente).

12. Não há, pois, como falar em violação do Princípio da Legalidade.

13. No mais, a impetrante alega que a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo é crime (art. 149 do Código Penal) e, como tal, a constatação administrativa de sua prática só pode produzir efeitos após o trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de violação do Princípio da Presunção de Inocência.

14. Como se sabe, no Direito brasileiro, as instâncias penal, civil e administrativa não se confundem. Vale dizer: se o processo administrativo observou os trâmites legais, e nele foi produzida prova suficiente para bem caracterizar a conduta reprovável, a sanção (ou, no caso dos autos, medida administrativa) pode ser aplicada independentemente de prévia condenação criminal.

15. No caso dos autos, conforme regra inscrita no art. 2º da Portaria n. 540/2004, a determinação para inclusão do nome da empresa no Cadastro foi tomada após decisão *final* em processo administrativo que observou os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

16. Vale lembrar que o processo administrativo rege-se pelos Princípios da Administração Pública, dentre os quais se destaca o Princípio da Publicidade. Daí a conclusão de que o Cadastro que veicula o nome das empresas que tiveram seus autos de infração declarados subsistentes, em processo administrativo regular, não penaliza a pessoa jurídica, apenas assegura transparência à atuação do Administrador, *in casu* também contribuindo para informar a sociedade sobre as ações dos órgãos públicos destinadas a erradicar o trabalho degradante no Brasil.

17. Ao contrário do afirmado pela impetrante, o art. 11 da Lei n. 10.593/2002, que dentre outros temas dispõe sobre a Carreira de Auditor-Fiscal do Trabalho, legitima a fiscalização realizada por esses agentes públicos.

18. A impetrante acrescenta que o Ministério Público do Trabalho esteve por duas vezes em suas dependências e não constatou a existência de trabalho escravo. Contudo, importa observar que a fiscalização pelo MPT e pelo Ministério do Trabalho são independentes, sem falar que a inspeção realizada pelo *Parquet* ocorreu em data bem anterior à fiscalização que ensejou a presente impetração.

19. Por fim, verificar a ausência de trabalho escravo na empresa demandaria análise de fatos e ampla dilação probatória, incompatível com o rito do Mandado de Segurança.

20. O trabalho escravo - e tudo o que a ele se assemelhe - configura gritante aberração e odioso desvirtuamento do Estado de Direito, sobretudo em era de valorização da dignidade da pessoa, dos direitos humanos e da função social da propriedade.

21. O Poder Público acha-se obrigado, pela Constituição e pelas leis, não só a punir com rigor o trabalho escravo e práticas congêneres, como a informar à sociedade sobre a sua ocorrência, por meio de mecanismos como o cadastro de empregadores: em síntese, um modelo oposto ao silêncio-conivência da Administração, que até recentemente era a tônica da posição do Estado em temas de alta conflituosidade.

22. A rigor, a impetrante busca, pela via transversa do ataque ao cadastro de empregadores, impugnar os auspiciosos efeitos do *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*, o que não é objeto, nem poderia ser, do presente Mandado de Segurança.

23. Mandado de Segurança denegado, cassada a liminar anteriormente concedida e prejudicado o Agravo Regimental da União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, denegou a segurança e cassou a liminar anteriormente concedida, restando prejudicado o agravo regimental interposto pela União, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Mauro Campbell

Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou, oralmente, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, pela impetrante.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.07.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, referente à determinação de inclusão do nome da impetrante no Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em Condição Análoga à de Escravo, instituído pela Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A impetrante atribui a prática do ato coator ao Ministro do Trabalho, pois, segundo informa, a autoridade “avocou a decisão dos processos administrativos (...) e determinou em todos eles o seguinte: ‘(...) Cumpra-se o disposto no art. 2º Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, incluindo-se o nome da empregadora no cadastro de que trata a citada portaria.’” (fl. 4).

Em síntese, a impetrante sustenta que a) a Portaria n. 540/2004 é inconstitucional; b) o cadastro tem natureza punitiva, uma vez que, “ao contrário de outros cadastros, como o Cadin ou Serasa, que são de consulta restrita ao interessado, essa ‘lista suja’ é pública e divulgada por todos os órgãos de imprensa (...)” (fl. 9).

Argumenta que não explora trabalho escravo, mencionando que foi fiscalizada pelo Ministério Público do Trabalho e “nada foi constatado com relação a trabalho em condições análogas a de escravo.” (fl. 13).

Justificou o pedido de concessão de liminar ao fundamento de que a próxima atualização do referido Cadastro ocorreria em dezembro de 2008, com a inclusão do nome da impetrante. Especifica que terá enormes prejuízos com a medida, pois, como empresa produtora de álcool anidro carburante e açúcar

crystal, “especialmente com a suspensão dos contratos de compra e venda de álcool com as grandes distribuidoras de combustível, seus principais clientes. Essa suspensão das compras não é uma mera suposição, pois o *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo* proíbe que as empresas que aderiram estabeleçam relações comerciais com os ‘sujos’”. (fl. 15).

Determinei a oitiva da autoridade impetrada em 72 horas, exclusivamente quanto aos requisitos para a concessão da liminar (fl. 589), o que foi cumprido às fls. 593-626.

Inicialmente indeferi a liminar (fls. 629-630), mas reconsiderarei a decisão às fls. 645-646, após novos argumentos e pedido da empresa. Dessa decisão a União interpôs Agravo Regimental.

A Autoridade Impetrada apresentou Informações também quanto ao mérito da impetração (fls. 653-660), sustentando que a Portaria n. 540/2004 tem fundamento constitucional e legal.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança, defendendo a ilegitimidade passiva do Ministro de Estado, a impetração contra lei em tese e a necessidade de dilação probatória.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Discute-se nos autos o cabimento de Mandado de Segurança contra ato que determinou a inclusão do nome da empresa impetrante no *cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo*, instituído pela Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Por relevante, desde já registro que a Pagrisa é sociedade anônima, produtora de álcool, açúcar, além de milho, soja e outros produtos. De acordo com o Ministério do Trabalho, a fazenda em que se localiza a Pagrisa tem uma área de aproximadamente 17.000 ha (dezessete mil hectares), com produção de 300 mil litros de álcool por dia. A empresa também está investindo na produção de açúcar, contando com incentivos fiscais fornecidos pelo Estado do Pará.

1. Os autos de infração lavrados contra a empresa

A determinação foi tomada pelo Ministro do Trabalho após fiscalização procedida pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, no período de

28 de junho a 08 de agosto do ano de 2007, quando foram lavrados 23 (vinte e três) autos de infração contra a empresa, dos quais 21 (vinte e um) foram julgados procedentes na esfera administrativa.

Por ocasião da fiscalização *in loco*, o GEFM imputou inúmeras condutas à empresa, dentre as quais destaco:

a empresa transportando trabalhadores em ônibus que não possui assentos para todos os ocupantes, levando os trabalhadores a viajarem de pé ou sentados sobre as barras de ferro dos bancos, colocando em risco a segurança dos trabalhadores. (fl. 91)

mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana e a jornada de seus trabalhadores excedia em muito o limite legal de duas horas extraordinárias diárias, posto que a jornada de alguns trabalhadores iniciava-se às 04:30 da manhã, com o embarque nos ônibus que conduziam os trabalhadores às frentes de trabalho, período que faz parte da jornada pelo fato do trajeto não ser servido por transporte público. (fl. 112)

a existência de diversas lesões trabalhistas relativas a direitos assegurados nas convenções internacionais da OIT números 29 e 105, ratificadas pelo Brasil, e integrantes do ordenamento jurídico, dentre elas a pressão exarcebada que os empregados sofriam para uma grande produtividade, fundamentadas nas ordens expressas que os empregados recebiam para trabalhar, ainda que doentes, pois segundo estes, as enfermidades raramente eram consideradas pelo médico da empresa como sendo justificativas para a falta ao trabalho, além da proibição expressa de que os obreiros pudessem parar para consumir o lanche que os próprios levavam para as frentes de trabalho, o que poderia ser fundamental para restabelecer a energia em uma jornada tão exaustiva como é a atividade no corte de cana. Demonstra-se assim a negligência da empresa no respeito aos direitos fundamentais dos seus empregados, praticando as mais diversas irregularidades, que aviltavam a dignidade dos obreiros, chegando ao ponto inclusive de entregar recibos de pagamentos com valores zerados ou irrisórios e sequer entregar para estes os valores devidos, ainda que mínimos. (fls. 136-137)

a empresa não garante a remuneração de um salário mínimo proporcional ao número de dias trabalhados, o que lesa o trabalhador. (fl. 164)

a empresa não pagava para muitos empregados o valor de trinta por cento do salário mínimo em dinheiro, havendo casos de empregados que não receberam pagamentos em dinheiro ou com valores irrisórios. (fl. 178)

a mesma mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana e concedia intervalos menores do que uma hora para repouso e alimentação dos trabalhadores. Os trabalhadores com jornada acima de seis horas diárias tinham menos de uma hora de intervalo para almoço. (fl. 229)

a empresa mantinha trabalhadores na aplicação de agrotóxicos e estes trabalhadores, quando desenvolviam esta atividade, utilizavam suas roupas pessoais por baixo das vestimentas destinadas à proteção contra os efeitos dos agrotóxicos, o que contraria dispositivo normativo citado na capitulação do auto de infração. (art. 13 da Lei n. 5.889/1973) (fl. 252)

a mesma descontava de seus empregados o valor referente à alimentação. Ocorre que quando os trabalhadores trabalhavam menos do que trinta dias do mês, pelo fato de terem iniciado a prestação de serviços após o início do mês, a empresa utilizava como base o percentual de 25% do salário mínimo integral, sem redução do desconto proporcionalmente aos dias trabalhados, o que lesava o trabalhador. (fl. 313)

a empresa mantém empregados em alojamentos onde se utiliza redes trazidas pelos próprios empregados, tendo em vista que não são fornecidas camas, colchões, roupas de cama nem redes pelo empregador. Além disso os alojamentos encontravam-se superlotados e a separação entre as redes dos empregados era menor do que o espaçamento mínimo de 1,00 (um metro) previsto pelas normas de proteção à saúde do trabalhador. (fl. 404)

a empresa possui 1.630 empregados e o dimensionamento de seu serviço especializado em segurança e saúde do trabalho rural (SESTR) não cumpre a quantidade mínima de profissionais legalmente habilitados exigidos no quadro I do item 31.6.11 da NR n. 31, possuindo apenas 2 técnicos de segurança e não possuindo enfermeiro do trabalho. (fl. 433)

a empresa mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana-de-açúcar e não disponibilizava aos trabalhadores nas frentes de trabalho instalações fixas ou móveis compostas de vasos sanitários e lavatórios, na proporção de um conjunto para cada grupo de quarenta trabalhadores ou fração. Em uma das frentes de trabalho, encontramos uma tenda montada, com um buraco de 50 cm de profundidade, sem vaso sanitário e nas outras frentes de trabalho não havia qualquer instalação sanitária. (fl. 478)

a empresa mantém empregados em atividades de plantio e corte de cana. Por ocasião da verificação física nas frentes de trabalho, foi constatado que a empresa não cumpria sua obrigação de exigir dos empregados a utilização de equipamentos de proteção adequados aos riscos da atividade. Entre os empregados por nós encontrados nas frentes de plantio sem luva, citamos: (nomes omitidos). (fl. 524)

a empresa mantém empregados em trabalho e não disponibiliza a estes material necessário à prestação de primeiros socorros. Nas frentes de trabalho por nós inspecionadas, não havia qualquer material de primeiros socorros. (fl. 549)

mantinha trabalhadores no corte e no plantio de cana-de-açúcar e não disponibilizava aos trabalhadores abrigos, fixos ou móveis, nas frentes de trabalho, que protegessem os trabalhadores contra as intempéries, durante as refeições.

Os trabalhadores se alimentavam no refeitório da fazenda somente quando as frentes de trabalho em que laboravam eram próximas da sede, quando as frentes de trabalho eram mais distantes, o que ocorria regularmente, os trabalhadores consumiam suas refeições sentados no chão, ao relento, sujeitos a sol e chuva e outras intempéries. (fl. 573)

A impetrante alega, em síntese, que:

a) o Ministro de Estado do Trabalho e Emprego é parte legítima para figurar no pólo passivo do Mandado de Segurança, uma vez que praticou pessoalmente o ato apontado como coator;

b) a Portaria MTE n. 540/2004 é inconstitucional, pois “o inciso II do art. 87 é suficientemente claro para impedir que se consubstancie validade a um ato normativo expedido por um Ministro de Estado que pretenda dar parâmetros de execução para o dispositivo constitucional que prevê a função social da propriedade, pois portaria é ato que regulamenta decreto, não pode servir para ‘regulamentar’ dispositivo constitucional.” (fl. 6)

c) “é vedado às autoridades de direção do Ministério do Trabalho e Emprego conferir aos auditores-fiscais do trabalho encargos ou funções diversas das que lhe são próprias (...). Dentre as atribuições próprias dos auditores-fiscais do trabalho, estabelecidas no art. 18 do Decreto n. 4.552/2002, não se encontra a de fiscalizar o emprego de mão de obra em condição análoga a de escravo, mesmo porque trata-se de tipo penal (art. 149 do CP) cuja investigação é de atribuição da polícia.” (fl. 8).

d) “Por tratar-se a redução do trabalhador à condição análoga a de um escravo um crime, qualquer sanção só poderá ser imposta, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, com uma sentença penal transitada em julgado. Mais uma garantia fundamental (art. 5º, XXXIX) que restará violada caso prevaleça a ilegalidade cometida pelo Ministro do Trabalho.” (fl. 10)

e) “o Impetrante faz questão de afirmar, com toda ênfase, que não pratica a conduta altamente reprovável que lhe é imputada (...). Importante mencionar que, três meses antes da fiscalização realizada pelo GEFM, que ocorreu nos meses de junho e julho de 2007, a Impetrante foi fiscalizada pelo Ministério Público do Trabalho (entre os dias 26.02.2007 e 23.03.2007), e nada foi constatado com relação a trabalho em condições análogas a de escravo” (fl. 13). Posteriormente, em 12.09.2008, nova fiscalização do Ministério Público do Trabalho não verificou “qualquer indício de trabalho em condições degradantes ou análogas às de escravo nas dependências da empresa.” (fl. 14).

Passo a analisar cada uma dessas alegações.

2. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego

Inicialmente, não desconheço os precedentes desta Corte que, em casos análogos, declararam a ilegitimidade do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego para figurar no pólo passivo do *mandamus*. Entretanto, o caso em exame apresenta uma peculiaridade.

Na análise dos autos verifica-se que os processos administrativos referentes aos autos de infração lavrados contra a empresa foram avocados pelo Ministro de Estado do Trabalho, conforme autoriza o art. 638 da CLT:

Art. 638. Ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio é facultado avocar ao seu exame e decisão, dentro de 90 (noventa) dias do despacho final do assunto, ou no curso do processo, as questões referentes à fiscalização dos preceitos estabelecidos nesta Consolidação.

O procedimento deveu-se à “excessiva demora na conclusão dos autos no âmbito da Superintendência Regional do Pará” e foi realizado “como medida de correição, para se evitar novas irregularidades na aplicação da lei e no procedimento administrativo”, inclusive com sugestão de abertura de “processo administrativo disciplinar, para fins de apuração de responsabilidade.” (fl. 87).

Dessa forma, todos os processos administrativos foram decididos pelo próprio Ministro do Estado do Trabalho e Emprego, que expressamente determinou o cumprimento do “disposto no art. 2º da Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, incluindo-se o nome da empregadora no cadastro de que trata a citada Portaria.”

Não há dúvida de que, *in casu*, a competência para processar e julgar o presente Mandado de Segurança é do Superior Tribunal de Justiça, consoante o disposto no art. 105, I, **b**, da Constituição Federal.

3. A Constitucionalidade da Portaria n. 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego. Inexistência de violação dos Princípios da Legalidade e da Presunção de Inocência

Conforme relatado, a impetrante sustenta a inconstitucionalidade da Portaria n. 540/2004 pois, segundo alega, teria sido editada com fundamento direto na Constituição Federal, ferindo o Princípio da Legalidade. Em suas palavras, “o inciso II do art. 87 é suficientemente claro para impedir que se consubstancie validade a um ato normativo expedido por um Ministro de Estado

que pretenda dar parâmetros de execução para o dispositivo constitucional que prevê a função social da propriedade, pois portaria é ato que regulamenta decreto, não pode servir para ‘regulamentar’ dispositivo constitucional.” (fl. 6)

Afirma, ainda, que, por força da Portaria n. 1.150/2003, do Ministério da Integração Nacional, o Ministério do Trabalho encaminha semestralmente o Cadastro “aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, com recomendação para que se abstenham de conceder créditos às pessoas físicas e jurídicas que venham a integrá-lo. Como se expor publicamente o mero acusado de crime não fosse suficiente, o Executivo, por meio de outro Ministério, determinou que cessassem todas as linhas de créditos para os incluídos na ‘lista suja’” (fl. 9).

Passo a analisar, portanto, as apontadas violações aos Princípios da Legalidade e da Presunção de Inocência.

Como de conhecimento geral, o Princípio da Legalidade determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF/1988), o que equivale à noção de que a Administração nada pode fazer a não ser o que a lei previamente autorize. Ao revés, a caracterização da legalidade para os particulares apresenta outro viés, já que podem fazer tudo o que a lei não proíbe.

No caso dos autos, entretanto, a empresa defende uma concepção já ultrapassada de *legalidade*, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm *status* de normas jurídicas, delas podendo-se extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora ou mediação do legislador infraconstitucional, exceto quando expressamente assim o preveja. A Constituição é a norma por excelência, por ser dotada de *superlegalidade*.

Por isso, no Direito Constitucional contemporâneo não há espaço para a tese de que determinado ato infralegal fere o Princípio da Legalidade por ser porta-voz de expressão claríssima da Constituição, mais ainda quando, *in casu*, é decorrência natural e necessária dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil, entre os quais se inclui “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III).

Na nossa Constituição há dispositivos que, por compreensível zelo e desconfiança do constituinte, têm vida própria e, por isso mesmo, não dependem da boa-vontade ou do senso incerto de oportunidade e conveniência do legislador infraconstitucional. Que estranha, para não dizer perigosa, visão de legalidade é essa que não abrange os preceitos constitucionais? Qualquer conceito de legalidade só será válido se tiver como ponto de partida a Constituição. Advogar

a idéia de que um ato infralegal fere a legalidade porque encontra fundamento direto na Constituição é querer aplicar o Direito Constitucional às avessas, fazendo-o refém dos desígnios de quem legisla, e só pode legislar, com base e nos limites da norma constitucional. É transformar o destinatário da Constituição em árbitro e controlador de seu conteúdo, sentido, campo de aplicação e eficácia.

O caso dos autos, antes de retratar malferimento ao Princípio da Legalidade, evidencia que as normas constitucionais estão produzindo efeitos no mundo dos fatos, ou seja, alcançando a *efetividade* descrita por Kelsen como “o facto real de ela (a norma) ser efectivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos factos”. (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 5 ed., Ceira, Coimbra, A. Amado, 1979, p. 29-30).

Isso porque a edição da Portaria MTE n. 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, IV, CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV, CF).

Em acréscimo, tal ato foi aprovado em conformidade com a regra do art. 21, XXIV, da CF, que prescreve ser da competência da União “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.” Além disso, não se pode olvidar que materializa o comando do art. 186, III e IV, da Constituição Federal, segundo o qual a função social da propriedade rural é cumprida quando, além de outros requisitos, as disposições que regulam as relações de trabalho são observadas e o bem-estar dos trabalhadores é favorecido.

Some-se a essas normas o disposto no art. 87, parágrafo único, I e II, da Constituição de 1988 (grifei):

Art. 87. (...)

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

No panorama constitucional atual não é possível sustentar, como quer fazer crer a empresa, que as normas constitucionais programáticas, aquelas que prescrevem fins públicos a serem realizados (o que, convenhamos, não é a hipótese dos autos), não são dotadas de eficácia. Primeiro porque as normas constitucionais em questão não são programáticas, pelo menos no sentido que lhe quer emprestar a impetrante. Segundo porque, exceto quando a Constituição o referir expressamente, não existe norma constitucional que ali esteja apenas para ser admirada como uma obra de arte.

No caso em análise, a Portaria MTE n. 540/2004 surgiu como mais um instrumento de realização do programa social previsto na Constituição de 1988, motivo por que beira o absurdo sustentar a sua inconstitucionalidade.

Pois bem. Conforme destacado até aqui, o ordenamento constitucional já traz, em si, o suporte normativo para a edição da Portaria MTE n. 540/2004. Entretanto, além do fundamento constitucional (que, repito, tem comando suficiente para autorizar a criação do Cadastro em análise), destaco que, ao contrário do que sustenta a impetrante, a legislação infraconstitucional também legítima o ato aqui apontado como coator.

O art. 913 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro ao estabelecer que “o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio expedirá instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessários à execução desta Consolidação.”

Também tratados e convenções internacionais de caráter geral, que segundo a teoria do Monismo Moderado ingressam no Direito brasileiro com *status* de lei ordinária, veiculam diversas normas de combate ao trabalho em condições degradantes. Apenas para citar algumas dessas normas, relembro a Convenção sobre a Escravatura (Decreto n. 58.562/1966) e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho números 29 (Trabalho Forçado e Obrigatório) e 105 (Abolição do Trabalho Forçado), ambas ratificadas pelo Brasil (Decreto n. 41.721/1957 e Decreto-Lei n. 58.882/1966, respectivamente).

Como visto, não faltam fundamentos constitucionais e legais para validar a edição da Portaria MTE n. 540/2004, não havendo falar em contrariedade ao Princípio da Legalidade.

Tampouco há violação ao Princípio da Presunção de Inocência. A empresa alega que a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo é crime, tipificado no art. 149 do Código Penal e, como tal, a conclusão pela prática do delito só pode produzir efeitos após o trânsito em julgado de sentença condenatória, sob pena de ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência. O

raciocínio, mais uma vez, é incorreto. O princípio em questão não pode servir de bandeira para macular o ato administrativo que determinou a inclusão do nome da empresa no Cadastro em estudo, após a conclusão de processo administrativo em que se oportunizou ao investigado o pleno exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório. Foi exatamente o que se deu, conforme prova carreada aos autos. A propósito, transcrevo a redação do art. 2º da Portaria MTE n. 540/2004:

Art. 2º A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

Vale lembrar ainda que o processo administrativo rege-se pelos Princípios da Administração Pública, dentre os quais se inclui o Princípio da Publicidade. Daí a conclusão de que o Cadastro que veicula o nome das empresas que tiveram seus autos de infração declarados subsistentes, em processo administrativo regular, não tem por objetivo primário penalizar a empresa, mas assegurar, preponderantemente, transparência à atuação da Administração Pública, com isso mantendo a sociedade informada sobre as ações dos órgãos públicos destinados a erradicar o trabalho degradante.

No mais, é oportuno relembrar a independência das instâncias penal, civil e administrativa. Vale dizer, se o processo administrativo observou os trâmites legais, e nele foi produzida prova suficiente para caracterizar a conduta ilícita, a sanção pode ser aplicada independentemente de prévia condenação criminal.

A Portaria MTE n. 540/2004 não enuncia penalidades decorrentes da inclusão do nome da empresa no Cadastro, apenas prevê o envio de cópia da lista para diversos órgãos públicos (art. 3º da Portaria), o que reforça seu caráter informativo. As consequências de inclusão do nome no Cadastro são efeitos naturais da cautela que os órgãos públicos e agências de financiamento devem tomar ao contratarem com sujeitos privados.

Ninguém tem direito *tout court* a financiamento oficial ou a contratar de maneira privilegiada com o Poder Público. O Estado, senhor da apreciação do que seja conveniente e oportuno, nos espaços reservados para tal pelo ordenamento jurídico, pode estabelecer regras e condições gerais sobre como, com quem e quando contratar. Levar em conta a verificação administrativa da existência de trabalho escravo ou de condição análoga à de escravo não passa

de um desses condicionantes – justificável sob todos os ângulos que se queira apreciar – que se encaixam perfeitamente nas funções do Poder Público.

No caso dos autos, a empresa alega que, na qualidade de produtora de álcool anidro carburante e açúcar cristal, terá enormes prejuízos com a inclusão de seu nome no Cadastro, “especialmente com a suspensão dos contratos de compra e venda de álcool com as grandes distribuidoras de combustível, seus principais clientes. A suspensão das compras não é mera suposição, pois o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo proíbe que as empresas que aderiram estabeleçam relações comerciais com os ‘sujos’”. (fl. 15). Sustenta também que não conseguirá créditos públicos em bancos comerciais.

Como se vê, os prejuízos econômicos decorrem da reação das “grandes distribuidoras de combustível” que firmaram o Pacto de Erradicação do Trabalho Escravo ou de bancos públicos ou privados. A situação é análoga à de alguns estabelecimentos comerciais que verificam se o nome do consumidor consta do SPC ou da Serasa antes de com eles contratarem. Os danos, portanto, não podem ser imputados ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, tampouco constituem penalidades previstas no Cadastro de Empregadores.

Sobre essa alegação em especial, cito a pertinente observação do Juiz do Trabalho João Humberto Cesário:

(...) decididamente não parece razoável que fazendeiros sérios, que observam rigorosamente a legislação trabalhista, devam disputar créditos públicos em pé de igualdade com aqueles que maltratam a dignidade o ser humano, sendo inquebrantável obrigação do Poder Executivo tratá-los de modo desigual, já que como é curial, o princípio da isonomia, direito e garantia fundamental da sociedade (art. 5º, *caput*, da CRFB), consiste em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de modo desigual, na exata medida de suas desigualdades.”

(João Humberto Cesário, Breve estudo sobre o cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo (Lista Suja): aspectos processuais e materiais. *In*: Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava (coords.), *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*, São Paulo, LTr, 2006, p. 179)

Dessa forma, a inclusão do nome de pessoas físicas ou jurídicas no Cadastro de que trata a Portaria n. 540/2004, após decisão final em processo administrativo que observa o Contraditório e a Ampla Defesa, é medida que beneficia o interesse público primário da sociedade em geral, que precisa ser alertada sobre a prática desumana de trabalho escravo, para que possa reagir e

exigir medidas cada vez mais enérgicas do Estado. É ainda providência salutar em favor do próprio setor produtivo privado, que não pode ter sua imagem – inclusive internacional – e legítima lucratividade ameaçadas por insignificante, mas persistente, minoria de empregadores que optam por se comportar como se ainda vivêssemos em regime escravagista. Nesse sentido, estudo dos Procuradores do Trabalho Sandra Lia Simón e Luis Antonio Camargo de Melo informa que a Inglaterra já teria sugerido um “boicote” à carne brasileira por entender que seu preço era mais competitivo em virtude do trabalho escravo utilizado na cadeia produtiva:

Uma pesquisa produzida pela ONG Repórter Brasil identificou a cadeia produtiva de fazendas flagradas com escravos no Brasil, demonstrando que não se trata de empregadores rurais desinformados, mas de ‘empresários rurais inseridos no agronegócio, muitos produzindo com alta tecnologia’. Muitos dos produtos são destinados à exportação, sendo certo que a própria Inglaterra já havia denunciado que o preço da carne brasileira era mais competitivo em razão da utilização da mão-de-obra escrava, sugerindo o boicote do produto brasileiro.

(Sandra Lia Simón e Luis Antonio Camargo de Melo, Produção, consumo e escravidão - restrições econômicas e fiscais. Lista suja, certificados e selos de garantia de respeito às leis ambientais trabalhistas na cadeia produtiva. In: Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava (coords.), *Trabalho Escravo Contemporâneo*, cit., p. 235).

A história recente do País testemunha que, além da punição do infrator e da libertação dos trabalhadores, é preciso, simultaneamente, conscientizar a sociedade e toda a Administração Pública para que o trabalho escravo deixe de ser extremamente lucrativo (a cifra seria de 31,6 bilhões de dólares ao ano, segundo dados do Relatório Global da OIT de 2005 – Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado).

A matéria aqui tratada é de extrema relevância, pois, ao contrário do que muitos podem pensar, as autoridades brasileiras estimam que ainda existem “no Brasil 25.000 pessoas em situação análoga à escravidão.” (Sandra Lia Simón e Luis Antonio Camargo de Melo, Produção, consumo e escravidão - restrições econômicas e fiscais. Lista suja, certificados e selos de garantia de respeito às leis ambientais trabalhistas na cadeia produtiva. In: Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava (coords.), *Trabalho Escravo Contemporâneo*, cit., p. 231).

A edição da Portaria MTE n. 540/2004, atacada pelo Mandado de Segurança, é, portanto, exemplo de providência absolutamente legal, oportuna e necessária que, sem ferir a Constituição Federal e a legislação brasileira

aplicável à matéria, inclusive tratados e convenções internacionais, concretiza o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, reafirma o conteúdo e sentido das garantias individuais e sociais, densifica a função social da propriedade rural, tudo nos limites da autoridade do Ministro do Trabalho e do Emprego.

4. Atribuição dos auditores-fiscais do Trabalho para fiscalização da empresa e negativa de prática de trabalho escravo

Finalmente, ao lado das alegações de que a Portaria n. 540/2004 seria inconstitucional por ferir a legalidade e a presunção de inocência, já refutadas acima, a impetrante sustenta que a) os auditores-fiscais do trabalho não têm, dentre suas atribuições, competência para fiscalizá-la e b) não há trabalho escravo em suas dependências.

Esses argumentos, todavia, escapam ao âmbito de conhecimento do STJ, por meio de Mandado de Segurança, pois o primeiro diz respeito diretamente aos requisitos intrínsecos do auto de infração, o que não se enquadra no ato de Ministro de Estado atacado nesse Mandado de Segurança. Já a verificação sobre a existência ou não de trabalho escravo na propriedade da impetrante exigiria dilação probatória, incompatível com o rito célere do *mandamus*.

Contudo, ainda que em *obiter dictum*, observo que a Lei n. 10.593/2002 (que dentre outros temas dispõe sobre a Carreira de Auditor-Fiscal do Trabalho) prevê expressamente as atribuições dos auditores-fiscais do trabalho (grifei):

Art. 11. Os ocupantes do cargo de *Auditor-Fiscal do Trabalho* têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem

como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, *podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.*

A propósito, devo registrar que o Grupo Especial Móvel de Fiscalização – GEMF, que durante aproximadamente um mês permaneceu na propriedade da impetrante e foi responsável pela auditoria que ensejou cerca de 20 (vinte) autos de infração, esteve em mais de mil fazendas entre 1995 e 2003, e sua atuação resultou na libertação de 10.726 (dez mil, setecentos e vinte e seis) trabalhadores. O Estado com maior número de libertados é o Pará, seguido do Mato Grosso, Bahia e Maranhão.

No mais, ainda que a impetrante afirme que o Ministério Público do Trabalho esteve por duas vezes em suas dependências sem constatar a existência de trabalho escravo, o próprio Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Antônio Fonseca, reconhece que “por um lado, a fiscalização pelo MPT não vincula a atuação do Ministério do Trabalho e, por outro, o procedimento realizado pelo MPT foi em data bem anterior à fiscalização que ensejou a presente impetração.” (fl. 707).

Relembro, ademais, que demandaria análise de fatos e ampla dilação probatória verificar as condições de trabalho no local, para concluir que seriam insubsistentes os autos de infração que constatarem a existência de condições degradantes de trabalho, alojamentos superlotados, retenção dolosa de salários, jornada exaustiva, não-fornecimento de água potável, inobservância do intervalo intrajornada *etc.*

O trabalho escravo – e tudo o que a ele se assemelhe – configura gritante aberração e odioso desvirtuamento do Estado de Direito, sobretudo em era de valorização da dignidade da pessoa, dos direitos humanos e da função social da propriedade.

O Poder Público acha-se obrigado, pela Constituição e pelas leis, não só a punir com rigor o trabalho escravo e práticas congêneres, como também a informar à sociedade sobre a sua ocorrência, por meio de mecanismos como o cadastro de empregadores: em síntese, um modelo oposto ao silêncio-conivência da Administração, que até recentemente era a tônica da posição do Estado em temas de alta conflituosidade.

A rigor, a impetrante busca, pela via transversa do ataque ao cadastro de empregadores, inviabilizar os auspiciosos efeitos do *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo*, iniciativa bem sucedida cuja origem está na proposta do Instituto Ethos, com apoio da OIT e da ONG Repórter Brasil, matéria que não é objeto, nem poderia ser, do presente Mandado de Segurança.

5. Conclusão

Diante do exposto, *caso a liminar anteriormente deferida, denego a segurança pleiteada e julgo prejudicado o Agravo Regimental da União.*

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Sr. Presidente, considerando que a causa de pedir está na inconstitucionalidade da Portaria aqui discutida – que teria ofendido o princípio da legalidade – e tendo ficado demonstrado que a citada Portaria não criou nenhuma espécie de sanção, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, denegando o mandado de segurança e cassando a liminar, anteriormente concedida, e julgando prejudicado o agravo regimental da União.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.164-BA (2009/0029666-9)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Vela Branca Hotéis de Turismo Ltda

Advogado: José Eduardo Dornelas Souza e outro(s)

EMENTA

Tributário e Processual Civil. Mandado de segurança. Compensação tributária. Impetração visando efeitos jurídicos próprios da efetiva realização da compensação. Prova pré-constituída. Necessidade.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula n. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da “condição de credora tributária” (EREsp n. 116.183-SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (*v.g.*: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (*v.g.*: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (EREsp n. 903.367-SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 25.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em mandado de segurança visando à compensação de créditos provenientes do pagamento indevido de contribuição ao PIS e ao Finsocial, decidiu, no que importa ao julgamento do presente recurso, (a) afastar em parte a prescrição, ao argumento de que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para a ação objetivando a repetição do indébito (e, conseqüentemente, o direito de compensar) é de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de cinco anos contados da homologação tácita; (b) declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente inexigibilidade da exação em causa (PIS e Finsocial), reconhecendo o direito de compensar os valores a tal título recolhidos, com acréscimos de juros e correção monetária; (c) considerar dispensável, para esse efeito, a juntada dos comprovantes de recolhimento, à consideração de que a “certeza e liquidez deverá ser averiguada pela Administração Pública, no momento do encontro de contas”.

Opostos embargos de declaração, restaram parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para sanar omissão quanto à LC n. 118/2005 (fls. 157-165).

No recurso especial (fls. 169-177), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos: (a) arts. 535 e 458 do CPC, pois mesmo com a oposição dos embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; e (b) arts. 128, 333, I, e 460 do CPC, à consideração de que (I) “a comprovação efetiva dos recolhimentos indevidos como pré-requisito

do direito à compensação do indébito decorre da exigência de se obstar a atuação meramente consultiva do Poder Judiciário” (fl. 174) e (II) a prova dos recolhimentos indevidos é pressuposto indispensável ao direito de compensar, de modo que, no presente caso, a inexistência de tal comprovação representa a ausência de prova pré-constituída indispensável ao reconhecimento do direito de compensar, que, em se tratando de mandado de segurança, há de ser líquido e certo.

Sem contra-razões (fl. 197).

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 199), manifestou-se o Ministério Público Federal por seu não-conhecimento (fls. 273-278).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. O Tribunal de origem, de forma fundamentada, emitiu juízo acerca das questões objeto da controvérsia. A alegação de omissão do acórdão reflete, na verdade, mero inconformismo com os termos da decisão, não restando caracterizado o vício da omissão, não se configurando ofensa aos artigos 535 e 458 do CPC.

2. O tema central do recurso especial - necessidade ou não de prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos cujo direito de compensar se pretende ver reconhecido por via de mandado de segurança - é tema que diz respeito à natureza da função jurisdicional exercida nessa especial ação constitucional. Duas premissas são importantes para a apreciação do tema. Primeira: a função jurisdicional não se destina a resolver questões fundadas sobre hipóteses teóricas, ou sobre preceitos normativos em tese. Ela se desenvolve sobre situações concretas. É por isso que a norma processual exige como requisito de toda e qualquer petição inicial a indicação dos fatos da causa (CPC, art. 282, III), bem como ela venha acompanhada dos correspondentes “documentos indispensáveis” (CPC, art. 283).

Os fundamentos teóricos dessa exigência são conhecidos. Em toda sentença de mérito, há um componente essencial: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém “declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico” (CARNELUTTI,

Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s./d, vol. I, p. 69). Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato (suporte fático) que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. Por isso que se diz que, para chegar ao resultado almejado no processo de conhecimento (ou seja, ao juízo de certeza sobre a relação jurídica), é indispensável efetuar o exame “dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência”, e, “segundo os resultados desta verificação, o juiz declara que a situação existe ou que não existe” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones, op. cit.*, vol. I, p. 68). Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de Pontes de Miranda: “nas ações de cognição (...) há enunciados sobre incidência (toda a *aplicação* da lei é enunciado sobre incidência)” (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1976, Rio de Janeiro, Forense, tomo IX, p. 27). Não é por outra razão que a petição inicial deve indicar, necessariamente, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (CPC, art. 282, III).

Daí, pois, a razão de se afirmar que a função jurisdicional cognitiva consiste em atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*, cuja essência é resumida em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c) finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as conseqüências pretendidas. Resulta, desse conjunto operativo, uma sentença identificando a existência ou o conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (CPC, art. 468).

No que se refere ao mandado de segurança, há um requisito adicional: considerando que sua finalidade é fazer juízo sobre direito líquido e certo, exige-se que os fatos, dos quais decorre o direito afirmado pelo impetrante, sejam incontroversos e demonstrados de plano, mediante prova pré-constituída. É o que determina o art. 1º da Lei n. 1.533/1951.

3. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites do pedido, ou seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada. Nesse aspecto, a jurisprudência do STJ distingue claramente duas situações: a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (*v.g.*: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (*v.g.*: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

Na primeira situação, que tem amparo na Súmula n. 213-STJ (“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”), a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação (*v.g.*: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco), até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a respeito. Nos precedentes que serviram de base à edição da súmula o Tribunal afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária. No EdREsp n. 81.218-DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, consta do voto condutor do acórdão que “a egrégia Turma distingue *compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável*, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados”. O que se exigia da impetrante, nesses casos, era apenas prova da “condição de credora tributária” (EREsp n. 116.183-SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

Todavia, para a segunda situação - em que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou em que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da compensação -, nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende

necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. A questão já foi inclusive objeto de exame nesta 1ª Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência EREsp n. 903.367-SP, Min. Denise Arruda. Ditos embargos haviam sido interpostos contra acórdão da 2ª Turma, relator o Ministro João Otávio de Noronha, que havia assentado o seguinte: “2. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. 3. Recurso especial improvido”. A Seção confirmou essa orientação, em acórdão assim ementado:

Embargos de divergência em recurso especial. Processual Civil. Mandado de segurança. Compensação tributária. Necessidade de prova pré-constituída. Embargos desprovidos.

1. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido da adequação do mandado de segurança para se buscar a declaração do direito à compensação tributária (Súmula n. 213-STJ). Tal orientação, entretanto, não afasta a necessidade de observância das condições da ação mandamental, entre elas a existência de prova pré-constituída do direito do impetrante (AgRg no REsp n. 469.786-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27.05.2008; AgRg no Ag n. 821.244-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.12.2007; AgRg no REsp n. 903.020-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 26.04.2007; REsp n. 511.641-MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.12.2006; AgRg no REsp n. 861.561-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006). 2. Embargos de divergência desprovidos (EResp n. 903.367-SP, 1ª Seção, Min. Denise Arruda, DJ de 22.09.2008).

No seu voto de relatora, a Ministra Denise Arruda trouxe precedentes de ambas a Turmas nesse sentido:

Esta Corte superior firmou entendimento no sentido da adequação do mandado de segurança para se buscar a declaração do direito à compensação tributária (Súmula n. 213-STJ). Tal orientação, entretanto, não afasta a necessidade de observância das condições da ação mandamental, entre elas a existência de prova pré-constituída do direito do impetrante.

Sobre o tema, convém transcrever lição doutrinária que bem delimita o cabimento do mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo do demandante:

Direito líquido e certo 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 ser 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 jurídicos.

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. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37).

É certo que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a compensação de valores pagos indevidamente será realizada pelo próprio contribuinte sob a fiscalização das autoridades administrativas. Contudo, para que seja concedida a segurança e declarado o direito à compensação deve-se demonstrar, de plano, que houve o recolhimento indevido ou a maior.

No mesmo sentido, citam-se os seguintes julgados das Turmas que compõem a Primeira Seção:

Tributário e Processual Civil. Agravo regimental. ICMS. Substituição tributária. Mandado de segurança. Prova pré-constituída. Ausência. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. É entendimento deste Tribunal, conforme a inteligência da Súmula n. 213-STJ, que o mandado de segurança é meio idôneo à declaração do direito à compensação de valores recolhidos a maior no regime de substituição tributária.

2. Todavia, no mandado de segurança, para se declarar o direito à compensação necessário se faz que exista prova pré-constituída do direito para que este se exhiba de plano, dispensando para sua comprovação dilação probatória.

3. *In casu*, o Tribunal de origem entendeu que não está demonstrada a prova pré-constituída do direito à compensação alegado. Com efeito, rever esse posicionamento implica incursão nos autos para se investigar a existência ou não de tais provas. Não se trata, pois, de valor a prova, mas de descobrir sua existência. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 469.786-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 27.05.2008)

Agravo de instrumento. Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Compensação. Contribuição previdenciária autônomos. Súmula

n. 213-STJ. Demonstração de liquidez e certeza do direito. Ausência de prova pré-constituída.

1. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, consoante o verbete da Súmula n. 213 deste STJ.

2. Revela-se inarredável que a parte impetrante providencie, quando da impetração, a juntada dos documentos indispensáveis ao exame da viabilidade da compensação, consoante assente na jurisprudência desta Corte Especial. (Precedentes: RMS n. 20.447-ES, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 31 de agosto de 2006; MS n. 10.787-DF, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, DJ de 27 de março de 2006; AgRg no REsp n. 653.606-MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 06 de dezembro de 2004).

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 821.244-CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.12.2007)

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Pró-labore. Compensação de créditos. Ausência de prova pré-constituída.

I - Embora o Enunciado Sumular n. 213 desta Corte possibilite a declaração do direito à compensação tributária por meio do mandado de segurança, certo é que tal remédio constitucional tem por objetivo o resguardo de direito líquido e certo, o que pressupõe a existência de prova pré-constituída do alegado direito. Diante disso, necessária a juntada de documentos que comprovem o recolhimento do tributo que se pretende compensar. Precedentes: AgRg no REsp n. 650.923-MG, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.02.2006; REsp n. 572.639-MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 05.12.2005; REsp n. 579.805-BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.09.2005 e REsp n. 644.417-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1º.02.2005.

II - No caso dos autos, o Tribunal *a quo* concluiu pela ausência de prova pré-constituída, na medida em que a impetrante deixou de indicar quem são os interessados, os valores que cada contribuinte pretende compensar, além de não juntar nenhuma guia de recolhimento do tributo em questão, razão pela qual afastou a possibilidade de julgamento do *writ*.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 903.020-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 26.04.2007).

Processual Civil e Tributário. Mandado de segurança. Finsocial. Compensação. Comprovante do recolhimento indevido. Precedentes.

1. É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp n. 511.641-MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.12.2006).

Processual Civil e Tributário. Finsocial. Mandado de segurança coletivo. Prova pré-constituída.

1. O contribuinte ao postular o direito à compensação na via mandamental deve comprovar a existência do indébito.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 861.561-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006).

Ante o exposto, deve-se negar provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

4. O caso dos autos não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na Súmula n. 213-STJ. Mais que isso, agrega-se à pretensão compensatória pedidos que supõem a efetiva realização da compensação: a suspensão da exigibilidade de créditos de PIS e Cofins “no limite dos valores dos créditos a que fazem jus à Impetrante (*sic*), a ser apresentado ao Fisco, pelo fato do recolhimento indevido efetuado a título de contribuição ao PIS e ao Finsocial”, bem como o fornecimento de “certidões negativas de que a mesma necessitar” (fls. 19). Bem se vê, portanto, que o reconhecimento da liquidez e certeza do direito na amplitude e para os fins pleiteados supõe, segundo o precedentes da Seção, a prova do recolhimento do tributo indevido.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.189-SP (2009/0030752-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Thereza Santos Galo e outros

Advogado: Leonardo Arruda Munhoz e outro(s)

Recorrido: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - Ipesp

Advogado: Celia Maria Albertini Nani Turqueto e outro(s)

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

Procurador: Fernanda Amaral Braga Machado e outro(s)

EMENTA

Tributário. Repetição de indébito de tributo estadual. Juros de mora. Definição da taxa aplicável.

1. Relativamente a tributos federais, a jurisprudência da 1ª Seção está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação, (a) são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula n. 188-STJ, sendo que (b) os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido (EREsp n. 399.497, EREsp n. 225.300, EREsp n. 291.257, EREsp n. 436.167, EREsp n. 610.351).

2. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral, adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa Selic na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

4. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual n. 10.175/1998 prevê a aplicação da taxa Selic sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito.

5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de maio de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 25.05.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda visando à restituição de valores cobrados indevidamente a título de contribuição previdenciária, decidiu, no que importa ao presente recurso, que sobre o indébito devem incidir “juros de mora de 0,5% ao mês, nos termos da Lei n. 9.494/1997” (fls. 277).

No recurso especial (fls. 302-313), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 406 do Código Civil, 39, § 4º, da Lei n.

9.250/1995 e 1º-F da Lei n. 9.494/1997, ao argumento de que, na ausência de lei que estipule taxa diversa, os juros moratórios incidentes sobre indébitos tributários “deveriam ser fixados pela taxa Selic, ou alternativamente, na base de 1% (um por cento) ao mês, e não em 6% ao ano como equivocadamente entendeu o v. acórdão” (fl. 304), sendo inaplicável o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997.

Em contra-razões (fls. 349-355), o Estado de São Paulo pugna pelo não conhecimento do especial ante a falta de (a) comprovação da divergência jurisprudencial na forma exigida pelo RISTJ; e de (b) prequestionamento das questões federais invocadas no recurso. No mérito, pleiteia o desprovimento da irresignação. O Ipesp, em sua manifestação (fls. 389-392), requer a manutenção do julgado.

O recurso foi admitido na origem sob o regime do art. 543-C do CPC, o que foi aqui confirmado (fl. 401).

O parecer do Ministério Público Federal pelo seu provimento, para fixar a taxa de 1% como juros de mora (fls. 470-473).

Em petição protocolada em 23.04.2009, o Estado de São Paulo agrava da decisão que afetou o recurso à Seção, alegando, em síntese, que lhe faltam os requisitos de admissibilidade (fls. 484-485).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não merece acolhida a petição de fls. 484-485, que enfoca, extemporaneamente, matéria própria de contra-razões. Ademais, o recurso preenche os requisitos próprios de admissibilidade, estando devidamente prequestionada a matéria controvertida.

2. A controvérsia central diz respeito à da taxa de juros de mora aplicável na repetição de indébito de tributo estadual. Para o seu adequado enfrentamento é indispensável situar o tema no seu contexto histórico. O Código Tributário Nacional, ao tratar da repetição de indébito, (art. 167), dispôs que ela “vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar” (art. 167, parágrafo único). Nada dispôs, no entanto, sobre a taxa desses juros. Essa lacuna foi suprida, ainda à época em que o Supremo Tribunal Federal decidia questões dessa natureza, pelo método da analogia e com base no princípio da isonomia, determinando-se, que, na repetição de indébito, deve

incidir a taxa de juros de mora igual à que incide sobre o valor dos tributos pagos com atraso, nos termos estabelecidos no § 1º do art. 161 do CTN (“Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”). Assim decidiu o STF, entre outros, no RE n. 90.232-5 (DJ de 1º.12.1978), RE n. 82.851 (RTJ 82/535), RE n. 85.791 (RTJ 85/984) e RE n. 101.050 (RTJ 116/670). Essa linha de entendimento foi mantida pelo STJ, desde os seus primórdios (*v.g.*: REsp n. 12.970, 1ª T., Min. Gomes de Barros, DJ de 1º.11.1991), o que levou o Min. Ari Pargendler a afirmar, no julgamento do AgRg no Ag n. 121.141, DJ de 06.12.1996, na 2ª Turma, que “a jurisprudência da egrégia 1ª Seção é pacífica no sentido de que, na repetição do indébito tributário, incidem juros de mora de 1% ao mês por aplicação analógica do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional”.

Ocorre que esse dispositivo do CTN (art. 161, § 1º) fixou em 1% (um por cento ao mês) a taxa de juros “Se a lei não dispuser de modo diverso”. Ficou estabelecida, portanto, uma reserva de competência para legislador ordinário.

Disso tudo decorre, portanto, o seguinte princípio: em face da lacuna do art. 167, parágrafo único do CTN, a taxa dos juros de mora, na repetição de indébito, deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os débitos tributários pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

3. Essa orientação, inclusive no que se refere ao percentual de 1% ao mês, foi pacificamente seguida pela 1ª Seção até o advento da Lei n. 9.250/1995. Tal diploma normativo, modificando o art. 66 da Lei n. 8.383/1991 (que trata da compensação ou repetição de “pagamento indevido ou a maior de tributos contribuições federais, inclusive previdenciárias”), dispôs o seguinte, no § 4º do seu art. 39:

Art. 39. (...) § 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Assim, a partir da vigência desta norma, ficou colmatada, em relação à *repetição de indébitos de tributos federais*, a lacuna existente no art. 167, parágrafo único do CTN. Por isso, a jurisprudência da Seção passou-se a entender que,

na repetição de indébito, os juros de 1% ao mês incidem apenas sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º.01.1996, porque, a partir de então, é aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei n. 9.250/1995, desde cada recolhimento indevido, inacumulável com qualquer outro índice. O julgamento dos EREsp n. 399.497-SC, em maio de 2003, 1ª Seção, o relator, Min. Luiz Fux, é reflexo da nova orientação, conforme deixa evidenciado a ementa:

1. O parágrafo 4º, do artigo 39, da Lei n. 9.250/1995 dispõe que a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa Selic, calculados a partir de 1º de janeiro de 1996 até o mês anterior ao da compensação ou restituição.

(...)

6. É assente nas Turmas de Direito Público, com ressalvas minoritárias, que na repetição do indébito, os juros Selic são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência do campo tributário (art. 39, parágrafo 4º, da Lei n. 9.250/1995).

7. Deveras, a imputação de juros em débitos tributários ou em créditos da mesma origem prescinde de lei complementar para instituí-la, conforme resta evidente do art. 146, III, da CF, ressoando a fixação dos juros como intervenção estatal no domínio econômico.

8. Sedimentou-se, assim, a tese vencedora de que o termo *a quo* para a aplicação da taxa de juros Selic em repetição de indébito é a data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência no campo tributário, consoante dispõe o art. 39, parágrafo 4º, da Lei n. 9.250/1995.

A orientação foi seguida e é até hoje adotada, sem qualquer dissonância, no âmbito desta 1ª Seção (*v.g.*: EREsp n. 225.300-PR, Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; EREsp n. 291.257-SC, Min. Luiz Fux, DJ de 06.09.2004; EREsp n. 436.167, de minha relatoria, DJ de 02.05.2005; EREsp n. 610.351, Min. Castro Meira, DJ de 1º.07.2005).

4. Ocorre que, conforme referido, a Lei n. 9.250/1995 disciplinou apenas matéria relativa a repetição de indébito de *tributos federais*. Não tratou, nem poderia tratar, dos tributos estaduais ou municipais. Isso significa dizer que, relativamente a esses tributos, permanece a lacuna do art. 167, § 1º do CTN, o que impõe sua colmatação segundo o princípio analógico e isonômico adotado na jurisprudência tradicional. Pode-se, portanto, em relação a eles, reafirmar o princípio geral: em face da lacuna do art. 167, parágrafo único do CTN, a taxa dos juros de mora, na repetição de indébito de tributos estaduais ou municipais, deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes

débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso; e a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso.

Em várias unidades federativas, o legislador local adotou a taxa Selic como encargo pelo atraso no pagamento dos tributos, equiparando-se, portanto, com o sistema federal. Em casos tais, na linha de entendimento acima referida, os precedentes do STJ são no sentido de considerar incidente que, a partir da data de vigência da lei estadual ou municipal que prevê tal incidência, o mesmo encargo será devido na repetição de indébito.

Ilustram o entendimento os seguintes precedentes:

Processual Civil. Tributário. Embargos de declaração. Omissão configurada. IPTU. TIP. TCLLP e TCDL. Repetição de indébito. Juros moratórios. Taxa aplicável. Ausência de legislação especial. Art. 161, § 1º, do CTN.

(...)

2. Os juros de mora, na repetição de indébito, conforme dispõe o artigo 161, parágrafo primeiro, do CTN, devem incidir no percentual de 1% (um por cento) ao mês, na ausência de lei especial que determine aplicação de taxa diversa. Precedentes desta Corte: REsp n. 799.010-SP, 1ª Turma, DJ de 04.06.2007; REsp n. 904.433-SP, 2ª Turma, DJ de 23.03.2007; REsp n. 853.186-RS, 1ª Turma, DJ de 11.09.2006; EREsp n. 769.312-RS, 1ª Seção, DJ de 02.10.2006; REsp n. 876.126-SP, 1ª Turma, DJ de 19.03.2007; REsp n. 604.967-RJ, 2ª Turma, DJ de 30.10.2006.

3. *In casu*, o Município do Rio de Janeiro não possui legislação autorizadora do emprego da taxa Selic na restituição de tributos pagos indevidamente, razão pela qual deve incidir, na hipótese, o § 1º do art. 161 do CTN.

(...)

(EDcl no AgRg no Ag n. 783.748-RJ, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 25.02.2008).

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Repetição de indébito. IPTU e taxas municipais. Exercícios de 1998, 1999 e 2000. Atualização monetária e juros. Aplicação da taxa Selic. Ausência de previsão legal. Impossibilidade. Provimento.

1. O art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, prevê a aplicação da taxa Selic para corrigir valores referentes à restituição ou compensação de tributos federais.

2. Entretanto, na esfera municipal é necessária a existência de lei local específica que preveja expressamente a utilização da taxa Selic em favor do contribuinte, ou, então, em prol do município quando do recebimento de tributos em atraso, pois, neste caso, em face do princípio da isonomia que deve reger as relações tributárias, seria plenamente cabível a sua aplicação nas hipóteses de restituição e compensação de indébitos. Precedentes.

3. Diante da ausência de legislação local específica, incide, no caso, o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

4. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp n. 936.470-RJ, Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ 19.12.2007)

Tributário e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Contribuição previdenciária. Servidor estadual aposentado. Natureza tributária. Repetição de indébito. Juros moratórios. Taxa aplicável. *Reformatio in pejus*. Impossibilidade.

(...)

2. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Precedentes do STF e do STJ.

3. Inviável a aplicação do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela MP n. 2.180-35/2001, aos casos de repetição de indébito tributário, pois sua incidência limita-se às hipóteses de pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos.

4. Tratando-se de repetição de indébito tributário e havendo, na legislação tributária estadual, dispositivo determinando a aplicação da Selic (Lei n. 6.763/1975, do Estado de Minas Gerais, com redação atribuída pelo art. 29 da Lei n. 14.699, de 06.08.2003), aplicável a referida taxa desde o início da vigência da legislação extravagante.

(...)

6. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 866.901-MG, Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 31.05.2007)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. ICMS. Multa. Redução. Retroatividade da lei mais benéfica. Inaplicabilidade. Existência de ato administrativo definitivamente julgado. Artigo 106, II, c, do Código Tributário Nacional. Revisão de liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa. Súmula n. 7-STJ. Juros de mora. Taxa Selic. Lei estadual. Incidência. Possibilidade.

(...)

4. Na repetição de indébito ou na compensação de tributos federais, com o advento da Lei n. 9.250/1995, a partir de 1º.01.1996, há incidência da taxa Selic a partir do recolhimento indevido.

5. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

6. Em se tratando de tributo estadual e, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos

fiscais federais, legítima a aplicação da taxa Selic a partir da entrada em vigor da correspondente lei.

7. Recurso especial do Estado do Paraná provido. Recurso especial das empresas improvido.

(REsp n. 437.632-PR, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 1º.02.2006)

Tributário. Execução fiscal. ICMS. Taxa Selic. Lei Estadual n. 6.763/1975. Aplicação. Precedentes STJ.

1. A eg. Primeira Seção deste Tribunal assentou entendimento no sentido da aplicabilidade da Taxa Selic sobre débitos e créditos tributários estaduais, desde que haja lei estadual autorizando a sua aplicação.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 899.558-MG, Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 26.09.2008)

5. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei n. 10.175/1998, com vigência a partir de 1º.01.1999, estabelece o seguinte:

Artigo 1º - Os impostos estaduais, não liquidados nos prazos previstos na legislação própria, ficam sujeitos a juros de mora.

§ 1º - A taxa de juros de mora é equivalente:

1. por mês, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic, para títulos federais, acumulada mensalmente;

2. por fração, a 1% (um por cento).

§ 2º - Considera-se, para efeito deste artigo:

1. mês, o período iniciado no dia 1º e findo no respectivo último dia útil;

2. fração, qualquer período de tempo inferior a um mês, ainda que igual a um dia.

Na linha do entendimento antes indicado, esses mesmos encargos incidem, a partir da vigência da lei, na repetição de indébito de tributos do Estado de São Paulo. Relativamente ao período anterior, incide a taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, observado o disposto na Súmula n. 188-STJ.

Bem se vê, portanto, que não há qualquer razão plausível para justificar a decisão do acórdão embargado, de aplicar, nesses casos, o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 (redação dada pela MP n. 2.180-35/2001), norma absolutamente estranha à matéria tributária, pois regula apenas hipóteses de *pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos*. Quanto a esse particular, há precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção (*v.g.*: REsp n.

1.084.368-SP, Min. Benedito Gonçalves, 1º Turma, DJe 18.03.2009; AgRg no REsp n. 950.939-MG, Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 07.04.2009.

6. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ n. 8/2008.

É o voto.