

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 273.432 – RJ

(Registro n. 99.0106910-6)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – Valia
Advogados: Rodrigo Reis de Faria e outros
Agravado: Município do Rio de Janeiro
Advogados: Roseane Fernandes Cerbino e outros

EMENTA: Matéria constitucional – Imunidade tributária – Entidade fechada de previdência privada e sua equiparação à entidade de assistência social – Entendimento dos artigos 201 e 203 da Constituição Federal – Competência do Supremo Tribunal Federal.

Quando o acórdão recorrido assenta-se unicamente em fundamento constitucional, é incabível recurso especial, eis que acarretaria a invasão da jurisdição constitucional somente exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 16 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 19.6.2000.

RELATÓRIO

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

por Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – Valia de decisão de minha autoria que inadmitiu agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial, por entender tratar-se de matéria eminentemente constitucional, conforme acórdão exarado pelo órgão fracionário do Tribunal **a quo**.

Pretende a agravante ver reconhecido, a seu favor, o privilégio da imunidade tributária estatuída no art. 150, VI, da Constituição Federal, em razão do desenvolvimento de atividade assistencial preventiva e por configurar entidade fechada de previdência privada. Argumenta que o recurso especial é cabível, se não pelo permissivo constitucional da letra **a** do art. 105, III, ao menos pela letra **c**, uma vez que a divergência jurisprudencial foi demonstrada com a transcrição de ementas de acórdãos sobre o mesmo tema produzidos por outros tribunais.

Portanto, pede seja admitido o agravo de instrumento para o fim de processamento do especial face ao dissenso pretoriano.

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente agravo não merece prosperar, em face das razões que sustentam o despacho agravado.

Com efeito, não há como se proceder ao controle de legalidade requerido pela agravante uma vez que o v. acórdão recorrido assentou-se em fundamentos de natureza constitucional, decidindo sobre a não incidência da imunidade tributária pleiteada, como se segue, **verbis**:

“(…)

Desta forma exsurge sua estrutura jurídica revelando a existência de uma instituição voltada exclusivamente para um grupo restrito de pessoas, ou de um núcleo familiar, exercendo também atividade lucrativa, como meio de renda para realização de seus fins, sem contudo, se ocupar da assistência social especificamente.

Assim, verifica-se que os fundamentos da previdência não se confundem com os de assistência social, posto que as regras que concedem benefícios são interpretadas restritivamente, não podendo-se considerá-las do mesmo gênero, ou espécie, para fins de imunidade tributária.

(...)

Destarte, entende esta relatoria que, a ora apelante não se enquadra objetivamente como entidade de assistência social, posto que não basta usar o nome, sem a efetiva prestação de serviços gratuitos aos pobres, sendo assim, está sujeita aos impostos de que seja contribuinte direto.” (fls. 14/15).

Assim, para o deslinde da controvérsia, mister se torna a interpretação do artigo 150, inciso VI, c, em cotejo com os artigos 195 e 204 da Lei Maior pelo colendo Supremo Tribunal Federal. Na espécie, o órgão colegiado judicante entendeu prescindível qualquer outro fundamento infraconstitucional, de forma que ausente o prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados, tendo sido rejeitados os embargos de declaração opostos.

Tratando-se de matéria eminentemente constitucional não é possível, pois, o processamento do apelo especial, eis que acarretaria a invasão da competência da jurisdição constitucional somente exercida pelo Excelso Pretório.

A propósito, do tema tratado nestes autos, é oportuno citar a seguinte jurisprudência produzida pela Primeira e Segunda Turmas, como segue:

“Recurso especial. Imunidade tributária. Entidade privada de previdência social. Imposto predial urbano. Matéria constitucional. Reexame de provas. Não conhecimento do recurso especial.

O exame direto do tema eminentemente constitucional está afeito ao colendo Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Recurso não conhecido.” (REsp n. 39.815-RJ, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 7.8.1995).

“Processual Civil. Embargos de declaração. Imunidade. Entidades de previdência privada.

Em sede de recurso especial não se analisa tema constitucional.

O colendo Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, tem afirmado que as entidades de previdência privada não gozam do direito de imunidade tributária.

A supremacia dessa decisão não pode ser rediscutida em recurso especial.

Embargos declaratórios rejeitados por inexistência de omissão ou contrariedade em acórdão que, com base nos fundamentos supra, não conheceu do recurso.” (EDREsp n. 119.583-RJ, Rel. Min. José Delgado, DJU de 17.11.1997).

“Tributário. Imposto de renda. Entidade de previdência privada. Imunidade. Lei n. 7.713/1988 (art. 6º, VII).

1. Diferendo com fulcro de natureza constitucional não trafega pela via especial.

2. Recurso não conhecido.” (REsp n. 151.091-CE, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 20.4.1998).

“Tributário e Processual Civil. Instituição de previdência privada. Imunidade tributária. Matéria constitucional. Não conhecimento do recurso especial.

A questão da imunidade tributária de Instituição de Previdência Privada, quando examinada, pelo Tribunal **a quo** à luz de preceitos constitucionais, torna-se inapreciável em sede de recurso especial. Recurso conhecido e provido parcialmente, apenas para excluir a multa. Decisão unânime.” (REsp n. 149.547-MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 27.4.1998).

Quanto ao requerimento específico formulado pela Agravante no recurso regimental, ou seja, a subida do recurso especial pela letra **c** a fim de que esta colenda Corte promova a uniformização da interpretação divergente trazida como paradigma, melhor sorte não lhe assiste, eis que o dissenso pretoriano não restou demonstrado de forma analítica, conforme comando do art. 255, **caput** e parágrafos, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações ou da tese agasalhada pelo acórdão paradigma não se presta como demonstração de divergência jurisprudencial, mormente quando o agravante deixa de juntar o inteiro teor do acórdão paradigma ao agravo que visa viabilizar o processamento do especial.

Saliente-se, em continuidade ao juízo de admissibilidade, que a Agravante interpôs recurso extraordinário concomitantemente ao especial, deixando, porém, de trasladar ao instrumento do agravo a prova de que foi interposto agravo de instrumento para o STF, a fim de ser apreciado o tema constitucional abordado. Desta forma, aperfeiçoou-se a preclusão quanto à

matéria constitucional, o que impede a própria admissibilidade do especial, com a incidência, **in casu**, da Súmula n. 126 deste colendo Tribunal.

Este tem sido o posicionamento da Primeira e Segunda Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. À guisa de exemplo, temos o REsp n. 57.314-SP, publicado no DJ do dia 11.3.1996, Ministro-Relator Peçanha Martins e EREsp n. 16.630-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU do dia 15.5.1995, portando, este último a seguinte ementa:

“Embargos de divergência. Recurso especial. Acórdão que decide questão apoiada em fundamento constitucional e infraconstitucional. Recurso extraordinário inadmitido sem agravo para o STF. Trânsito em julgado do fundamento constitucional. Inadmissibilidade do especial.

Não interposto agravo de instrumento da decisão denegatória do extraordinário, ocorre o trânsito em julgado do fundamento constitucional adotado pelo acórdão recorrido, suficiente, por si só, para mantê-lo, hipótese em que perde a especial eficácia, pois não pode, mesmo que provido, reformar o julgado recorrido, donde a sua inadmissibilidade.

Embargos recebidos.”

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

Isto posto, nego provimento ao agravo regimental.

É o meu voto.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 244.897 – PR

(Registro n. 2000.0002471-6)

Relator: Ministro José Delgado
Agravantes: Cavali e Filho Ltda e outros
Advogado: Edilson Jair Casagrande

- Agravados: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Fazenda Nacional
- Advogados: João Ernesto Aragones Vianna e outros e Ricardo Py Gomes da Silveira e outros

EMENTA: Tributário – Compensação – Contribuição previdenciária – Sistema Simples.

1. O Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Empresas de Pequeno Porte – Simples não altera a composição da relação jurídico-tributária firmada pelo ordenamento.

2. Esse sistema compreende, apenas, uma técnica unificada de recolhimento, fiscalização e controle dos impostos e das contribuições previdenciárias.

3. Os entes tributantes (União Federal e INSS, por exemplo) sujeitam-se aos procedimentos desburocratizados de arrecadação das exações que lhe são devidas, confirmando, porém, o exercício da autonomia competencial outorgada por lei.

4. Ilegitimidade passiva da União Federal para participar de demanda que visa compensar contribuições previdenciárias por empresas vinculadas ao Simples.

5. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Examina-se agravo regimental contra

decisão que negou seguimento a recurso especial sob o entendimento de que a União Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda onde está sendo discutida a devolução de contribuição previdenciária recolhida ao INSS, em razão de terem sido julgados inconstitucionais os dispositivos legais que exigiam essa exação dos empresários, autônomos e administradores (art. 22, I, Lei n. 8.212/1991, que reproduz o art. 3º, I, da Lei n. 7.787/1989).

A Agravante defende que, por ser optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Empresas de Pequeno Porte – Simples, recolhe todos os seus impostos e contribuições federais à União Federal, por força do que dispõe o art. 17 da Lei n. 9.317/1996.

Em face dessa regra, não há como se afastar a União Federal da demanda.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O “Simples” é um sistema unificado de arrecadação de impostos e contribuições. A sua instituição não altera a competência tributária da relação jurídica firmada entre Fisco e contribuinte.

As regras dos artigos 3º e 17 da Lei n. 9.317/1996, devem ser interpretadas como contendo mensagens voltadas, unicamente, para regular o procedimento unificado de recolher tributos por parte do contribuinte e de ser exercida a fiscalização sobre esse proceder por parte dos entes tributantes.

O art. 3º da Lei n. 9.317/1996, dispõe:

“Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples.

§ 1º A inscrição no Simples implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: (...)

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e a Lei Complementar n. 84, de 18 de janeiro de 1996.”

A seguir, o art. 17 explicita:

“Art. 17. Compete à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o Simples.”

Ora, como verificado, o legislador adotou uma técnica unificada de arrecadação, cobrança e fiscalização dos impostos e contribuições a serem pagos por empresas enquadradas no Simples. Nada mais foi regulado, especialmente, no referente aos fenômenos competenciais das autarquias.

Correta, assim, ao meu pensar, a manifestação da União Federal às fls. 246/249, pelo que a transcrevo:

“27. A Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, dispõe sobre o regime de tributação das microempresas e das empresas de pequeno porte e instituiu o sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das referidas empresas, denominado Simples.

28. Referida lei foi criada para levar a efeito o tratamento diferenciado simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, atendendo-se ao disposto no artigo 179 da Carta Constitucional de 1988. Ouvia-se, assim, aos clamores dos pequenos e microempresários que se achavam sobrecarregados com tantos impostos e, principalmente, com tantas obrigações acessórias ou, no dizer de **Paulo de Barros Carvalho**, deveres instrumentais, a serem cumpridos para com o Fisco.

29. Contudo, o sistema Simples diz respeito à forma de recolhimento do tributo ou contribuição, poupando o contribuinte do trabalho antes dispendido com o preenchimento de Darfs; GRPS e tantos outros formulários, além, é claro, de simplificar o recolhimento unificando-se a data de pagamento dos diversos impostos e contribuições elencados no artigo 3^a da Lei n. 9.317/1996, aplicando-se-lhes uma alíquota comum.

30. Mas, não trata o Simples de compensação de tributos ou contribuições. E não o faz porque já existe tratamento legal para a compensação estabelecido na Lei n. 8.383/1991 (com as alterações da Lei n. 9.250/1995) e na Lei n. 9.430/1996.

31. Portanto, o Fisco, face o princípio da legalidade e da vinculação, só pode admitir a compensação nos termos das citadas leis.

32. Há que se lembrar que, embora num mesmo Darf – Simples seja permitido reunir impostos e contribuições, o Banco responsável pelo recebimento operacionaliza, através de códigos numéricos e números de contas, a distribuição das diversas receitas aos seus respectivos gestores.

33. Em realidade, está a parte autora a confundir a competência tributária com a capacidade tributária ativa. A União Federal, no caso, detém a competência tributária, podendo legislar sobre a contribuição previdenciária. Mas, quem detém a capacidade tributária ativa para gerenciar, exigir, cobrar a contribuição previdenciária é a autarquia federal INSS.

34. Para melhor elucidar a questão, veja-se a lição do ilustre professor **Paulo de Barros Carvalho**, in Curso de Direito Tributário, Saraiva, SP, 1996, p. 146.

‘A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na faculdade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.

Não se confunde com a capacidade tributária ativa. Uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de um gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade, outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico de sujeito ativo. O estudo da competência tributária é um momento anterior à existência mesma do tributo, situando-se no plano constitucional. Já a capacidade tributária ativa, que tem como contranota a capacidade tributária passiva, é tema a ser considerado ao ensejo de desempenho das competências, quando o legislador elege as pessoas componentes do vínculo abstrato, que se instala no instante em que acontece, no mundo físico, o fato previsto na hipótese normativa.

A distinção justifica-se plenamente. Reiteradas vezes, a pessoa que exercita a competência tributária se coloca na posição de sujeito ativo, aparecendo como credora da prestação ser cumprida pelo devedor. É muito freqüente acumularem-se as funções de sujeito impositor e de sujeito credor numa pessoa só. Além disso, uma razão de ordem constitucional nos leva a realçar a diferença: a competência tributária é intransferível, enquanto a

capacidade tributária ativa não o é. Quem recebeu poderes para legislar pode exercê-los, não estando, porém, compelido a fazê-lo. Todavia, em caso de não aproveitamento da faculdade legislativa, a pessoa competente estará impedida de transferi-la a qualquer outra. Trata-se do princípio da indelegabilidade da competência tributária, que arrolamos entre as diretrizes implícitas e que é uma projeção daquele postulado genérico do art. 2^a da Constituição, aplicável, por isso, a todo o campo da atividade legislativa. A esse regime jurídico não está submetida a capacidade tributária ativa. É perfeitamente possível que a pessoa habilitada para legislar sobre tributos edite a lei, nomeando outra entidade para compor o liame, na condição de sujeito titular de direitos subjetivos, o que nos propicia reconhecer que a capacidade tributária ativa é transferível. Estamos em crer que esse comentário explica a distinção que deve ser estabelecida entre competência tributária e capacidade tributária ativa.'

35. Claro está, à luz dos ensinamentos acima transcritos, que no caso da contribuição previdenciária, a União não faz parte da relação jurídico-tributária referente à contribuição para o INSS. Aliás, a relação jurídica existe entre o INSS e a parte requerente.

36. Repita-se, a União tem a competência tributária sobre a contribuição previdenciária; mas não acumula a capacidade tributária ativa, a qual foi transferida, delegada, à autarquia INSS.

37. O mesmo já não acontece em relação a outras contribuições, por exemplo a Cofins, cuja competência é da União e cuja capacidade tributária ativa também é da União, sendo a sua arrecadação administrada por um órgão da União, no caso a Receita Federal. O INSS não é órgão da União. É autarquia federal com personalidade jurídica própria.

38. Mesmo retomando o fato de que a parte autora é optante pelo Simples e que por isso recolhe num único Darf impostos e contribuições cujas capacidades tributárias ativas são distintas; mas cuja cobrança, fiscalização e tributação competem a um único órgão, há que se observar o critério da mesma destinação constitucional para operar-se a compensação.

39. A se dar guarida ao equivocado entendimento da parte autora, ter-se-ia, então, como possível a compensação entre FGTS; Cofins;

PIS; INSS; CSSL; Salário-Educação; Senar; Contag, tantas outras contribuições e tantos outros impostos e, quiçá, taxas.”

Acrescento que:

a) a Autora pretende compensar contribuição previdenciária recolhida ao INSS;

b) essa autarquia tem personalidade jurídica própria, independente da possuída pela União;

c) a arrecadação e a gestão da referida contribuição pertencem à mencionada autarquia;

d) a relação jurídico-tributária desenvolve-se entre contribuinte e INSS, sujeitos ativos e passivos integrantes do vínculo decorrente de tal exigência tributária;

e) a adoção unificada de técnica de arrecadação e fiscalização não altera a composição acima definida.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo regimental.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR N. 1.441 – SP

(Registro n. 98.0069115-4)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Embargantes: Plínio Junqueira Júnior e Marina Kraft Junqueira

Embargado: Estado de São Paulo

Advogados: Beatriz Corrêa Netto Cavalcanti e outros

EMENTA: Processual Civil – Embargos declaratórios (art. 535, II, CPC) – Carta de ordem cumprida e devolvida – Cópia de contestação apresentada com os embargos de declaração – Omissões inocorrentes – Erro quanto à folha onde foi certificado fato processual.

1. Certidão que afirma realidade processual merece fé, somente

retificando-se o erro quanto ao número da folha onde foi formalizada.

2. Cópia de contestação juntada após o julgamento da ação não serve para demonstrar sugeridas omissões no julgado. A desatenção não ocorreu nesta instância superior e, se apresentada, a juntada competia à instância a quo, onde a falta deve ser questionada.

3. A inocorrência das omissões, todavia, favoreceu explicitação sobre o conteúdo e alcance do julgado.

4. Embargos parcialmente acolhidos somente para correção de erro demonstrado.

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, *acolher parcialmente os embargos*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Do exame da Medida Cautelar n. 1.441-SP, a Primeira Turma deste Tribunal assentou o entendimento cristalizado na seguinte ementa:

“Processual Civil. Desapropriatória. Discriminatória. Levantamento do preço. Cautelar incidental. Dúvida. CPC, artigos 796 e seguintes. Decreto-Lei n. 3.365/1941 (art. 34, parágrafo único).

1. Suspende-se o levantamento do preço quando procedente o

pedido discriminatório algemado à mesma área do imóvel expropriado, configurando fundada dúvida sobre o domínio.

2. Provimento cautelar impedindo o levantamento do preço depositado judicialmente.

3. Procedência da cautelar.” (fl. 143).

Com fundamento no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, foram interpostos embargos de declaração.

Primeiramente, os Embargantes sustentam que a certidão de fl. 137, que certifica a falta de contestação, não espelha a verdade. A respeito, afirmam:

“... Ao serem citados os Embargantes por carta de ordem expedida para a Comarca de Presidente Prudente (Processo n. 2.259/1998-1, do 4^a Ofício), os Embargantes ofereceram contestação, que foi protocolizada no dia 15.12.1998, às 15:26 horas, constando cópia do protocolo no frontispício da contestação (doc. incl.)” (fl. 146).

Alegam que o aresto ora embargado incorreu em, pelo menos, três omissões, que não teriam ocorrido se “tivesse sido lida a resposta a que aludem os Embargantes”.

Afirmam que “a primeira omissão está em que não lobrigou a r. decisão que o pedido fazendário referia-se exclusivamente ao levantamento das verbas referentes à terra nua”. Assim não restou esclarecido se os Embargantes podem receber o valor das benfeitorias e da verba honorária, levando a crer que a decisão embargada seria **ultra petita**. Disseram ainda:

“Com efeito, no agravo regimental, explicitou a Fazenda do Estado que ‘o levantamento que se quer ver sobrestado visa pagamento de terra nua ao agravado’ (fl. 102). Mais abaixo reforça o mesmo ponto: ‘Frise-se que o valor arbitrado para a causa é de R\$ 5.700.000,00 (cinco milhões e setecentos mil reais), montante este que corresponde ao valor aproximado da terra nua’ (fl. 104). Também consta do r. despacho que indeferiu a liminar, da lavra do eminente Relator: ‘Diga-se logo que a pretensão deduzida, com o pedido de liminar, tem o fito de alçapremar proteção cautelar para obstar, em ação desapropriatória, o levantamento do preço depositado para pagamento da terra nua expropriada, a trato da existência de ação discriminatória julgada procedente, insculpindo-se ‘dúvida’ a respeito do direito dominial’.” (fl. 147).

Acrescentaram que “tivesse sido apreciada a contestação, cuja existência passou despercebida, atentaria o v. acórdão à alusão ao que foi decidido no Agravo de Instrumento n. 65.856-5-0 do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de que a pretensão fazendária não pede seja sobrestado o levantamento do valor das benfeitorias, que ela própria entende serem devidas”.

Os Embargantes aduziram:

“Uma segunda omissão. Enganosamente afirma o v. acórdão que ‘o Estado já cumpriu seu dever de depositar o preço, impondo-se que este somente seja levantado por quem de direito, o que só será possível saber ao final da fase demarcatória’. Aqui também faltou o exame do que foi dito na contestação: ‘Na realidade não existe depósito nenhum, que possa ser liberado ou levantado. A Fazenda do Estado apenas se insurge quanto à possibilidade de eventual levantamento, se for feito o depósito. A Fazenda do Estado apenas empreendeu o depósito prévio, esse sim, já levantado pelos expropriados, em razão de v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça, que reformou decisão denegatória do MM. Juiz do 1^a grau (Ag n. 198.798-2-9 – doc. incl.). Desse levantamento a Fazenda do Estado não recorreu, tornando a matéria preclusa. Agora, pretende reeditar a mesma pretensão no que tangue a um depósito que ainda nem foi feito (precatório), procurando reviver matéria já acobertada pela coisa julgada’ [doc. 1].

Mas há uma terceira omissão. Também não respondeu o v. acórdão o alegado na contestação, de que a pretensão da Fazenda Estadual encontra óbice na preclusão. Reportaram-se os Embargantes ao v. acórdão no Ag n. 65.856-5-0 do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo ilustre Desembargador Paulo Franco, que se referiu ao fato de que ‘nestes próprios autos, já se decidiu em sentido contrário, por ocasião de levantamento de depósito para fins de imissão provisória da expropriante na posse do imóvel’. Também proclama o voto-vencedor o eminente Desembargador Cuba dos Santos, que ‘a oferta inicial integra o pagamento do preço da indenização, na ação de desapropriação e se decidiu – antes – que o expropriado pode levantar esta, óbvio que ele pode levantar o complemento, porquanto não se pode dissociar a parte do valor do todo, sob pena de se afrontar a coisa julgada’.” (fls. 148/149).

Por fim pediram:

“... a) seja explicitado se os Embargantes têm direito ao levantamento dos valores referentes às benfeitorias e verbas sucumbenciais, de modo especial, os honorários de seus advogados; b) que Fazenda do Estado não fez o depósito de nenhum valor para pagamento das verbas indenizatórias, à exceção do depósito prévio; c) se a pretensão deduzida pela Fazenda do Estado está ou não preclusa, em face do anterior depósito e levantamento sem oposição da Fazenda do Estado, em razão de sua imissão na posse, ficando sem recurso o Ag n. 198.798-2-9.” (fl. 150).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Pela guia do relatório contempla-se que, no eito de *cautelar* incidental, indeferido o pedido de *liminar* para obstar “o levantamento do preço depositado para pagamento da terra nua expropriada”, foi interposto e provido o agravo regimental, cuja fundamentação ficou assim resumida:

“Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo. Recurso especial.

1. É de se conceder liminar, em sede de medida cautelar, para o fim de não se permitir liberação de depósito referente à desapropriação de imóveis, quando há fundada dúvida sobre o domínio do proprietário.

2. Efeito suspensivo, no caso, que se empresta ao recurso especial interposto contra o acórdão que liberou o depósito.

3. Ação discriminatória julgada procedente e referente à mesma área onde está situado o imóvel desapropriado.

4. Efeito só devolutivo da sentença proferida na ação discriminatória.

5. Agravo regimental provido.” (fl. 135).

Obediente à ordem processual, a tempo e modo, no seu merecimento,

foi julgada a ação cautelar, estadeando a procedência do pedido, cõnsono o acórdão sumariado na ementa:

“Processual Civil. Desapropriatória. Discriminatória. Levantamento do preço. Cautelar incidental. Dúvida. CPC, artigos 796 e seguintes. Decreto-Lei n. 3.365/1941 (art. 34, parágrafo único).

1. Suspende-se o levantamento do preço quando procedente o pedido discriminatório algemado à mesma área do imóvel expropriado, configurando fundada dúvida sobre o domínio.

2. Provedimento cautelar impedindo o levantamento do preço depositado judicialmente.

3. Procedência da cautelar.” (fl. 143).

Pois bem; seguiram-se os embargos de declaração, sob o timbre de *omissão*, assinalando:

“– a cert. de fl. 137, referenciada no julgamento da cautelar, ‘não espelha a verdade. Ao serem citados os embargantes por carta de ordem...’, ofereceram contestação, que foi protocolizada no dia 15.12.1998, às 15:26 horas, constando cópia do protocolo no frontispício da contestação (doc. incl.).

Tivesse sido lida a resposta a que aludem os embargantes, não teria incorrido o v. acórdão em, pelo menos, três omissões, sobre as quais deveria pronunciar-se o Tribunal.” (fls. 146/147).

As *omissões* foram pontuadas:

“A primeira *omissão* está em que não lobrigou a r. decisão que o pedido fazendário referia-se exclusivamente ao levantamento das verbas referentes à terra nua... ‘No entanto, o v. acórdão *julga procedente o pedido*, não esclarecendo se podem os Embargantes receber o valor das benfeitorias e da verba honorária de seus advogados’.” (fl. 147 – grifei).

“Uma segunda *omissão*. Enganosamente afirma o v. acórdão que ‘o Estado já cumpriu seu dever de depositar o preço, impondo-se que este somente seja levantado por quem de direito, o que só será possível saber ao final da fase demarcatória’. Aqui também faltou o exame do que foi dito na contestação: ‘Na realidade não existe depósito

nenhum, que possa ser liberado ou levantado. A Fazenda do Estado apenas se insurge quanto à possibilidade de eventual levantamento, se for feito o depósito. A Fazenda do Estado apenas empreendeu o depósito prévio, esse sim, já levantado pelos expropriados, em razão de v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça, que reformou decisão denegatória do MM. Juiz do 1º grau (Ag n. 198.798-2-9 – doc. incl.). Desse levantamento a Fazenda do Estado não recorreu, tornando a matéria preclusa. Agora, pretende reeditar a mesma pretensão no que tange a um depósito que ainda nem foi feito (precatório), procurando reviver matéria já acobertada pela coisa julgada’.” [doc. 1]. – fls. 148/149 – (grifos originais).

“Uma terceira *omissão*: ... não respondeu o v. acórdão o alegado na contestação, de que a pretensão da Fazenda Estadual encontra óbice na preclusão”... (fl. 149).

Na esteira das preposições sintetizadas foram articulados os pedidos (fl. 150).

Concluída a comemoração dos acontecimentos processuais, a foco dos temas motivadores dos embargos declaratórios, impõe-se a correspondente composição judicial. Com esse propósito, inicialmente, na pertinça de faltar “a contestação dos requeridos (cert. fl. 137)...”, de logo, registra-se que houve *erro material* quanto ao número da folha. Pois, em verdade, a certidão sobre o assunto está à *fl. 123* e não *137*, cuja certidão tem conteúdo diferente. A retificação do número da folha é decorrência obrigatória.

Em relação à *falta de contestação* anotada à fl. 140, presa a atenção às peças informativas, averigua-se que, expedida a Carta de Ordem, certificada a citação determinada (cert. fl. 120 – verso), foi devolvida sem apontamento algum sobre a apresentação da aludida contestação (termos de fls. 121/122). Logo, a certidão referenciada na motivação do acórdão embargado, juntada a Carta de Ordem cumprida, com exatidão, explicitou a realidade processual.

É certo que, instruindo a petição dos embargos sob exame, os embargantes juntaram cópia de contestação, com a mesma data da citação – 14.12.1998 (cert. fl. 120 – verso) –, embora protocolizada no dia imediato (fl. 152).

Todavia, seja entre as peças da Carta de Ordem ou no protocolo desta Corte, quando da certidão de *fl. 123*, a contestação não estava nos autos. Em sendo fiel multicitada certidão à situação processual, não houve a

imaginada desatenção do Relator (“tivesse sido lida a resposta...” – fl. 147). Não era possível ler peça que não estava nos autos.

Não obstante, apesar do ocorrido, à ocasião, para argumentar, mesmo estivesse nos autos a contestação, algemam-se considerações às alegadas *omissões*.

Primeiramente, a respeito do direito, ou não, “ao levantamento dos valores referentes às benfeitorias e verbas sucumbenciais”, é preciso recordar que o pedido da autora da cautelar objetivou “a suspensão de todo e qualquer levantamento do preço pago nos autos da ação de desapropriação...” (fl. 13).

Aconteceu que, por decisão singular, indeferida a *liminar* (fls. 96/97), no julgamento do agravo regimental, provendo-o, a Turma deferiu a liminar e emprestou “efeito suspensivo” ao recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo (fls. 129 a 134 e 135). Significa dizer: quer no tocante à existência de valor depositado ou a ser efetivado, eventual levantamento ficou obstado e com reflexos naquele já ocorrido. Demais, com o mencionado “efeito suspensivo” dado ao recurso especial, obvia-se que os efeitos do agravo de instrumento, provido em favor dos ora embargantes, também foram afetados. Se o Estado concretizou, ou não, todo o depósito exigível é aspecto que, na cautelar, perde significação conclusiva.

Em assim sendo, não é difícil compreender que a medida cautelar deferida com a reanimação da sustentação vitoriosa no agravo regimental, sem excetuar os valores discriminados (terra nua, benfeitorias e verbas sucumbenciais), suspendeu “qualquer levantamento” até o julgamento do recurso especial, mantendo o “efeito suspensivo”. Enfim, albergou amplamente os créditos vindicados.

Por essas estrias, a rigor, não houve omissão e descogita-se de contradição (art. 535, II, CPC). Contudo, de forma integrativa, fica esclarecido o alcance do aresto embargado.

À parla “do Estado-membro ter cumprido o dever de depositar o preço”, *a uma*, reaviva-se que, no julgamento, as razões de contestação não estavam nos autos. *A duas*, davante, suas razões não foram consideradas. Mas, se analisadas, sublinha-se que, tal como posto na fundamentação do aresto apropriado ao agravo regimental e incorporada à motivação do deferimento da cautelar, o aspecto do depósito ter, ou não, se realizado, fica desimportante, uma vez que a proteção cautelar abrangeu depósito existente ou devido. Além disso, dito “efeito suspensivo” tem largo espectro processual.

De conseguinte, igualmente, não se perfilia a *omissão*. Os registros feitos esclarecem por que e espancam dúvidas na compreensão do julgado.

No lançamento de *omissão* aprisionada à ocorrência de *preclusão*, reitera-se que, então, à falta de contestação, o tema não ensejava exame específico. Não bastante, comporta lembrar que o v. acórdão constituído no Agravo de Instrumento n. 65.856-5-0 foi desafiado por recurso especial admitido com “efeito suspensivo” (fls. 72 a 80, 81 a 91 e cert. fl. 137). Agrega-se, quando do julgamento do agravo regimental a questão não foi alvoroçada. E, se prequestionada no recurso especial, merecerá consideração.

Por essas linhas, também não se consubstancia a *omissão* enfocada.

Pelo vinco da exposição, embora não confirmadas as apregoadas *omissões*, apenas servindo as alegações para as explicitações feitas, ficando rejeitadas as arguições que procuraram demonstrá-las, parcialmente, acolho os embargos, com o fim único de afastar o *erro* no registro da folha onde foi certificada a falta de contestação, afirmando que a certidão está à fl. 123 e não à fl. 137.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 237.165 – SP

(Registro n. 99.0099942-8)

Relator: Ministro José Delgado
Embargantes: Quality Corretora de Mercadorias Ltda e outro
Advogados: Daniel de Camargo Jurema e outros
Embargado: Município de São Paulo
Advogados: Auto Antônio Reame e outros

EMENTA: Tributário – ISS – Bolsa de Mercadorias & Futuros – Embargos de declaração.

1. Não há necessidade de perícia para a caracterização das atividades desenvolvidas pela Bolsa de Mercadorias & Futuros.

2. Acórdão que enfrentou a discussão jurídica posta na lide com

base em interpretação de cláusula contratual de empresa e de legislação do ISS. Matéria unicamente de direito.

3. Só há contradição em acórdão quando as premissas lançadas divergem da conclusão assentada.

4. Embargos conhecidos e acolhidos, mantendo-se, porém, a parte dispositiva do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e os acolher, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília-DF, 25 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Quality Corretora de Mercadorias Ltda e outro apresentam embargos de declaração com referência ao acórdão de fls. 614/633, alegando, em síntese, que:

a) o acórdão embargado não fez menção à alegada violação dos arts. 130, 330, I, 334, III, e 420 do CPC, temas devidamente prequestionados e suscitados no recurso especial interposto;

b) há contradição na afirmação do acórdão embargado ao sustentar que, “na BM&F, os embargantes prestam serviços de intermediação de ‘mercadorias’, significa também dizer que os negócios ali realizados, que podem envolver, por exemplo, taxas ou juros, taxa de câmbio ou índice Bovespa, configuram operações de circulação de mercadorias. E isso não faz o menor sentido, pois, como é cediço, tais negócios têm a natureza de operação financeira, sujeitos ao IOF, nos termos do art. 153, V, da CF”;

c) há, também, omissão no acórdão por ter afastado alegação das ora embargantes, “no sentido de que a atividade por elas desenvolvida na BM&F

estaria inserida na esfera da competência da União e não da Municipalidade (CF, arts. 153, V, e 156, III), quer por que ela, por si só, caracteriza operação financeira, envolvendo títulos e valores mobiliários, quer por que integra a própria operação bursátil, devendo receber, pois, o mesmo tratamento tributário destinado a esta, ou seja, sujeitando-se à cobrança pela União do imposto sobre operações financeiras”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Recebo os embargos. Há, realmente, no corpo de sua fundamentação, ausência de análise e decisão sobre os dispositivos legais apontados pelas recorrentes e que foram devidamente prequestionados.

Início investigando se procede ou não a alegada nulidade dos vv. acórdãos dos embargos infringentes e dos embargos de declaração.

O exame da questão determina o meu convencimento no sentido de que inexistente a nulidade apontada e, conseqüentemente, a violação dos arts. 165, 458, I e III; e 535, I e II, do CPC.

O acórdão de 2ª grau, de modo claro e preciso, desenvolveu razões adequadas para rebater tal pretensão. No tocante ao pretendido pelas autoras, de que o julgamento deve ser anulado por ausência de prova pericial, assim manifestou-se o aresto (fl. 429):

“Não se acha bem explicada nas razões recursais a necessidade da perícia se a apelante descreveu minuciosamente o mecanismo de uma bolsa de mercadoria e futuros, ou seja, de como se desenvolvem os negócios nela praticados, sem oposição da parte contrária, portanto sendo a rigor fato incontroverso. A perícia destina-se à prova de fato dependente de conhecimento especial de técnico, tal como é a dicção do inciso I do art. 420 do Código de Processo Civil, e não para suprir deficiência da parte na explicitação do fato de querer extrair a conseqüência jurídica almejada. Inexiste, pois, o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, se não há fato cuja demonstração dependesse de conhecimento especial de técnico, mas só aferível pelo conhecimento geral das pessoas.”

Corretas a fundamentação e a conclusão a que chegou o **decisum** de 2ª grau.

As atividades desenvolvidas pelas Autoras não necessitam ser explicitadas por prova pericial. Elas estão bem expostas, definidas e limitadas nas expressões da petição inicial, quando registrou (fl. 6):

“Com efeito, as operações realizadas nas Bolsas de Mercadorias apresentam particularidades que deverão ser provadas, oportunamente, por prova pericial que se faz necessária, onde se demonstrará que nelas inexistente intermediação ou corretagem, na medida em que não existe uma aproximação das partes.

Na Bolsa de maior movimento do País, Bolsa de Mercadorias e de Futuros, quando determinada pessoa realiza uma operação com ativos financeiros e/ou *commodities*, a mesma não sabe de quem está comprando e/ou vendendo. Pelo mecanismo hoje existente – que se demonstrará através de prova pericial, o que desde já se requer – as partes contratantes não se conhecem e não existe aproximação entre elas. Logo, não há que se falar em intermediação ou corretagem.

A Autora, por sua vez, não presta os serviços que pretende a Municipalidade enquadrá-la. Recebe a autora, sim, valores que correspondem à taxa de registro de contratos e remunerações por serviços de natureza financeira, eventualmente tributáveis pela União.

Portanto, em não havendo intermediação, não haverá Imposto sobre Serviços a ser cobrado. Tal afirmativa ficará demonstrada, cabalmente e de forma cristalina, reitere-se, com a produção de prova pericial e juntada de documentos.”

Acrescente-se, ainda, que a mesma petição inicial, à fl. 3, esclarece:

“No exercício de suas atividades a autora realiza operações no mercado a termo, opções, futuro e à vista com contratos referenciados em Ouro, Dólar, Índice Bovespa, Taxa de Juros e outras *Commodities*.”

Esses fatos não necessitam ser clareados por prova pericial.

Eles, para a solução de litígio, estão bem definidos, compreendidos, para que o intérprete e julgador defina se são causas determinadoras de exação do ISS ou não.

A questão, como visto, é puramente de direito, por inexistir controvérsia sobre as provas.

A insistência das Autoras está no ponto em que afirmam não prestarem serviços de intermediação nos negócios celebrados, não recebendo qualquer remuneração a esse título, por terem como objetivo uma atividade de “proteção contra riscos das variações de preços, contribuindo para a correta fixação dos preços, e que os negócios ali realizados têm como objeto contratos que se referem a bens, portanto, títulos e valores mobiliários, verdadeiros instrumentos, inseridos no mercado de capitais”.

Essa afirmação das Autoras foi analisada pelo acórdão, em confronto com a cláusula III de seu contrato social, que define:

“A sociedade tem por objeto social: a) a intermediação no mercado nacional e internacional de negócios, envolvendo quaisquer tipos de matérias-primas, produtos primários, operações de mercado, à vista, a termo, ou futuro, de índices financeiros, e de mercadorias, por conta própria e de terceiros, mediante a execução de ordens de compra e venda nos mercados organizados, inclusive nas diversas bolsas de mercadorias e/ou mercantis e de futuros.”

Tudo foi solucionado, portanto, fora do campo de interpretação de normas jurídicas aplicáveis às atividades exercidas pelas empresas.

Desnecessária, por conseguinte, prova pericial para a solução do litígio.

Tenha-se em consideração que o acórdão embargado assentou o entendimento de que o mercado de futuros desenvolve-se com apoio fundamental na comercialização de mercadorias, pelo que a sua natureza jurídica não se enquadra no campo de atividade financeira pura, por ser a mercadoria (bem móvel) o lastro de seu funcionamento.

Não ocorreu, portanto, no julgamento da presente lide, o cerceamento de defesa.

Os fatos são incontroversos. Os efeitos que eles produzem, em face da legislação tributária, produzem divergências entre a concepção do autor e a do julgado. Logo, a matéria é rigorosamente de direito, sem necessidade de prova pericial.

Não há contradição no acórdão recorrido.

Esse defeito só ocorre quando as premissas lançadas não se harmonizam com as conclusões determinadas.

A leitura do acórdão, em sua inteireza, não caracteriza esse desconhecimento. A fundamentação desenvolvida foi no sentido de que há intermediação

de bens móveis (mercadorias) praticada pelas autoras, pelo que estão obrigadas ao pagamento do ISS.

A pretensão das Embargantes é de, a título de contradição, alcançar rejuízo da causa.

Não há contradição no acórdão ao afirmar que “os negócios jurídicos realizados na Bolsa de Mercadorias & Futuros têm por objeto direitos caracterizados em títulos e valores mobiliários” e que as corretoras são “instituições autorizadas pelo Governo Federal”.

Há uma afirmação lógica, cadenciada, sem qualquer contradição, ao se reconhecer que tais negócios representam intermediação de bens móveis, portanto, sujeitos ao ISS.

As Embargantes confundem visão interpretativa do julgador com contradição. Esta é de natureza pontual, devidamente caracterizada pelo desconforto entre razões postas e conclusões assentadas.

A última omissão apontada pelas Embargantes inexistente. Impossível, em sede de recurso especial, proferir-se julgamento para aplicar-se o disposto nos arts. 153, V, e 156, III, da CF. Essa discussão só pode ocorrer em sede de recurso extraordinário. Nesse quadro colocam as embargantes a existência da omissão. Sem base jurídica, portanto, a referida alegação.

Isto posto, conheço dos embargos, nos termos acima explicitados, complementando o acórdão, que prevalece pelas suas conclusões.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 8.526 – SP

(Registro n. 99.0029310-0)

Relator: Ministro José Delgado
Recorrente: Paulo de Moraes Ferrarini
Advogado: Paulo de Moraes Ferrarini
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Carlos Miguel Bueno

EMENTA: Habeas corpus – Depositário – Execução fiscal.

1. Ausência de qualquer prova da possibilidade de ameaça de prisão ao recorrente, haja vista não ter sido nomeado depositário dos bens penhorados (faturamento mensal da empresa).

2. O **habeas corpus** preventivo, no caso em espécie, visa produzir efeitos de embargos à execução. Impossibilidade.

3. A concessão de **habeas corpus** preventivo exige séria ameaça de consumação de ato privativo de liberdade. Necessidade de se demonstrar atos concretos de possível constrangimento ilegal a ser implantado.

4. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, negar provimento ao recurso. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro José Delgado, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 22.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso ordinário em **habeas corpus** interposto em face de acórdão com fundamentação sintetizada na ementa do teor seguinte (fl. 125):

“**Habeas corpus** preventivo. Penhoras que recaíram sobre o faturamento bruto da empresa, totalizando 100% do faturamento, segundo o impetrante. Inexistência de qualquer ilegalidade, a ser discutida em sede de **habeas corpus**. Liminar indeferida. Ordem denegada.”

O eminente Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, ao oferecer parecer, relatou a hipótese, com fidelidade ao existente nos autos, do modo seguinte (fls. 158/159):

“Trata-se de recurso em **habeas corpus** preventivo interposto em favor de Carlos Miguel Bueno, diretor da firma denominada ‘Tempe Industrial Ltda’, que, em face de execuções fiscais promovidas pelo Estado de São Paulo, relativas a débito do ICMS, resultou penhorado o faturamento bruto mensal da empresa, pelos Magistrados da Comarca de Santo André-SP, impondo-se ao paciente o ônus de fiel depositário.

Alega que a arrecadação da empresa está sendo consumida em pagamento de salários e encargos, encontrando-se em situação de dificuldades para cumprir o ônus, sem que a leve à falência.

Ressalta, entretanto, que o não cumprimento da determinação judicial implicará na prisão civil do paciente como depositário infiel, porque a renda bruta da empresa inexistente, para fazer face à gravosa penhora, que, sem observância da gradação legal, substituiu os bens dados em garantia, que sequer foram avaliados, argumentos esses renovados no recurso ordinário constitucional.

O acórdão guerreado, fundado no parecer ministerial, assim se encontra ementado:

‘**Habeas corpus** preventivo. Penhoras que recaíram sobre o faturamento bruto da empresa, totalizando 100% do faturamento, segundo o impetrante. Inexistência de qualquer ilegalidade, a ser discutida em sede de **habeas corpus**. Liminar indeferida. Ordem denegada.’

Consta do acórdão recorrido a remissão ao parecer do Ministério Público segundo o qual ‘Não há, nem a impetração demonstrou, qualquer ‘iminência’ de expedição de ordem de prisão civil contra o paciente. Ademais, pelas esclarecedoras informações prestadas (fls. 80/83, 85/110 e 112/113), os MM. Juízes signatários destas não acenaram com a mínima possibilidade, ou disposição para tanto, tendo havido, inclusive, num dos processos, redução da questionada penhora, de 30 para 10% (fl. 113).’

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Manifesto, em primeiro lugar, pela afirmação da competência da Turma para processar e julgar o presente recurso ordinário em **habeas corpus**, em face da interpretação dada ao art. 9^a do Regimento Interno deste Tribunal, pela Corte Especial, ao julgar o CC n. 22.009-DF, cuja ementa contém o seguinte:

“Competência da Segunda Seção. Conflito negativo entre Seções do STJ. **Habeas corpus**. Matéria de Direito Civil. Inteligência do art. 9^a do Regimento Interno desta Corte.

Interpretação do art. 9^a do RISTJ, no sentido de que o critério por ele eleito para definição de competência de suas Turmas e Seções é concernente à matéria a ser decidida, ou seja, à área da ciência do Direito tal como instrumenta o ordenamento jurídico vigente.

Em resumo, o objetivo não é priorizar o tipo de processo, mas sim o litígio que esse instrumento processual conduz perante o Tribunal.

Competência da Segunda Seção, quando se tratar de tema de área do Direito Civil.”

Do curso da apreciação do referido conflito, colho os fundamentos dos votos proferidos pelos eminentes Ministros presentes ao julgamento:

“O Sr. Ministro Bueno de Souza (Relator): Sr. Presidente, o eminente Ministro Barros Monteiro, ao suscitar o presente conflito negativo de competência, assim fundamentou suas razões, **verbis**:

‘Segundo a norma inscrita no art. 9^a, **caput**, do RI desta Corte, ‘a competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídico-litigiosa’.

Consoante assinalado, cuida-se aqui de **habeas corpus** preventivo, em que se invoca a ocorrência de constrangimento ilegal em face da cominação de prisão civil do devedor fiduciante. O pleito, pela sua natureza, está a envolver a liberdade de locomoção do cidadão. Daí por que, de maneira indiscrepante, se tem admitido neste egrégio Tribunal a competência para apreciar os

habeas corpus, em geral à colenda Terceira Seção. Apenas a título exemplificativo e no campo da admissibilidade da prisão civil na alienação fiduciária em garantia, podem ser enumerados os seguintes arestos oriundos daquela colenda Seção, nos quais não se pôs em dúvida a sua competência: HC n. 5.583-DF, Relator designado o Sr. Ministro William Patterson; HC n. 6.541-MG, Relator Ministro José Dantas; HC n. 6.102-SP, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini; HC n. 5.350-SP, Relator Ministro William Patterson; HC n. 5.267-SP, Relator Ministro Anselmo Santiago; HC n. 2.155-SP, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro; HC n. 3.294-SP, Relator Ministro Adhemar Maciel.⁹

Ressalto, para maior esclarecimento da matéria sob exame, que a doutra representante do Ministério Público Federal, ao se pronunciar sobre o mérito, o fez nos seguintes termos:

‘Ante o disposto no art. 9º, **caput**, do RISTJ, que estabelece, **in verbis**, que ‘A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa’, entende o Ministério Público Federal, **data venia** melhor juízo, que a definição da competência das Seções dessa egrégia Corte de Justiça para julgamento do recurso especial, está diretamente vinculada à *natureza da tutela jurisdicional pretendida*, ou seja, à matéria objeto do litígio.

Dessa forma, necessária se faz a busca exata da natureza desta tutela jurisdicional, qual seja, o direito que se pretende resguardar e o âmbito em que se situa dentro do ordenamento jurídico no que respeita à matéria discutida no mérito do recurso especial.

In concreto casu, verifica-se que o objeto da demanda envolve *matéria de natureza civil*. O que se discute no presente recurso especial é a negativa de vigência dos artigos 904, parágrafo único, do CPC e 4º do Decreto-Lei n. 911/1969, *sendo esta matéria o fator relevante para a fixação da competência no âmbito deste colendo Tribunal Superior, conforme seu Regimento Interno*.

Ademais, o instituto do **habeas corpus** é, de fato, instrumento processual de origem constitucional, para resguardar a liberdade

de locomoção do cidadão, esteja ela sendo atingida em virtude de decisão em torno de relação de Direito Público (Direito Penal), ou Privado (Direito Civil). Assim, independe, tal instituto assegurador das liberdades constitucionais, da esfera jurídica em que se situe a discussão, configurando-se como meio processual constitucionalmente previsto para garantir a liberdade de locomoção do agente.

Necessária, **opportune tempore**, a análise da decisão proferida no Recurso em **Habeas Corpus** n. 55-SP (in Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 12, p.p. 119/188, agosto/1990) que tem indicado o norte para a fixação de competência em casos similares, assim ementado:

‘Ementa: Processo Penal. Prisão civil. Recurso em **habeas corpus**. Réu preso. Competência.

Tratando-se de recurso em **habeas corpus** relativo a réu preso, a competência para apreciá-lo e julgá-lo é da Terceira Seção deste Tribunal.’

É imperioso, a princípio, salientar-se que o contexto fático motivador do **decisum** acima transcrito difere amplamente do caso presente tendo em vista que *o processo atual não avalia qualquer aspecto relativo ao **habeas corpus***, em momento algum se buscou questionar o seu cabimento, ou mesmo o mérito do pedido. Ademais, sequer houve prisão, haja vista tratar-se de **habeas corpus** preventivo, que pudesse ensejar a possibilidade de configuração de qualquer aspecto de natureza penal à presente causa.

Conforme ressaltado anteriormente, *cuida-se do julgamento de recurso especial, interposto contra decisão em **habeas corpus** preventivo, com o objetivo de dirimir questão jurídica relativa à vigência e interpretação jurisdicional de legislação civil, sendo esta, portanto, indubitavelmente, a natureza da relação jurídica subjacente.*

Observando-se o teor dos votos no julgamento acima mencionado, verificaremos relevantes aspectos que demonstram a cristalina diferença entre os dois procedimentos. O presente, que se ocupa em discutir, em sede de recurso especial, aspectos da

legislação civil objetivando definir a possibilidade ou não de se equiparar a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito para fins de prisão civil, em contraposição ao Recurso em **Habeas Corpus** n. 55-SP, cuja discussão jurídica repousa sobre os princípios fundamentadores do próprio instituto do **habeas corpus**.

Atento a estes aspectos, assim se manifestou o ilustre Ministro Garcia Vieira, naquela oportunidade Relator do feito, favorável à fixação de competência em favor da egrégia Segunda Seção, **in verbis**:

‘Resta saber quais são os traços mais característicos da ameaça de prisão ou da prisão do depositário infiel e perquirir qual a matéria preponderante. A nosso ver é a de Direito Privado porque se discute a existência do próprio depósito, seu conceito, sua natureza jurídica, se houve ou não a devolução ou arrecadação dos bens, se restaram ou não comprovados os pressupostos para a ameaça de prisão e a decretação desta. A apreciação de todas estas questões cabe ao Juízo Civil. A própria prisão do depositário infiel é uma prisão civil tendente a compeli-lo a cumprir uma obrigação também de natureza civil.’

Também favoráveis a esta tese, destacam-se, do voto do eminente Ministro Bueno de Souza, as seguintes assertivas:

‘... quer me parecer que o critério que foi eleito pelo Regimento Interno é concernente à matéria a ser decidida, ou seja, à área da ciência do Direito tal como instrumenta o ordenamento jurídico vigente, em que encontra a sua sede o ato qualificado como portador de violência ou coação. Em outras palavras, penso que não se deveria dar prioridade ao tipo de processo, ou seja, tratar-se de um **habeas corpus**, de um mandado de segurança ou de um procedimento tal ou qual, mas sim ao litígio que esse instrumento processual conduz perante o Tribunal.’

Constatam-se, ainda, da minudente análise dos votos contrários a este entendimento, à época vitoriosos, fixando a competência para a egrégia Seção Criminal, que os argumentos expendidos

pelos ilustres Ministros fundamentam-se basicamente em dois aspectos:

a) tratar-se o **habeas corpus** de instituto de natureza intrinsecamente penal, cuja regulamentação do procedimento está inserida no âmbito do Processo Penal, devendo, assim, ser analisado pela Seção competente para feitos criminais, como se pode observar da transcrição de trecho do voto do ilustre Ministro José Dantas:

‘Na verdade, com esse objetivo constitucional específico, tenha-se por correto dizer-se que o **habeas corpus** se rege por normas procedimentais genuinamente penais, tal como se alojam no centro do Código de Processo Penal.

Ademais, no caso do depositário infiel, embora a prisão se autorize por força da legislação civil, desde ela própria se esboça a consequência penal tipificante do crime de apropriação indébita.

Daí, não há negar que, antes de dever-se atender a natureza jurídica da compulsão, para efeito da competência revisora da decisão, deve-se atender a natureza jurídica do processo revisor, o **habeas corpus**, remédio de conotação processual penal por excelência.’

b) ser necessário observar-se questões práticas relativas à conveniência deste colendo Sodalício, como se vê na manifestação do eminente Ministro Nilson Naves (...) ‘Mas, há outro fundamento, de ordem pragmática. Na distribuição de trabalho, a que aludiu o Sr. Ministro Carlos Velloso, o Tribunal não pode esquecer o lado prático das coisas – a verdade da proposição reside na sua utilidade – sob o risco de inviabilizar uma de suas Seções, futuramente’.

Relativamente ao primeiro fundamento acima elencado há que afirmar ser escorreito e irretorquível no que tange à caracterização do **habeas corpus** como instituto de natureza penal, ressaltando-se também sua natureza constitucional. Contudo, tal assertiva, salvo melhor juízo, corrobora a posição adotada por este *Parquet* Federal no caso em comento, simplesmente pelo fato de que o que se discute aqui *não trata da ordem de habeas corpus*

propriamente dita, mas de interpretar a matéria civil suscitada em recurso especial.

Quanto ao argumento relativo à conveniência daquela fixação de competência, **data maxima venia**, não deve prosperar vez que em flagrante confronto com o que estabelece o Regimento Interno desta colenda Corte Superior. Ademais, a fixação de competência, pela mesma razão de conveniência, deverá ser feita levando-se em conta a especialização das colendas Turmas.

Neste sentido é oportuna a manifestação do Sr. Ministro Carlos M. Velloso, conforme transcrição a seguir:

‘Com a devida vênua, não me parece que deva ser assim. Na verdade, não há negar que a natureza da relação jurídico-litigiosa subjacente é de Direito Civil, é de Direito Privado. Destarte, competente para julgar o **habeas corpus**, que, além de ser a ação sob o ponto de vista jurídico-processual, é, também, uma garantia constitucional, é a Seção incumbida de apreciar as questões de Direito Privado, que é a egrégia Segunda Seção. É que, na verdade, nada há de Direito Penal, no caso. A Constituição autoriza a prisão, prisão civil, prisão administrativa, do depositário infiel e do responsável por inadimplemento de pensão alimentar. A Seção vai decidir, nesta causa, neste **habeas corpus**, se o depositário é mesmo infiel frente à legislação civil, jamais frente à legislação penal; ou vai verificar se o responsável por pensão alimentar tornou-se inadimplente por um motivo ou outro, próprio ou atinente ao Direito Civil, jamais ao Direito Penal.

Vale dizer, a Seção jamais mandaria libertar o Impe-trante com base em um dispositivo de lei penal, e sim com base em um dispositivo da legislação civil.’

Após colacionar os pronunciamentos acima, e retomando-se a argumentação originária de que a competência, **in casu**, deve ser fixada às colendas Turmas da egrégia Segunda Seção, concluiu-se afirmando que, para a determinação da competência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, necessária se faz a observação do seu Regimento Interno, conforme se lê no **caput** do seu 9^o artigo combinado, no caso em comento, com o § 2^o, II.

Assim, o que se deve perquirir em casos como o presente, são as questões a serem deslindadas quando do julgamento de mérito do recurso.

Desta forma, é necessário perseguir a definição destas questões situando o direito defendido no âmbito da divisão interna, das matérias, no Órgão Julgador, e não pelo tipo de procedimento judicial que está sendo utilizado para a defesa do direito.

Neste sentido é exemplificativa e escorreita a manifestação do ilustre Ministro Bueno de Souza, nos termos a seguir transcritos:

‘... tratar-se-á de verificar se o ato atacado pela impeção perpetra ou não uma coação ou uma violência contra a liberdade de locomoção. Violência ou coação contra a liberdade de locomoção que se qualifique como ilegal ou como prática de abuso de poder, tendo em vista o modo como a lei autoriza o juiz a decretar uma prisão por infidelidade, no depósito, questões que certamente surgirão: Existe depósito? Ocorreu infidelidade no depósito? Havia débito por pensão? Deixou de ser pago? Houve intimação regular para pagar? São questões, a meu ver, concernentes à matéria de Direito Civil. Penso que não deveríamos dar realce ao tipo de procedimento adotado, porquanto, sendo **habeas corpus** um meio de tutela da garantia constitucional de liberdade, ele pode ser empregado onde quer que a liberdade esteja em jogo. E isto tanto pode acontecer a propósito do exercício da ação penal como a propósito, quem sabe até, de uma atividade meramente privada.’

Voltamos, por conseguinte, à necessidade de análise da matéria jurídica subjacente ao procedimento, **in casu**, matéria civil discutida em recurso especial, apenas ensejado pelo recurso em **habeas corpus**. Temos, portanto, em síntese, que, discutindo-se a liberdade, a prisão ou o abuso de autoridade, estar-se-á analisando matéria de natureza pública (penal), isto definiria a competência das Turmas Criminais. Não obstante, em se tratando de questões atinentes à esfera civil, tal definição não poderá ser feita com base no meio processual utilizado (**habeas corpus**) e sim, com fundamento na matéria a ser decidida, para que se respeite o princípio regimental da especialização das Turmas.

Temos por fim que, definida a natureza jurídica da relação litigiosa, **in casu**, matéria civil, é procedente, no entender deste *Parquet* Federal, a argumentação quanto à *incompetência* da colenda Terceira Seção, com fundamento no § 2º, II, do artigo 9º do RISTJ (conquanto esteja ciente, este Ministério Público Federal, que de há muito as egrégias Turmas que compõem aquela colenda Terceira Seção venham julgando sem qualquer óbice casos de idêntica natureza).’

Por fim, conluo por reiterar os argumentos por mim expendidos quando daquela assentada, razão pela qual, conheço do conflito para declarar competente a egrégia Segunda Seção.

É como voto.”

“O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, quando do julgamento do RHC n. 55 (DJ de 11.6.1990) manifestei-me aqui na Corte pela competência da Terceira Seção, acompanhando o voto do Ministro Armando Rollemberg. Mantive essa posição, em outros julgamentos.

Venho, no entanto, refletindo sobre a matéria. Hoje estou convencido de que incidi em erro. A competência não era da Terceira Seção. É que a relação jurídica em causa é de natureza privada, a saber, a relação subjacente. O Ministro Bueno de Souza bem acaba de colocar a questão, valendo-se do parecer do Ministério Público.

Acompanho S. Ex.^a, dando pela competência da Segunda Seção.”

“O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Sr. Presidente, sempre entendi que a competência era da Seção de Direito Privado. Não tem a mínima importância, para definir a competência, a lei em que esteja inserida a norma processual que regule a matéria. O Regimento optou por dar prevalência ao critério de natureza da relação jurídico-litigiosa, ou seja, do conteúdo do processo da lide. E essa, no caso, é de Direito Privado.

Saliente-se, ainda, haver inconveniente gritante no entendimento que se vale, para definir a competência, do instrumento processual utilizado. Decretada a prisão em um determinado processo, se a parte valer-se do **habeas corpus**, a matéria será examinada pela Seção que cuida de Direito Penal. Nesse mesmo processo, o juiz poderia ter

negado a prisão e a parte entraria com um agravo para que aquela fosse decretada. O eventual recurso especial iria para outra Seção.

A mesma decisão, portanto, seria objeto de consideração por Seções diferentes, exclusivamente em função da via eleita, e não da relação jurídica. Na hipótese de alienação fiduciária, que é o caso, pode a parte discutir a validade do próprio contrato. Essa mesma relação jurídica pode ser considerada existente pela Seção de Direito Privado e inexistente pela Terceira Seção.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.”

“O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, também entendo que não é o tipo de ação que define a competência. Não é pelo fato de se tratar de um **habeas corpus** que temos que remeter o processo para a Seção Criminal. O que regula é a relação jurídico-litigiosa. No caso, parece-me que é de Direito Privado.”

“O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: Sr. Presidente, tenho votado no sentido de eleger a competência da Terceira Seção. Assim o faço porque, por reiteradas vezes, fui voto-vencido. Por questão de política criminal tenho declinado no sentido do entendimento majoritário. Só, recentemente, quando o tema foi suscitado em sustentação oral, é que renovei a minha tese, ressaltando, todavia, o entendimento para acompanhar a orientação da egrégia Terceira Turma. Efetivamente, a competência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 9º do nosso Regimento, baseia-se na natureza da relação jurídico-litigiosa.

Ora, o que se debate é a exigência, ou direito, ou obrigação decorrente de um contrato de alienação fiduciária. Conseqüentemente, não está em jogo, não se debate a temática da competência da Terceira Seção, qual seja, como todos sabem, matéria penal, previdenciária e de locação urbana. O tema é de grande importância. Interessante é que se tomasse posição, porque a divergência que acontece – e muito bem explicitada pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro – projeta-se ainda quando existe a prisão civil decorrente do inadimplemento injustificado de alimentos.

Ora, a relação da obrigação de ser devido ou não o pagamento dos alimentos é da Seção de Direito Privado, enquanto estamos julgando da legalidade ou não de uma decisão de matéria civil.

Em razão destas considerações, concitaria o egrégio Conselho a fim de manifestar-se, mais uma vez, e, no caso, declinando, conferindo, declarando a competência da egrégia Segunda Seção.

Acompanho as doutes razões do Ministro-Relator.”

“O Sr. Ministro Fontes de Alencar: Sr. Presidente, tenho por certo que a competência é da Segunda Seção. Assim me tenho manifestado em vários casos há algum tempo. Penso mesmo que, no fundo, essa decisão existe pelas impropriedades que se contém neste Código de Processo Penal, há quase seis décadas granitizado. É o único Código de Processo Penal do mundo que fala em prisão administrativa e em prisão na jurisdição civil.

Acompanho o entendimento já exposto pelos meus eminentes colegas.”

“O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo: Sr. Presidente, tenho, apesar da relevância dos argumentos dos eminentes Ministros que me antecederam, especialmente aqueles da área de Direito Penal, que, na realidade, essa relação jurídica não é de Direito Privado, mas de Direito Público. O que se vai discutir no **habeas corpus** é a legalidade da prisão. A relação que se forma é entre o requerente do **habeas corpus** e o estado-juiz, para se saber se a prisão é ou não legal. A relação é de Direito Público. O que pode haver é que o juiz, no exame para efeito de concessão ou denegação do **habeas corpus**, incursione também nessa relação, na verificação de se tratar ou não de depositário infiel ou daquelas outras hipóteses em que cabe a prisão civil. Assim como não há mandado de segurança contra ação penal, embora possa existir mandado de segurança contra uma decisão do juízo penal, também não existe **habeas corpus** civil com feição de Direito Privado, porque a relação que se forma é entre o requerente e o estado-juiz que lhe cerceou a liberdade. A relação é de Direito Público e não de Direito Privado. A relação é outra, é aquela que decretou a prisão; não é a que examinou o contrato entre as partes, não é esta relação que estará em jogo. A relação em jogo é a da legalidade da prisão, completamente diferente. Na ação de depósito, por exemplo, só se decreta a prisão do depositário infiel após a sentença transitar em julgado. Portanto, a relação jurídica entre autor e réu (na ação de depósito) e a relação processual entre as partes já se finou, sequer existe, no momento em que se requer o **habeas corpus**. Portanto, ao se julgar

o **habeas corpus**, não há interferência na relação de direito material (entre o autor e o réu, na ação de depósito) e nem na relação processual.

Figuremos, ainda, a hipótese de no **habeas corpus** se alegar, apenas a nulidade da decisão – que decretou a prisão – por desfundamentada. Onde o **habeas corpus** interfere na relação anterior (autor e réu, na ação de depósito), quer de direito material, quer processual? O juiz criminal tão-só analisa se a decisão está em consonância com a lei e com a Constituição Federal (art. 93, IX). A relação que se forma, no **habeas corpus**, é outra, de Direito Público.

Fico vencido, considerando competente a egrégia Terceira Seção.

É como voto.”

“O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro Demócrito Reinaldo para acompanhar a maioria. Parece-me que, efetivamente, a regra estabelece: quem decreta a prisão será o competente para cancelá-la. Até por essa observação de natureza quase que elementar, o juiz criminal não teria competência para desconstituir um ato praticado por juiz cível.

Acompanho a douta maioria.”

“O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, as Turmas da Terceira Seção têm julgado inúmeros **habeas corpus** versando esta matéria. Todavia, desde o início, assentou-se que o entendimento correto seria o de ser competente a Segunda Seção. Como bem acentuou o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, o nosso Regimento, ao estabelecer o rol de competência de cada Seção, estabeleceu um critério; a relação jurídico-litigiosa, a relação de direito material. Portanto, não é um instrumento processual que irá definir a competência do Órgão do Tribunal para julgar a matéria. Embora estivéssemos julgando essa matéria há longo tempo, e, muitas vezes, ressaltando o ponto de vista em face de provocações no sentido de declarar a nossa incompetência, a Corte, em momento oportuno, afirma, de forma adequada, a competência da Segunda Seção para tratar do assunto.

Dá por que, com a devida vênias da divergência, acompanho o voto do eminente Relator.”

“O Sr. Ministro José Dantas: Sr. Presidente, fui honrado com a citação e colação de voto meu em precedente desta Corte. Recordo-me, assim, daquele caso, aqui posto em debate pelos mesmíssimos fundamentos agora reiterados.

Desse modo, peço vênia à douta maioria para manter o entendimento da Corte ao propósito de dois ou três precedentes em que se debateram as mesmíssimas questões debatidas agora.

Mantenho a competência da Terceira Seção.”

Restando configurada a competência da Turma, aprecio o mérito do recurso, por tê-lo tempestivo e adequadamente interposto.

A decisão recorrida não merece reforma. Ela sustenta-se pelos seus próprios fundamentos. Transcrevo-os (fls. 126/127):

“Pretende o Impetrante, em síntese, a concessão de ordem de **habeas corpus** preventivo, ‘... em razão de encontrar-se em perigo iminente de ser decretada a prisão civil do paciente como depositário infiel, pelo não cumprimento de ordem judicial...’ (fl. 8), o que, a meu ver, razão não lhe assiste.

Com efeito, devedor declarado de ICMS, o paciente Carlos Miguel Bueno, que dirige a empresa ‘Tempe Industrial Ltda’... viu-se nomeado depositário infiel de várias penhoras que recaíram sobre o faturamento bruto de sua empresa, totalizando elas, segundo afirmou, o montante de 100% do faturamento.

Ora, independentemente de se discutir sobre a legalidade das constringências, bem como sobre o percentual a que elas totalizam – matérias afetas aos ‘embargos do devedor’ e que devem ser requeridas, portanto, no juízo da execução –, não vislumbro a ocorrência de qualquer ato ilegal que justifique a concessão de ordem preventiva de **habeas corpus**, porquanto, no caso, pretende o impetrante discutir, em sede de **habeas corpus**, aquilo que corretamente deveria discutir no juízo da execução.

Por outro lado, e consoante ponderou o ilustre Procurador de Justiça oficiante, ‘Não há, nem a impetração demonstrou, qualquer ‘iminência’ de expedição de ordem de prisão civil contra o paciente’. Ademais, pelas esclarecedoras informações prestadas (fls. 80/83, 85/110 e 112/113), os MM. Juízes signatários destas não acenaram com

a mínima possibilidade, ou disposição para tanto, tendo havido, inclusive, num dos processos, redução da questionada penhora, de 30 para 10% (fl. 113) (fl. 118).

Ante o exposto, denegam a presente ordem de '**habeas corpus preventivo**', tirada em favor de Carlos Miguel Bueno. Custas **ex lege**, sem honorários advocatícios."

Assinale-se, também, inexistir qualquer ameaça de prisão contra o impetrante, bem como, conforme revelam os termos da penhora de fls. 22, 39 e 56, não ter o mesmo aceitado ser o depositário. É relevante acentuar que não consta, nos referidos termos, a assinatura do recorrente como depositário.

Esse fato, por si só, revela a inexistência de qualquer ameaça de prisão como noticiada, pela impossibilidade de tal se concretizar sob o fundamento do alegado na inicial.

Isto posto, nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Srs. Ministros, neste caso, continuo vencido, pois digo em meu voto: (lê)

"Assinale-se, também, inexistir qualquer ameaça...

.....

... sob o fundamento do alegado na inicial."

Por essa razão, mantive o acórdão recorrido, porque penso que se o paciente não aceitou o encargo de ser depositário, o que se está discutindo, no fundo, é o que vai ser analisado em sede de embargos de devedor. Através de **habeas corpus**, indiretamente, vamos impedir que seja feito, embora contrariando a nossa jurisprudência, o faturamento da empresa. Penso que seja tema que há de ser discutido nos embargos à execução. Já acompanhei em outras oportunidades – situação em que houvesse depositário nomeado –, pois hoje temos três ou quatro precedentes dessa natureza, no sentido de que ele assinou o termo de penhora, foi considerado depositário, e está sendo ameaçado com prisão por não estar cumprindo.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Mas a Juíza não nega que decretará, mas apenas diz que a penhora foi reduzida de 30 para 10%. Acho que podemos proclamar para prevenir uma violência.

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator, a expressão que V. Ex.^a leu em seu voto, “irá às barras da cadeia”, está em ato judicial ou o Impetrante a cita na petição?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Tenho a impressão que essa expressão foi minha, Ministro Milton Luiz Pereira: (lê)

“O paciente, conforme consta dos documentos que seguem

.....
porque concretamente deveria discutir juízo de execução.”

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: E quanto ao esclarecimento final? Certamente, a autoridade apontada como coatora prestou informações. E, nas informações, faz referência a essa possibilidade de prisão?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Ela não nega. As informações são secas, e ela diz, simplesmente, que reduziu a penhora de 30 para 10%.

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Então, nessas circunstâncias, tenho como razões de convencimento, primeiramente, que, para a concessão de **habeas corpus** preventivo, a ameaça tem que estar concretamente demonstrada. A ameaça tem uma natureza subjetiva – e é o que me parece aí –, quer dizer, há uma certa razoabilidade no receio do paciente em ser preso, mas essa é uma conjuntura puramente subjetiva dele, porque, pelas informações e por toda a sustentação do voto do eminentíssimo Ministro Humberto Gomes de Barros, não consegui divisar uma ameaça concreta, quer dizer, são hipóteses razoáveis, mas não concretas.

Por último, traz uma razão o eminentíssimo Sr. Ministro-Relator, no sentido de que ele, na verdade, não tem nem a qualificação de depositário, porque não assinou e assim não se qualifica como depositário. Ele está na suposição da qualificação de depositário. Então, a ameaça, ainda concretamente, fica mais distante.

Há também mais uma razão puramente prática: este é um **habeas corpus** preventivo. Na hipótese de ser preso, ainda haveria o **habeas**

corpus já por um ato ilegal concreto. Feriria, está certo, como diz V. Ex.^a com a preciosidade de sempre: com um nervo atingido, ele jamais se recom põe. Mas estou olhando no aspecto técnico.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Na verdade, ele diz: “procedemos ao depósito em poder do...”

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): No final do ato, ele rejeitou. Há uma certidão do oficial de Justiça que ele não assina.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: São várias as certidões. Em uma delas, houve o depósito.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Ele assinou o auto?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sim, Excelência, intimado.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Digo aqui: (lê)

“Conforme a realidade dos termos da penhora de fls. 22, 39 e 56, não tendo o mesmo aceitado ser o depositário.”

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Lê-se à fl. 22: (lê)

“Após efetuada a penhora, procedi a nomeação do depósito ao Sr. Carlos...”

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Mas observe que embaixo não está a assinatura dele.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sim, mas, na certidão, o oficial de Justiça certificou que o nomeou depositário.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Mas ele não aceitou.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Mas não há qualquer declaração de que ele não aceitou. À fl. 20, consta a assinatura dele.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Ele assinou o auto de penhora, mas não o termo de depósito, correto?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O termo de depósito também:

“Após efetuar a penhora, procedi ao depósito...”

À fl. 39, consta: (lê)

“Feita a penhora, nomeia depositários dos bens o Sr. Carlos.”

E a assinatura dele está aqui.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Mas é do depósito?

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sim, porque ele diz: (lê)

“Assim, para apresentar qualquer defesa aos embargos, da penhora e do depósito”, porque ele nomeou o depositário.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Eu gostaria de reexaminar isso, porque aqui diz: (lê)

“Assinale-se também inexistir qualquer ameaça de prisão contra o impetrante, bem como, conforme revelam os termos da penhora de fls. 22, 39 e 56, não tendo o mesmo aceitado ser o depositário. É relevante acentuar que não consta, nos devidos termos, a assinatura do recorrente como depositário.”

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Eles fazem o auto de penhora, avaliação e depósito. Então, há uma assinatura só para os três atos. Na verdade, eles fazem num só e depois pegam o sujeito e dizem “você foi o depositário”.

É por isso que prefiro conceder a ordem, visto que não há prejuízo.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Realmente, à fl. 20, há uma assinatura: (lê)

“Certifico finalmente que intimei da penhora...”

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Há certidão?

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Não, não há qualquer certidão.

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: É que eles não lavram certidão. A certidão já está nestes termos: “constituir fulano em depositário”.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): No auto de penhora, há a penhora dos seguintes bens: uma plaina, marca 450mm, avaliada em 4 mil reais; uma prensa excêntrica de 25m, avaliada em 15 mil reais; duas prensas

excêntricas de doze toneladas, marca Vera Cruz, e outra de cor amarela, cada uma avaliada em 5 mil reais. Não se trata de penhora de faturamento de empresa. Ele aceitou isso como depositário, à fl. 22.

Esse auto de penhora de fl. 20 não é referente ao faturamento. (fl. 22): (lê)

“Auto de penhora em avaliação, onde recebeu o número de ordem e depois de preenchidas todas as formalidades legais, proceder à penhora em 10% do faturamento.”

Está sem a assinatura do depositário.

À fl. 39, também sem a assinatura do depositário, intimou para a ciência da penhora. Aqui, foi 30% do faturamento, mas que foi reduzido para 10%. Não assinado. O próprio oficial de Justiça informou: “não assinado”.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Mas o oficial de Justiça certificou-se que ele ficou como depositário?

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Não, ele não aceitou ser depositário.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Mas consta que ele não aceitou?

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Sim.

Fl. 56: também não assinado.

Ele foi intimado da penhora para se defender. É um ato, e o ato depositário é outro ato.

À fl. 20, não consta ele realmente estar depositário em relação a este tema que está sendo discutido, mas de outros bens.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Mas ele não continua sendo depositário dos outros?

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Ele não continuou sendo depositário dos outros, mas o **habeas corpus** não fala dos aspectos dos outros. Toda a discussão aqui é relativa ao fato de ele estar discutindo que, em face da nossa jurisprudência, ele não está obrigado a fazer a penhora dos 10% do faturamento, e, por isso, ele está sendo ameaçado de prisão.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Mas, então, justifica-se a concessão.

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O acórdão do Tribunal reconheceu que em face dessa situação: (lê)

“Pretende o impetrante, em síntese, a concessão...

.....

... denego a presente ordem de **habeas corpus**.”

Seguindo-se ao fundamento, acrescentei: (lê)

“Assinale-se, também, inexistir qualquer ameaça...

.....

... fundamento do alegado na inicial.”

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O impetrante pede **habeas corpus** preventivo em favor de Paulo Moraes Ferrarini. Para atingir sua pretensão, desenvolve narrativa, nestes termos:

“1.1 O paciente, conforme consta dos documentos que seguem anexo à presente, exerce a atividade industrial, no Município de Santo André, neste Estado, sendo que, a empresa que dirige, denominada ‘Tempe Industrial Ltda’, atravessa fase de sérias dificuldades financeiras, como é regra geral nos dias atuais, a toda empresa.

1.2 Assim sendo, para que pudesse pagar os salários dos seus funcionários, fornecedores, aluguel, e demais encargos dos quais dependem a continuidade das atividades da empresa, a algum tempo atrás, viu-se a mesma, forçada a deixar de recolher aos cofres públicos, a importância relativa ao ICMS – Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação; muito embora tenha a referida empresa, escriturado e declarado os valores como devidos à Fazenda Pública Estadual, não se omitindo nem quanto à ocorrência nem quanto aos valores.

1.3 Os valores devidos ao Estado, foram inscritos na dívida ativa respectiva, de onde resultaram também, os respectivos processos de execução fiscal, identificados pelos números:

1.803/1996 – Anexo Fiscal I – relativo ao ICMS – depositário fiel; o paciente.

813/1996 – “ “ “ “ “

1.087/1995 – “ “ “ “ “
1.512/1996 – “ “ “ “ “

conforme consta dos autos de penhora que seguem anexo.

1.4 Também consta dos autos de penhora em anexo, a constrição sobre 30% do faturamento (bruto) da empresa em 3 deles, mas 10% em outro; *perfazendo assim, a constrição o total de 100% do faturamento bruto da empresa*, o que, como não é difícil perceber, torna impossível a continuidade das atividades da empresa, posto que, a partir de agora, não poderá mais a mesma, pagar salários, fornecedores, aluguel, contas de consumo de energia elétrica, consumo de água, etc., o que acarretará o encerramento das atividades da empresa, e ao paciente, fatalmente o enquadramento na condição de depositário infiel, relativamente ao cumprimento da MD ordem emanada dos Magistrados dos Anexos Fiscais I e II da Comarca de Santo André.

1.5 Contudo, inegável que a r. determinação de constrição de 100% do faturamento bruto mensal da empresa, se constitui em abuso de poder e autoridade, *posto que, equivale o mesmo ao próprio mandado de prisão implícito contra o depositário fiel instituído (compulsoriamente), qual seja, o paciente, além de decretar também implicitamente, a 'quebra' (falência) da empresa.*

1.6 Qualquer cidadão sem muito esforço, pode compreender o que significa a constrição de 100% do faturamento bruto mensal de uma empresa.

1.7 Ou, em contrapartida, nenhuma empresa tem condição de dar continuidade em suas atividades normais, imobilizando 100% de seu faturamento bruto mensal.

1.8 Tal ocorrência processual verificada nos autos acima declinados, cujos documentos comprobatórios seguem anexo à presente, *é mandado judicial juridicamente impossível de ser cumprido pelo jurisdicionado, sem que venha a empresa a 'quebrar' ou falir, condenando a própria empresa, à bancarrota; quando cessariam os depósitos determinados nos MDs mandados judiciais em questão; e conseqüentemente estaria o paciente, sob a condição de depositário infiel, sujeito a decreto de prisão por ambos os nobres Magistrados de 1ª grau.*

1.9 Por tudo isso que acima foi exaustivamente demonstrado, e tendo em vista que as constrições na verdade acumulam obrigação juridicamente impossível de ser cumprida até o final das determinações judiciais, *posto que visam reduzir a empresa à mais absoluta insolvência,*

*decretando implicitamente, até a própria falência da empresa, por via reflexa, e, temendo pela restrição de sua liberdade de locomoção, com o decreto de prisão, somente restou em socorro do paciente, o recurso extremo em que se consubstancia o presente **habeas corpus preventivo**.” (fls. 1/4).*

Em suas informações, a Juíza apontada como coatora não nega a iminência da prisão. Limita-se em dizer que a penhora foi reduzida de 30% para 10%. (fl. 112).

O v. acórdão recorrido negou o **habeas corpus**. Fez assim, por não enxergar “a ocorrência de qualquer ato ilegal que justifique a concessão da ordem preventiva de **habeas corpus**”, porquanto, no caso, pretende o impetrante discutir, em sede de **habeas corpus**, aquilo que concretamente deveria discutir no juízo da execução. (fl. 127).

O recurso ordinário ampara-se em precedentes do Superior Tribunal de Justiça a proclamarem a ilegalidade de penhora sobre faturamento de empresas.

O eminente Relator nega provimento ao recurso, porque não enxergou qualquer ameaça de prisão.

Peço vênia para discordar.

Como se percebe dos autos reproduzidos às fls. 20, 22 e 39, o paciente foi constituído em depositário do dinheiro relativo ao faturamento de sua empresa.

Como diz o impetrante, o paciente recebeu um encargo de cumprimento impossível, sob ameaça de, em não o executando, transformar-se em depositário infiel e ser levado às barras do xadrez. A possibilidade de prisão pesa sobre o paciente, como a espada de Dionísio, sobre a cabeça do bajulador Dâmocles.

Ora, nossa jurisprudência não vacila em proclamar a ilegalidade de penhora sobre faturamento de empresas. Não vejo por que não declararmos incidentemente a ilegalidade, livrando o paciente do incômodo que o ameaça.

É bom lembrar que a prisão ofende dois atributos essenciais à personalidade: a liberdade e a honra. Liberdade recupera-se com uma simples volta na chave do cadeado. A dignidade, contudo, é como tecido nervoso: uma vez lesada jamais se restaura.

Peço vênia ao eminente Relator. Concedo a ordem, sob a forma de salvo-conduto.

**RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA N. 9.915 – ES**

(Registro n. 98.0040693-0)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Comercial Elimaia Ltda
Advogados: Felipe Osório dos Santos e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Espírito Santo
Recorrido: Estado do Espírito Santo
Advogados: Alemer Jabour Moulin e outros

EMENTA: Tributário – Mandado de segurança – ICMS – Exigência – Recolhimento antecipado – Regime de substituição tributária – Legitimidade – Emenda Constitucional n. 3/1993 e Lei Complementar n. 87/1996.

I – É entendimento uníssono desta egrégia Corte Superior de que é perfeitamente legítima a substituição tributária.

II – Não caracteriza pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador, o recolhimento antecipado do ICMS, pelo substituto tributário. “Não se pode confundir momento da incidência do tributo com sua cobrança”.

III – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União fica limitada ao estabelecimento de normas gerais (que devem fixar princípios da matéria relacionada no artigo 24 da Constituição Federal), não excluindo a competência suplementar dos Estados.

IV – Não provimento do recurso ordinário.

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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 9 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Francisco Falcão, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: O Ministério Público Federal, através da Subprocuradora-Geral Marilene da Costa Ferreira, assim resumiu a matéria versada nos autos:

“Trata-se na origem de mandado de segurança ajuizado pela Comercial Elimaiia Ltda contra ato do Secretário de Fazenda do Estado do Espírito Santo, objetivando sua exclusão do regime de substituição tributária, instituído pela Lei Complementar n. 87/1996, com vistas a não recolher antecipadamente o ICMS.

2. Sustenta a Impetrante que a Lei Complementar n. 87/1996 não poderia ter outorgado aos Estados a prerrogativa de dispor, normativamente, sobre matéria tributária (a seu ver, indelegável por força do § 1º do art. 68 da Constituição Federal), atribuindo a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento.

3. Postula a declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n. 87/1996 da Carta Magna, por entender que o regime de substituição tributária por antecipação, ao estabelecer a cobrança do ICMS antes mesmo da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (fato gerador presumido), bem assim a aplicação de alíquotas sobre base de cálculo fundada em valores estimados e fictícios, sempre superior ao preço de venda ao consumidor final, atenta contra os princípios da legalidade, da segurança jurídica da tributação (**Roque Carrazza**), da capacidade contributiva e da não cumulatividade (fls. 2/38).

4. O Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por maioria de votos, denegou a ordem, assim decidindo pelas razões constantes da seguinte ementa:

‘Mandado de segurança. Preliminares: ilegitimidade ativa **ad**

causam e falta de interesse de agir. Rejeitadas. Preliminares: inexistência de direito líquido e certo; legalidade da incidência do ICMS e sujeição passiva. Não conhecidas. Mérito. Substituição tributária. Constitucionalidade. Ilegalidade inexistente. Denegação.

Não é ilegal o regime de substituição tributária previsto nos convênios celebrados entre os Estados, por encontrar respaldo nos artigos 2º, § 9º; e 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/1968, prevenindo este último mecanismo de compensação do possível crédito do contribuinte, o que obedece o disposto na Emenda Constitucional n. 3/1993, de que o fato gerador ocorre posteriormente, assegurando a constitucionalidade daqueles instrumentos, até porque assim declarada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.' (fl. 105).

Recorre ordinariamente a Impetrante, repisando os argumentos expendidos na inicial, bem assim alegando que o acórdão impugnado incorreu em julgamento **citra petita** por não ter apreciado questões pertinentes à inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 87/1996" (fls. 242/244).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Concluindo pelo desproviamento do recurso, acentuou-se, no parecer, quanto ao mérito:

"7. A matéria jurídica objeto da presente iniciativa é do conhecimento desse Superior Tribunal de Justiça. Assentou-se, no âmbito da Primeira Seção, orientação no sentido de que é legítima a exigência de recolhimento antecipado do ICMS pelo regime de substituição tributária.

8. Por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 52.520-SP, em abono a essa tese, acentuou o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

‘Com efeito, não há olvidar que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional a chamada ‘substituição tributária

para frente', desde que instituída por lei complementar. Encampado o instituto pela Constituição em vigor (art. 155, § 2º, XII, **b**), os Convênios n. 66/1988 e 107/1989 (que, por força do art. 34, § 8º, do ADCT, tem força de lei complementar) o adotaram em seu texto, repetindo, em última análise, as normas da Lei Complementar n. 44, de 1983. Posteriormente, sobreveio a Emenda Constitucional n. 3/1993, que, em termos inequívocos, constitucionalizou o instituto, amplamente utilizado desde o advento do ICM em nosso sistema tributário. Eis o seu texto:

'A lei poderá atribuir ao sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.'

Em suma: a legislação infraconstitucional, atinente à chamada 'substituição tributária para frente', continua em vigor, hoje com expresse endosso do texto constitucional antes mencionado.

O Dr. **Heron Arzua**, em trabalho sobre a Substituição Tributária na Emenda n. 3/1993, publicado na Revista do IAP, n. 21, teve ensejo de argumentar com toda razão (p. 187):

'Em rigor a substituição tributária é simplesmente um método de arrecadação. Uma modalidade diferente do padrão legislativo (não do padrão constitucional) de se cobrar o imposto. A lei é que, respeitadas as características postas na Constituição, dá todos os contornos do imposto: fato gerador, base de cálculo, contribuinte, responsáveis, etc. Se outra norma muda o perfil legislativo, mas não o constitucional (respeitando-se, pois, os postulados essenciais), nada a estranhar.

E a substituição tributária, mecanismo pelo qual se imputa a pessoa diferente daquela ligada diretamente ao fato imponible (atribui-se ao fabricante o recolhimento do imposto devido pelo comerciante varejista, **v.g.**), é hoje instrumento de sobrevivência do ICMS. Com sua adoção, obtêm-se inúmeras vantagens para todos os envolvidos: Estado,

contribuinte e substituto. Para os Estados, há diminuição dos custos de cobrança, com a concentração da fiscalização em poucas indústrias. Há por igual certeza na arrecadação, uma vez que o tributo é pago por empresa de maior capacidade financeira, de maior capacidade contributiva. No tangente ao contribuinte substituído, este tem a convicção de que não será prejudicado pela concorrência que sonega o imposto, com a materialização do princípio da isonomia. Para o substituto (sem entrar aqui na discussão se ele é responsável ou contribuinte originário), a disciplina do preço praticado no varejo evita a concorrência predatória entre os componentes da rede de distribuição do produto. E, por fim, para o consumidor final, o verdadeiro contribuinte de todos os impostos, a absoluta segurança que o imposto pago por ele, integrante do preço da mercadoria, será encaminhado aos cofres públicos.’

Essa orientação tem sido proclamada em reiterados precedentes não apenas na Segunda Turma (REsps n. 34.040-1-SP e 39.479-1-SP), mas da própria Primeira Turma, de onde se origina o aresto embargado (REsps n. 35.547-8-SP e 35.733-0-SP, Relator Ministro Garcia Vieira).’

9. Nesse mesmo sentido, os acórdãos, a seguir, ementados:

‘Recurso em mandado de segurança. Tributário. ICMS. Substituição tributária. Produtos farmacêuticos. Medicamentos. Pagamento antecipado.

1. A jurisprudência das Primeira e Segunda Turmas está asentada, com apoio da Primeira Seção, no entendimento de que a exigência de pagamento antecipado, via substituição tributária, não é ilegal.

2. Com o pagamento antecipado não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. O momento da incidência do tributo fixado por lei não se confunde com a cobrança do tributo, pelo que o sistema de substituição tributária não agride o ordenamento jurídico tributário.

3. Não é ilegal a exigência do recolhimento antecipado, pela

empresa fabricante, do ICMS, incidente na revenda ou fornecimento de produtos farmacêuticos pelo fabricante ou fornecedor.

4. Continua, assim, em vigor a legislação infraconstitucional, com endosso da Emenda Constitucional n. 3/1993.

5. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

6. Recurso improvido.’

(RMS n. 8.773-GO, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.8.1999, p. 137).

‘Tributário. ICM. Substituição tributária. Venda de produtos alimentícios e bebidas. Legalidade.

O regime de substituição tributária é previsto pela própria Constituição Federal vigente.

O colendo Supremo Tribunal Federal entendeu legítimo o pagamento antecipado de ICM, previsto na legislação estadual, em casos de mercadorias destinadas a outros Estados.

Com o pagamento antecipado, não ocorre o recolhimento do imposto antes da ocorrência do fato gerador. Não se pode confundir momento da incidência do tributo com sua cobrança.

Com base nos poderes amplos a eles conferidos pelo art. 34, §§ 3º e 8º, do ADCT, os Estados têm competência legislativa plena e podem estabelecer o pagamento antecipado do ICM, inclusive na venda de produtos alimentícios e bebidas.

Recurso provido.’

(REsp n. 120.546-SC, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13.10.1998, p. 16).

‘Tributário. ICMS. Recolhimento antecipado. Regime de substituição tributária. Convênios n. 66/1988 e 107/1989. Legitimidade da exigência.

– Não obstante a antiga controvérsia existente em torno do tema, considera-se legítima a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, pelo chamado regime de substituição tributária. É como se firmou a jurisprudência da Corte.’

(REsp n. 133.673-ES, Segunda Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 24.11.1997, p. 61.174).

10. De outra parte, a Lei Complementar n. 87/1996 nada tem de inconstitucional, apenas estabelecendo, na esfera que lhe compete e segundo a exigência prevista no inciso XI do § 2º do artigo 155 da Carta Magna, as normas gerais de Direito Tributário relativas ao ICMS. As matérias indicadas no artigo 24 da Carta Magna são de competência originária da União, cabendo-lhe tão-somente as *normas gerais*, sem adentrar em minúcias ou detalhes, que são da competência dos Estados federados e do Distrito Federal.

11. **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** (in Comentários à Constituição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2ª volume, 1991, p.p. 378/379) faz, no exame da competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, as seguintes considerações:

‘Há para apreciar, na estrutura dos Estados federais, duas ordens de normas jurídicas, as nacionais e as estaduais, ambas formando a ordem fundamental. Na espécie de poderes concorrentes, a ordem fundamental tem grau superior, submete as unidades federadas conforme a validade formal e a supremacia dos preceitos.

Não cabe nas hipóteses (incisos) pensar-se em delegação. Os critérios são exclusivos, os legislativos. Como também não cabe a idéia de vedação. Uma condicionante do disposto (art. 24) é a de a União deixar aos Estados-membros legislarem sobre pontos não legislados, vazios (1ª e 2ª) de regras jurídicas compatíveis.

Supondo a existência da regra federal, é preciso que a legislação estadual ou distrital não dispense as exigências da norma superior. Em enumeração tão larga, o preencher lacunas é uma questão de fatos recomendados já que nas hipóteses capituladas o direito federal não exclui o local, nem deixou de prever interesses concorrentes.

1ª – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

2ª – Inexistindo lei federal sobre matéria de competência concorrente, os Estados exercerão a competência legislativa suplementar para atender às suas peculiaridades.

Ao estabelecer normas gerais, está a União regulando tudo

quanto podem fazer os Estados federados e o Distrito Federal (...)" (fls. 244/247).

Pacífico o entendimento desta Corte Superior, como demonstrado, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.906 - RJ

(Registro n. 99.0051470-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrentes: Germana Lyra Bahr e outros
Advogados: Walmyr Mattos e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Advogados: Francesco Conte e outros

EMENTA: Tributário – IPVA – Alíquota – Carro importado.

A Constituição Federal, artigos 150 e 152, proíbe os Estados de estabelecer alíquotas diferenciadas do IPVA para carros importados.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 2 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Germana Lyra Bahr e outros interpedem recurso ordinário em mandado de seguranga (fls. 124/138), guerreando acórdão que, denegando a ordem requerida, considerou constitucional o art. 5ª da Lei Estadual n. 948/1985, que estabelece a alíquota diferenciada para cobrança de IPVA (3% para veículo de fabricação nacional e 5% para veículo importado).

Aduzem que tal posicionamento viola a Constituição Federal, art. 152.

Pedem provimento.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento (fl. 192).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, os impetrantes, alegando serem proprietários de veículos estrangeiros importados, se acham compelidos pela Resolução SEF n. 5.653/1995, do Secretário de Estado da Fazenda (fl. 59), a recolher o IPVA de 5%, quando o mesmo imposto é de 3% para os carros nacionais. Referida resolução se baseia na Lei Estadual n. 948/1985.

Sustentam os impetrantes que referida norma estadual não foi recepcionada pela vigente Constituição Federal, por contrariar o disposto nos seus artigos 150, II, e 152. De fato, estabelece o primeiro ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. O artigo 152 veda aos Estados e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza em razão de sua procedência ou destino. Como se vê, os dispositivos constitucionais são muito claros e proíbem os Estados de estabelecer alíquotas diferenciadas do IPVA para carros importados. A diferenciação de alíquotas para carros importados pode ser feita pelo IPI e não pelo IPVA.

A questão foi bem examinada no parecer do Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, Subprocurador-Geral da República, do qual destaco o seguinte trecho:

“Segundo se pode depreender e como bem asseverou o voto-ven- cido: ‘Na verdade, ao exigir dos proprietários de veículos de procedên- cia estrangeira alíquota diferenciada do tributo, está o Estado insti- tuindo tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em si- tuação equivalente, contrariando, ainda, as disposições do art. 150 da Constituição conquanto, da satisfação do Imposto de Importação, tem- -se por proibida qualquer distinção em razão de título ou direitos.’ (cf. fl. 168).

Por outro lado, a norma insculpida no art. 152 da Carta Política é clara ao vetar aos Estados, Distrito Federal e Municípios estabele- cer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Portanto, a lei estadual em ques- tão cujo mandamento está em flagrante desconformidade com a Con- stituição Federal, não foi pela mesma recepcionada, inviabilizando-se sua aplicação ao caso concreto.” (fls. 193/194).

Dou provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O recurso ordinário de- safia acórdão formado em processo de mandado de segurança. A decisão recorrida declarou compatível com a Constituição Federal a Lei Estadual n. 948/1985, que estabelece alíquota diferenciada para o lançamento de IPVA sobre a propriedade de veículo automotor fabricado no estrangeiro.

O eminente Relator dá provimento ao recurso. Para tanto, vale-se da argumentação desenvolvida pelo eminente Subprocurador-Geral da Repú- blica Wagner de Castro Mathias Netto, nestas palavras:

“Segundo se pode depreender e como bem asseverou o voto-ven- cido: ‘Na verdade, ao exigir dos proprietários de veículos de procedên- cia estrangeira alíquota diferenciada do tributo, está o Estado insti- tuindo tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em si- tuação equivalente, contrariando, ainda, as disposições do art. 150 da

Constituição conquanto, da satisfação do Imposto de Importação, tem-se por proibida qualquer distinção em razão de título ou direitos.’ (cf. fl. 168).

Por outro lado, a norma insculpida no art. 152 da Carta Política é clara ao vetar aos Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Portanto, a lei estadual em questão cujo mandamento está em flagrante desconformidade com a Constituição Federal, não foi pela mesma recepcionada, inviabilizando-se sua aplicação ao caso concreto.” (fls. 193/194).

Após vista, manifesto minha adesão ao entendimento do Ministro-Relator.

Não me parece correta a assertiva adotada como fundamento do acórdão recorrido, de que:

“Não há que se falar em discriminação ante a procedência. Inaplicável ao caso em testilha o item II do art. 150 da Lei Básica. A igualdade de tratamento é entre veículos nacionais entre si e estrangeiros entre si e não entre nacionais e estrangeiros. Não há, de conseqüente, de tratar identicamente situações desiguais.” (fl. 165).

Com efeito, o imposto não incide sobre o veículo, mas sobre a propriedade que as pessoas exercem em relação a estes (CF, art. 155, III).

Ora, é vedado ao Fisco instituir desigualdade entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes (CF, art. 150, II).

Acompanho o eminente Relator. Provejo o recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Examina-se recurso ordinário em mandado de segurança onde foi decidido como constitucional o art. 5^a da Lei Estadual n. 948/1985, do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece alíquota diferenciada para a cobrança de IPVA (3% para veículo de fabricação nacional e 5% para veículo importado).

As partes impetrantes defendem que esse dispositivo legal fere o art. 152 da CF.

O preceito em questão é do seguinte teor:

“É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

O referido dispositivo recebeu a seguinte interpretação de **Sacha Calmon Navarro Coelho**, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, p. 305, Forense, 1ª ed.:

“O art. 152 estatui uma vedação que se destina a Estados e Municípios, não lhe sendo permitido estabelecer barreiras fiscais dentro do território nacional, eis que o mercado brasileiro é comum. O País é uno, embora politicamente dividido em Estados, subdivididos em Municípios. Não fora a regra vedatória, é bem possível que os Estados, para proteger suas respectivas economias, imaginassem fórmulas fiscais discriminatórias, em verdadeira ‘guerra fiscal’ onde não faltariam leilões em favores tributários.... O princípio vedatório, no entanto, não entra em testilha com dispositivos constitucionais que imunizam certas operações ou permitem alíquotas diferenciadas em razão precisamente da origem ou do destino das mercadorias. É o caso, *v.g.*, das remessas de produtos para o exterior e também da imunidade do ICM do envio de energia elétrica do Estado produtor para o Estado consumidor. Tais previsões são constitucionais. Significa que as discriminações da Lei Maior são harmônicas com a vedação **in examen**. O objeto da limitação, pois, cifra-se em obstar ‘políticas’ fiscais por parte de Estados e Municípios, capazes de ofender o espírito federativo e o mercado comum brasileiro quando assentados em discriminações quanto à origem ou destino de serviços e mercadorias.”

Outros doutrinadores, ao emitirem pronunciamento sobre o art. 152 da CF, afirmaram o que está transcrito às fls. 86/88 na defesa do Estado do Rio de Janeiro:

“**Pinto Ferreira**, em escólio ao art. 152 da Constituição Federal, preleciona, em preciosa síntese, que:

‘Ele torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviço ou fornecimento do bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso' (in Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1992, 5ª vol., p. 368) – grifou-se.

Pelo mesmo diapasão, afina-se o magistério de **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**:

‘O alcance do dispositivo em exame é não permitir que Estado, Distrito Federal ou Município criem mercado regional fechado ou dificultem o acesso a um mercado regional ou local, em detrimento de bens produzidos no Brasil, mas fora de seus limites. *Este preceito, portanto, se destina a assegurar a unidade econômica da Federação e a livre circulação de bens por todo o território nacional, vedando-se que interesses regionais ou locais prejudiquem o interesse nacional.*

Essa proibição deve ser interpretada em associação com a que enuncia o art. 19, III. Uma complementa a outra. Ambas, em conjunto, significam que não é lícito aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios embaraçar a circulação de bens pelo *território nacional*, o que importa em proibir discriminação entre os mesmos em decorrência de sua proveniência ou destino’ (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, vol. 3, p.p. 109/110).

Deságua no mesmo estuário, a lição de **Wolgran Junqueira Ferreira**:

‘Dois são os pressupostos contidos neste artigo: *uniformidade e procedência*. É proibida a desigualdade do imposto com referência a outras entidades interestaduais.

Em relação à procedência será a *espacial* considerada a dimensão geográfica do Estado, do Distrito Federal ou do Município, não só de um para o outro, como também em relação a suas zonas espaciais.’ (in Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, p. 874).”

Aliomar Baleeiro, comentando o art. 11 do CTN, que repete igual vedação constitucional, posicionou-se do modo que transcrevo:

“Obedece, também, ao princípio da unidade geográfica, política e econômica do território nacional, o art. 11 do CTN, que veda discriminações dos impostos locais quando recaem em produtos vindos de outro Estado, Distrito Federal ou Municípios, ou destinados a uns ou outros. O mercado nacional fica assim protegido para todos os habitantes que se dediquem ao comércio interestadual ou municipal. Toda retaliação para proteger da concorrência de fora o produtor, comerciante ou, enfim, contribuinte da Pessoa de Direito Público Tributante, é inconstitucional, seja onerando o produto acabado que entre, seja restringindo a saída de matérias-primas destinadas a competidores situados fora.

O dispositivo proíbe também o tratamento diferencial dos bens importados pelo Estado que os recebe.

Esta regra da CF (art. 20, III – (hoje, art. 152), está em harmonia com o art. 8^a, I e XVII (CF de 1967), desta que atribui à União competência para legislar sobre o comércio exterior e interestadual.

Pela mesma razão, é defeso ao Estado, Distrito Federal e aos Municípios discriminar seus impostos quando as mercadorias se destinem ao estrangeiro ou dele provenham.” (p. 163, Direito Tributário Brasileiro, atualizado por **Misabel Derzi**, 11^a edição, Forense).

Carlos Henrique da Fonseca, em artigo intitulado Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e a Problemática das Alíquotas Diferenciadas quanto à Procedência, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 30, p. 21, defende a impossibilidade de tratamento, isto é, de exigência de alíquota diferenciada quando o veículo é importado.

A interpretação sistêmica das normas constitucionais supra-referidas favorece a que seja adotada a conclusão da corrente, liderada por Aliomar Baleeiro, no sentido de que a vedação do art. 152 da CF, aplica-se, também, no caso de imposto que recai sobre a propriedade, quando o bem é oriundo do exterior, isto é, quando importado.

Filio-me a esse entendimento, pelo que acompanho o voto do eminente Relator.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 190.771 – BA

(Registro n. 98.0073752-9)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Banco de Desenvolvimento do Estado da Bahia S/A –
Desenbanco
Advogados: Antônio Carlos Dantas Ribeiro e outros
Recorrido: Município de Salvador
Advogados: Pedro Augusto de Freitas Gordilho e outros

EMENTA: Tributário – ISS – Empresa pública – Cessão de servidores a outras entidades da Administração – Ressarcimento por salários e encargos sociais – Não incidência.

I – Contribuinte do ISS é quem se insere no mercado, para exercer determinado serviço, dele retirando proveito econômico (Decreto-Lei n. 406/1968, arts 9º e 10).

II – Não é contribuinte do ISS a empresa pública que emprega seus servidores a outras entidades estatais, obtendo delas mero ressarcimento pelos salários e demais encargos pagos por ela aos empregados cedidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado, Francisco Falcão e Garcia Vieira.

Brasília-DF, 11 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 22.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A recorrente, Banco de

Desenvolvimento do Estado da Bahia é sociedade de economia mista. Ela mantém convênios de cooperação técnica, pelos quais cede a outras entidades da Administração estadual, servidores de seu quadro. Quando isso ocorre, a recorrente recebe das entidades nas quais os servidores foram cedidos, ressarcimento pelos respectivos salários e encargos sociais.

O Município ora recorrido lançou, sobre tais ressarcimentos, Imposto sobre Serviços e, posteriormente, exerceu ação executiva fiscal, para a respectiva cobrança. A recorrente opôs embargos.

O v. acórdão recorrido confirmou decisão de 1ª grau que repeliu embargos à execução fiscal. Para tanto, disse o egrégio Tribunal **a quo**:

“O cerne da questão reside em se verificar se o apelante efetivamente presta algum daqueles serviços constantes do item 83 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968.

Pela clareza de sua intenção, merece transcrição o referido item da Lista de Serviços, **verbis**:

‘Recrutamento, agenciamento, seleção, colocação ou fornecimento de mãos-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive por empregado do prestador de serviço ou por trabalhadores avulsos por ele contratados.’

Assim, qualquer empresa ou profissional autônomo que preste algum daqueles serviços elencados no item 83 da Lista de Serviços é contribuinte do imposto (ISSQN), devendo efetuar o seu recolhimento, calculado sobre o preço do serviço, em seu valor bruto.

É de se observar que incorre na hipótese qualquer espécie de possibilidade de dedução, por conta dos convênios celebrados, porquanto qualquer estipulação contratual nesse sentido seria nula face à necessária aprovação legislativa.” (fls. 451/452).

Houve embargos declaratórios, desconhecidos, por suposta intempestividade. Em outros embargos declaratórios, a ora recorrente pretendeu demonstrar a tempestividade dos anteriores. O Tribunal não conheceu estes últimos, sob o argumento de que perdera jurisdição sobre o processo, “por força do trânsito em julgado da decisão impugnada”. (fl. 477).

O recurso especial monta-se nas alíneas a e c. Nele se transporta queixa de ofensa aos arts. 8º e 10 do Decreto-Lei n. 406/1968. Em tema de

dissídio pretoriano, o recorrente oferece como paradigma nosso acórdão no REsp n. 69.986-SP.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A cessão de servidores entre órgãos integrantes da Administração Pública é fenômeno conhecido. Através de tal artifício, suprem-se dificuldades emergenciais do organismo estatal.

Os empréstimos, entretanto, não transformam as entidades cedentes.

A teor do Decreto n. 406/1968 (arts. 9^a e 10), “contribuinte é o prestador de serviço”, ou seja, aquele que se insere no mercado, para prestar determinado serviço, dele retirando proveito econômico.

Com efeito, o art. 9^a do Decreto-Lei n. 406 adota como base de cálculo, “o preço do serviço”. Vale dizer: o ISS apenas incide quando o serviço é remunerado.

Se assim ocorre, o escopo de retirar proveito econômico constitui elemento diferencial na conceituação do contribuinte. Se o desprezarmos, seremos levados, agredindo o Decreto-Lei n. 406, a inserir no rol dos contribuintes de ISS, os chamados “clubes de serviço” (comunidades eclesiais de base, *Rotary, Lions*).

Quando determinam que seus servidores prestem serviço a outros órgãos do complexo administrativo, as entidades da Administração visam colaborar com a boa execução do serviço público. Não cobram, por esse auxílio, qualquer remuneração. Como se registrou no acórdão, a recorrente obtém mero ressarcimento.

Dou provimento ao recurso. Recebo os embargos à execução fiscal.

RECURSO ESPECIAL N. 199.478 – MG

(Registro n. 98.0097989-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrida: Wanilza das Dores Antunes Specht

Advogado: Karl Siegfried Valentin Specht

EMENTA: Processual – Ação civil pública – Improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) – Arresto de bens – Medida cautelar – Adoção nos autos do processo principal – Lei n. 7.347/1985, art. 12.

1. O Ministério Público tem legitimidade para o exercício de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), visando reparação de danos ao Erário causados por atos de improbidade administrativa tipificados na Lei n. 8.429/1992.

2. A teor da Lei n. 7.347/1985 (art. 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade, pode ser ordenado nos autos do processo principal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Garcia Vieira.

Brasília-DF, 21 de março de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: O v. acórdão recorrido resolveu agravo de instrumento contra liminar que, em ação civil pública, decretou a indisponibilidade de bens da Agravante.

O agravo foi provido, porque:

a) a ação civil pública disciplinada pela Lei n. 7.347/1985 é imprescritível para a defesa do patrimônio público;

b) a Lei n. 8.429/1992 não admite que, no processo principal, se adote providência cautelar.

Em recurso especial, o Ministério Público afirma que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 12 da Lei n. 7.347/1985, ao tempo em que maltratou o art. 16 da Lei n. 8.429/1992.

Esta a questão.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O Ministério Público pretende, valendo-se de ação civil pública, obter sanções cominadas na Lei n. 8.429/1992. Pediu, com fundamento no art. 12 desse último diploma, o arresto de bens pertencentes a um dos acusados.

O acórdão recorrido indeferiu a pretensão, afirmando que, na ação contra improbidade, o pedido de arresto processa-se segundo os ditames do Código de Processo Civil. Vale dizer: em autos apartados.

O art. 16 da Lei n. 8.429/1992, em seu § 1º, afirma, literalmente:

“O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.”

Os artigos 822 e 825 cuidam, respectivamente, do elenco de hipóteses em que se admite seqüestro e da entrega dos bens ao depositário. Nada esclarecem, quanto ao tema em discussão.

O Ministério Público sustenta a tese de que as sanções contra improbidade administrativa devem ser obtidas através da ação civil pública, disciplinada na Lei n. 7.347/1985. Tal proposição é correta. Nossa jurisprudência assentou-se no entendimento de que:

“Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Ressarcimento de danos ao Erário.

É a ação civil pública via adequada para pleitear o ressarcimento de danos ao Erário municipal, e tem o Ministério Público legitimidade para propô-la.” (REsp n. 213.714/Garcia).

“Ação civil pública. Atos de improbidade administrativa. Defesa do patrimônio público. Legitimação ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei n. 7.347/1985 (arts. 1º, IV;

3ª, II; e 13). Lei n. 8.429/1992 (art. 17). Lei n. 8.625/1993 (arts. 25 e 26).

1. Dano ao Erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa dos interesses coletivos.” (REsp n. 154.128/Demócrito).

Se a ação civil pública é o instrumento apropriado, não há como negar a possibilidade de adotarem-se medidas cautelares, nos próprios autos do processo principal. O art. 12 da Lei n. 7.347/1985 é muito claro neste sentido.

Dou provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 202.298 – PE

(Registro n. 99.0007148-4)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Adonias dos Santos Costa e outros
Recorrida: Covapi – Comercial Vale do Pirangi Ltda
Advogados: Ana Cristina Cavalcanti de Albuquerque e outros

EMENTA: Processual – Pedido – Nulidade de lançamento – Declaração de nulidade parcial – Pretensão contida na original – Suposta ofensa ao art. 293 do CPC – Inexistência.

Não há ofensa ao art. 293 do Código de Processo Civil, quando o juiz, apreciando pedido de nulidade integral de lançamento, atende-o em parte, reduzindo em metade a pretensão do Fisco.

ACÓRDÃO

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

Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros José Delgado e Garcia Vieira. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Francisco Falcão, ausentes, justificadamente, quando do início do mesmo.

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

Publicado no DJ de 10.4.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: A Recorrida opôs embargos à execução fiscal promovida pela União Federal. A dívida exequenda originava-se em lançamento de imposto de renda. Segundo ela, o lançamento adotara como fato gerador do tributo, a saída de mercadorias que se encontravam em seu estabelecimento. Tal lançamento, no dizer da embargante, seria ilegal, porque a saída da mercadoria não constitui fato gerador de imposto de renda.

Os embargos foram impugnados. A Exequente esclareceu que o lançamento incidira sobre o lucro auferido com a venda das mercadorias.

Os embargos foram rejeitados.

Em apelação, a contribuinte reiterou sua tese inaugural, acrescentando o argumento de que, em se admitindo omissão de receita, somente deve ser considerado lucro a metade do valor omitido. Seria absurdo – afirma a recorrente – tributar toda a receita obtida com a venda da mercadoria.

No julgamento da apelação, o eminente Relator repeliu o argumento de que haveria bitributação e não tomou conhecimento daquele outro, contrário ao lançamento do imposto de renda sobre todo o valor da venda. O segundo fundamento não foi conhecido pelo relator, sob o argumento de que ele não foi agitado em 1º grau. Ao formulá-lo em apelação, a contribuinte alterou a causa de pedir, enfrentando vedação contida no Código de Processo Civil.

Este voto foi vencido pelo argumento de que o pedido inicial afirmava

a nulidade de todo o lançamento. Assim, em admitindo a ilicitude da tributação, em apenas cinquenta por cento, o contribuinte simplesmente destacou parte de seu pedido original.

O acórdão está resumido nestas palavras:

“Tendo postulado a anulação de auto de infração, lavrado sob o fundamento do não recolhimento do imposto de renda em decorrência da omissão de receitas, não se constitui inovação na pretensão inicial, o pedido formulado pelo autor, em grau recursal, para que lhe seja assegurado o direito à tributação, no caso de omissão de receita, com a incidência do art. 400, § 6^º, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1980.” (fl. 71).

Houve embargos infringentes. Estes, contudo, foram rejeitados, porque:

“1. O pedido menos abrangente encontra-se implicitamente contido no mais abrangente, não sendo violação à **litiscontestatio** seu deferimento.

2. Na hipótese, requereu o autor a anulação da certidão de dívida ativa, face à impossibilidade de incidir imposto de renda, no caso de receita omitida, com a mesma base de cálculo de ICMS, deferindo-se, em sede de apelação, a redução da alíquota de 100% para 50%, face ao Regulamento do Imposto de Renda.

3. Requerendo-se uma providência mais ampla, encontra-se facultado ao juiz conceder a providência menos ampla que entenda cabível, sob o axioma inicial de **qui potest maius, potest et minus.**”

Em recurso especial, a União Federal invoca a alínea **a** do permissivo constitucional, para reclamar contra ofensas aos artigos 264, 293 e 321 do Código de Processo Civil.

Esta a controvérsia.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Reporto-me ao voto-condutor do acórdão recorrido. Nele, o eminente Juiz Petrucio Ferreira disse:

“Cuida a hipótese de embargos infringentes contra o v. acórdão, da lavra do MM. Juiz Hugo Machado, proferido na AC n. 106.636-PE, deu, por maioria, provimento ao recurso, concluindo pela inexistência de inovação na pretensão inicial e assegurando a aplicação do art. 400, § 6º, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1980.

Sobre a matéria, observo que, embora o autor não tenha requerido expressamente, em sede de embargos, a redução do percentual incidente sobre a receita omitida, de cem para cinquenta por cento, tem-se que requereu a anulação do auto de lançamento, entendendo incabível a incidência do Imposto de Renda com base de cálculo idêntico ao do ICMS.

Requerendo-se uma providência mais ampla, encontra-se facultado ao juiz conceder a providência menos ampla que entenda cabível, sob o axioma inicial de **qui potest maius, potest et minus**.

Cuida a hipótese de aplicação de dispositivo de lei tributária, que, **ad instar** do direito penal, rege-se pelo princípio da tipicidade, encontrando-se, na estrutura de suas normas juridicizantes, a hipótese de incidência, **fattispecie** ou **tatbestand**, que, convergindo com determinado fato, no momento da subsunção, legitima o tributo.

Sem a correta aferição da regra judicizante, tem-se a ilegitimidade do procedimento administrativo de lançamento do crédito tributário, que, por decorrência, acarreta a ilegalidade da certidão de dívida ativa, de modo a promover-se sua anulação parcial, nas partes que desrespeitam o texto legal.

Tal anulação parcial está, evidentemente, inclusa na anulação total, pretensão inicialmente exercida, pelo que não se me apresenta qualquer violação a **litiscontestatio** operada.

Aplicar-se de modo absoluto o art. 293 do CPC, pelo qual ‘os pedidos devem ser interpretados restritivamente’ de modo, inclusive, a se considerarem inexistentes pedidos inclusos em outros mais abrangentes, seria olvidar o instituto da continência, expressamente disciplinado na mesma lei processual civil, que impescinde de um pedido continente e de um pedido nele contido” (fls. 95/96).

Adoto estes fundamentos. Nego provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Min. Humberto Gomes de Barros, Relator, afirma na ementa do seu voto:

“Processual. Pedido. Nulidade de lançamento. Declaração de nulidade parcial. Pretensão contida na original. Suposta ofensa ao art. 293 do CPC. Inexistência.

Não há ofensa ao art. 293 do Código de Processo Civil, quando o juiz, apreciando pedido de nulidade integral de lançamento, atende-o em parte, reduzindo em metade a pretensão do Fisco.”

Acompanho o entendimento desenvolvido pelo eminente Relator.

Estou certo de que estão em harmonia com o nosso ordenamento jurídico as teses acolhidas no julgamento da apelação e nos embargos infringentes, tudo em 2ª grau, quando concluíram (fls. 104/105):

“Tributário. Embargos à execução. Omissão de receita. Art. 400, § 6º, do RIR/1980.

– Tendo postulado a anulação de auto de infração, lavrado sob o fundamento do não recolhimento do imposto de renda em decorrência da omissão de receitas, não se constitui inovação na pretensão inicial, o pedido formulado pelo autor, em grau recursal, para que lhe seja assegurado o direito à tributação, no caso de omissão de receita, com a incidência do art. 400, § 6º, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1980.

– Apelação provida.”

“Tributário e Processual Civil. Pedido de anulação de certidão da dívida ativa. Pedido de redução de crédito inscrito ao legalmente estabelecido. Relação de inclusão. Ausência de violação à **litiscontestatio**.

1. O pedido menos abrangente encontra-se implicitamente contido no mais abrangente, não sendo violação à **litiscontestatio** seu deferimento.

2. Na hipótese, requereu o autor a anulação da certidão de dívida ativa, face à impossibilidade de incidir imposto de renda, no caso

de receita omitida, com a mesma base de cálculo de ICMS, deferindo-se, em sede de apelação, a redução da alíquota de 100% para 50%, face Regulamento do Imposto de Renda.

3. Requerendo-se uma providência mais ampla, encontra-se facultado ao juiz conceder a providência menos ampla que entenda cabível, sob o axioma inicial de **qui potest maius, potest et minus**.

4. Embargos infringentes improvidos.”

Isto posto, como fez o Relator, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 245.030 – PR

(Registro n. 2000.0003236-0)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: João Ernesto Aragones Vianna e outros
Recorrida: Placas do Paraná S/A
Advogados: Lênio Flávio Schmidt e outros

EMENTA: Tributário – Contribuição para o Funrural – Base de cálculo – Compra e venda de madeira em pé.

Não se tratando de produtor rural, o adquirente da madeira em pé deve recolher a contribuição previdenciária sobre o valor pago àquele, não se incluindo neste valor a importância correspondente ao corte, descascamento e transporte, ou qualquer outro processo de beneficiamento.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento

ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, lastreado na Constituição Federal, art. 105, III, **a** e **c**, interpõe recurso especial (fl. 180), aduzindo, preliminarmente, nulidade do v. aresto vergastado por violação ao CPC, art. 535.

Quanto ao mérito, afirma ofensa aos arts. 76, I, **b**; e 77, IV, do Decreto n. 83.081/1979, posto haver o egrégio Tribunal **a quo** decidido que a hipótese de incidência da contribuição para o Funrural é “o contrato de compra e venda do produto rural, e o valor comercial, para efeito de base de cálculo, é o preço da referida avença” e, ainda, que “o valor do corte e do transporte não se inclui na base de cálculo da contribuição para o Funrural”.

Pede provimento, a fim de que se inclua na base de cálculo da referida contribuição o custo do corte, transporte e descascamento do produto rural.

Impugnação (fl. 188).

Despacho (fl. 192).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta o Recorrente, como violado, o artigo 535 do CPC, mas não lhe assiste razão nesta parte, porque os artigos 76, inciso I, letra **b**; e 77, inciso IV, do Decreto n. 83.081/1979 foram implicitamente examinados pelo venerando aresto da

apelação que apreciou as questões neles contidas. Assim, conheço do recurso pela letra **a** por maltrato a referidos artigos de lei federal.

A questão, a meu ver, é simples. A Autora não é produtora rural e adquire a madeira em pé e deve recolher a contribuição previdenciária sobre o valor que ela paga ao produtor rural e neste valor não se inclui a importância correspondente ao corte, descascamento e transporte ou qualquer outro processo de beneficiamento. Isso somente ocorreria se o próprio produtor rural cortasse sua madeira, a transportasse e a beneficiasse, mas tal fato não ocorreu no caso concreto. É irrelevante o fato de a Autora adquirir parte da sua madeira da empresa da qual detém parte do capital, pois se trata de contribuinte detentor. A base de cálculo, na espécie, é o valor da madeira em pé porque o seu corte, transporte e beneficiamento não sendo feitos pelo produtor e sim pelo industrial, não são incluídos no valor comercial da madeira paga ao produtor. Corte, transporte, beneficiamento, no caso concreto, não constituem custo do produtor rural que vende a madeira em pé. Entende-se como valor comercial o resultado final da soma dos custos do produtor. Neste sentido, o Recurso Especial n. 15.501-AL, DJ de 18.10.1993, Relator Ministro Cesar Rocha. A questão foi bem examinada pelo venerando acórdão de apelação. Consta de sua ementa (fl. 167) que:

“1. A hipótese de incidência é o contrato de compra e venda do produto rural, e o valor comercial, para efeito de base de cálculo, é o preço de referida avença. A árvore em pé é o produto rural, que pode ser posto à venda.

2. O valor do corte e do transporte não se inclui na base de cálculo da contribuição para o Funrural.

3. O fato da venda ser realizada por empresa do mesmo grupo não transfere à empresa-adquirente a qualidade de produtora rural.

4. Subfaturamento não comprovado pela perícia técnica.” (fl. 167).

Colhe-se de seu voto-condutor (fls. 164/165) que:

“Trata-se de ação em que se postula a anulação de débito fiscal lavrado ao argumento de haver ocorrido subfaturamento na compra de madeira em pé, por não incluir na base de cálculo da contribuição para o Funrural, o custo do corte e descascamento, bem como, por tratar-se de compra e venda realizada entre empresas do mesmo grupo.

Já me pronunciei sobre a matéria na AMS n. 89.04.07717-6, que teve ementa citada na decisão recorrida, a cujo voto me reporto:

‘A matéria objeto deste mandado de segurança foi examinada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, que firmou a orientação consubstanciada nos seguintes acórdãos:

‘Funrural. Compra e venda de madeira em pé. Adoção de critérios para o cálculo de incidência das contribuições. Inteligência de legislação aplicável à espécie (Lei Complementar n. 11/1971, artigo 15, I, a, §§ 2^a e 3^a; artigos 53 e 56 do Decreto n. 69.919/1972 e Decreto n. 73.617/1974, artigos 60 e 63). A contribuição devida tem como base o valor comercial da madeira em pé, no ato da compra, e não o valor de mercado desse produto, apurado à época de sua industrialização. Recurso improvido. Sentença que se mantém.’ (AMS n. 83.561, Relator Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, publicado no DJU de 2.10.1980, p. 7.687).

‘Embargos à execução. Contribuições previdenciárias. Funrural. Compra e venda de madeira em pé.

– Adoção de critérios para o cálculo de incidência das contribuições. Inteligência da legislação aplicável à espécie (Lei Complementar n. 11/1971, artigo 15, I, a, §§ 2^a e 3^a; artigos 53 e 56 do Decreto n. 69.919/1972 e Decreto n. 73.617/1974, artigos 60 e 63). A contribuição devida tem como base o valor comercial da madeira em pé, no ato da compra, e, não o valor de mercado desse produto, apurado à época de sua industrialização.

– Apelação improvida.’ (AC n. 75.862-SP, Relator Ministro Miguel Ferrante, publicado no DJU de 19.12.1985, p. 23.786).

Além disso, questão idêntica já foi examinada por essa colenda Turma, adotando a orientação do extinto Tribunal Federal de Recursos, como se vê pelas peças juntadas às fls. 171/174.

Com efeito. A hipótese de incidência é o contrato de compra e venda do produto rural, e o valor comercial, para efeito de

base de cálculo, é o preço de referida avença. A árvore em pé é o produto rural, que pode ser posto à venda.

Atente-se para que os contratos de compra e venda (fls. 46/61) especificam que a impetrante, como compradora, fica responsável pelo abate e transporte da madeira.

Seria absurdo, pois, que o valor do corte e do transporte se incluísse na base de cálculo da contribuição para o Funrural.

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer da remessa de ofício e da apelação para negar-lhes provimento.’

O fato da venda ser realizada por empresa do mesmo grupo não transfere à autora a qualidade de produtora rural, nem se pode atribuir a isso a presunção de subfaturamento, pois, analisando a prova pericial produzida às fls. 99/108, não ficou comprovada a intenção de fraudar o Fisco, pois, como afirma o perito, os preços variam de acordo com as condições de compra estabelecidas para cada negócio, cujos preços variam pela diversidade da quantidade, distância e outros fatores (fl. 102).” (fls. 167/168).

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 246.932 – MG

(Registro n. 2000.0908553-7)

Relator: Ministro Garcia Vieira
Recorrente: Fazenda Nacional
Procuradores: Sebastião de Lucena Sarmiento e outros
Recorrida: EMH Eletromecânica e Hidráulica Ltda
Advogados: José Carlos Lopes Motta e outros

EMENTA: Processual Civil – Declaratória cumulada com repetição de indébito – Acórdão – Exame de apenas uma das pretensões – Ausência de manifestação da parte – Conformação – Modificação da lide – Impossibilidade.

Silenciando-se o acórdão sobre um dos pedidos da parte autora, deve esta provocar o prequestionamento em sede de embargos de declaração.

Não pode o juiz, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Ministro José Delgado, Presidente.

Ministro Garcia Vieira, Relator.

Publicado no DJ de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: A Fazenda Nacional interpõe recurso especial (fls. 74/79), com fundamento na Constituição Federal, art. 105, inc. III, letra a, insurgindo-se contra o v. acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto perante decisão que, em fase de execução, indeferiu pedido de repetição de indébito ao argumento de que o v. acórdão, que declarou a inconstitucionalidade das majorações das alíquotas do Finsocial, foi silente quanto à repetição dos valores indevidamente recolhidos, sendo defeso, na liquidação, modificar a sentença que julgou a lide.

Aponta violação aos arts. 4^ª, 474 e 610 do Código de Processo Civil.

Pede reforma do v. acórdão.

Contra-razões (fls. 82/86).

Despacho de admissibilidade (fls. 88/89).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente, aponta a Recorrente, como violados, os artigos 610, 471, 472, 473 e 474 do CPC, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

A Recorrida, na ação ordinária movida contra a União (fls. 5/12), pediu a declaração de inconstitucionalidade do Finsocial e a repetição do indébito (fl. 11). O MM. Juiz singular julgou improcedente ambos os pedidos, e o Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da Autora para declarar devido o Finsocial nos moldes do Decreto-Lei n. 1.940/1982 até o advento da Lei Complementar n. 70/1991, mas não examinou o pedido de repetição de indébito. Os embargos de declaração apresentados só foram acolhidos parcialmente e para declarar que o Finsocial para as empresas comerciais, como a Embargante, é de 0,5% sobre a receita bruta até o advento da Lei Complementar n. 70/1991. Nenhuma palavra foi dita sobre a repetição de indébito e o acórdão transitou em julgado.

Como se vê, embora tenham sido pedidas a declaração de inconstitucionalidade do Finsocial e a repetição de indébito, somente foi apreciada e decidida a pretensão declaratória e o interesse do autor pode limitar-se à declaração (artigo 4º do CPC). Caso a autora pretendesse insistir com o pedido de repetição, teria prequestionado a questão nos embargos de declaração, mas ela não fez isso e se conformou com a ação declaratória, deixando de perseguir a repetição de indébito, e não pode o juiz, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou (artigo 610 do CPC).

Embora a Autora tivesse formulado os dois pedidos, o de inconstitucionalidade e de repetição de indébito, podia, perfeitamente, no correr do processo, optar apenas pela pretensão declaratória, como fez, ao não insistir pela repetição de indébito, não podendo o juiz, na liquidação, alterar o julgado e acolher o pedido de repetição.

Dou provimento ao recurso.