

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 247.556 – DF**

(Registro n. 99.0053752-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Agravante: Distrito Federal
Advogados: Carlos Augusto Figueiredo Salazar e outros
Agravado: Serviço Social do Comércio – Sesc
Advogados: Francisco Martins Leite Cavalcante e outros

EMENTA: Processual Civil – Agravo regimental – Juízo de re-tratação – Artigo 259 do RISTJ – Agravo não conhecido por novo fundamento – Ausência de procuração do agravado – Substabelecimento.

I – Não usurpa a competência do Colegiado a decisão que reconsidera provimento anterior e que, sob novo fundamento, não conhece de agravo de instrumento por ausência de peça obrigatória.

II – O substabelecimento, desacompanhado da procuração do advogado substabelecete, não comprova a regularidade da representação.

III – Agravo regimental não acolhido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 18 de maio de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Distrito Federal interpõe agravo regimental contra decisão proferida em anterior agravo regimental que desafiava despacho denegatório de agravo de instrumento, sendo importante transcrever o seguinte tópico de seu teor:

“Não obstante o equívoco cometido pelo ora agravante, tenho, contudo, como procedente a argumentação no sentido de que a questão do malferimento às normas infraconstitucionais encontra-se discutida nas mencionadas razões.

Reconsidero, portanto, a decisão agravada.

Ocorre, contudo, que da análise dos autos exsurge óbice intransponível ao conhecimento do agravo de instrumento, qual seja, o fato de o ora agravante não ter providenciado o traslado da procuração outorgada ao advogado do Agravado.

De observar não ser suficiente o substabelecimento de fl. 85, visto que o advogado substabelecido não possui instrumento de mandato nestes autos.

São reiteradas as decisões desta Corte:

A – ‘Processual Civil. Agravo de instrumento contra decisão indeferitória de recurso especial. Ausência de peça essencial. Traslado da procuração outorgada ao advogado. Substabelecimento.

A jurisprudência que se pacificou no âmbito do STJ é no sentido de que, cabe, ao agravante, fiscalizar a formação do instrumento, instando, ao juízo ordinário, para que se instrua o seu recurso com cópias das peças obrigatórias e daquelas porventura indispensáveis ao julgamento de sua irresignação.

O instrumento encontra-se incompleto, eis que não foi trasladada a procuração outorgada ao advogado da agravada, não sendo suficiente a apresentação do substabelecimento, pois este não subsiste por si só.

Necessária é a apresentação da procuração para se aferir a regularidade da representação.

Agravo a que se nega provimento. Decisão unânime. (AgRg

no Ag n. 199.284-SP, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 17.5.1999);

B – Agravo regimental. Instrumento deficiente. Falta da procuração outorgada ao advogado do agravado. Substabelecimento. Exigência de procuração anterior.

1. Não se conhece de agravo de instrumento se não providenciada a juntada das peças obrigatórias, porquanto a completa formação do instrumento é ônus processual do agravante, nos termos do art. 544 do CPC.

2. Não pode haver substabelecimento sem comprovação de outorga anterior de mandato.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 207.757-SP, Relator o Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 29.3.1999).”

Alega, em síntese, que, por decidir monocraticamente o recurso previsto no artigo 545 do CPC, a decisão ora impugnada é nula “em razão da incompetência absoluta do julgador singular”.

Aduz, ainda, que o novo fundamento adotado para o não conhecimento do agravo, qual seja, a ausência de procuração outorgada ao advogado da agravada não suprida por substabelecimento, se traduz num “formalismo exacerbado”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A decisão recorrida não merece reparo.

Em primeiro lugar, ausente o interesse do Agravante em se insurgir contra a parte do mencionado provimento que reconsiderou o julgado monocrático de fl. 106.

Ora, ao rever aquela decisão, não se usurpou a competência deste Colegiado, apenas sendo exercitado o juízo de retratação previsto no artigo 259 do RISTJ, quando, sob novo fundamento, o agravo de instrumento não foi conhecido, o que possibilitou a interposição do presente agravo regimental.

Quanto ao segundo aspecto da irresignação, onde se sustenta que a

ausência da procuração do Agravado pode ser suprida pela existência do substabelecimento, invoco novamente a pacífica orientação da Corte sobre o tema, como se vê de recentes decisões: Ag n. 245.467-SP, DJU de 10.3.2000, e Ag n. 208.604-SP, DJU de 16.3.2000, relatados pela Ministra Nancy Andrighi; Ag n. 255.663-RS, Relator o Ministro José Delgado, DJU de 19.11.1999; AgRg no Ag n. 260.836-SP, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJU de 17.4.2000; e Ag n. 276.546-SP, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 18.2.2000.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 13.283 – RS

(Registro n. 2000.0047763-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Agravante: Plínio de Oliveira Corrêa
Agravada: Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: José Anselmo Rodrigues

EMENTA: Processo Civil – Indeferimento de processamento de **habeas corpus** – Agravo regimental – Ausência de razões de inconformismo – Petição recursal inepta.

I – É inepta a petição recursal que não expõe as razões de inconformismo, reproduzida em petição padrão e genérica, sem demonstrar a erronia do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Plínio de Oliveira Corrêa impetrou **habeas corpus** em favor de José Anselmo Rodrigues, com pedido liminar, contra ato judicial acoimado coator, da Vigésima Primeira Câmara Cível do egrégio TJRS, com pedido de “reintegrá-lo imediatamente nas legítimas funções de prefeito municipal de Pelotas-RS até o julgamento definitivo deste *writ*”.

Narram os autos que o impetrante, Prefeito de Pelotas-RS, fora afastado do cargo por decisão liminar em ação civil pública de improbidade administrativa e, tendo sido improvido o recurso interposto.

Insurge-se contra a) o decurso de mais de um ano do ajuizamento da ação, em 18.11.1998, sem encerramento da instrução processual; b) a ação civil pública foi ajuizada pelo mesmo promotor de Justiça que instaurou o inquérito civil público; c) o juízo da 5ª Vara Cível de Pelotas é incompetente para apreciação de pedido de condenação “nas sanções do art. 12, incisos II e III, da Lei n. 8.429/1992”, porque essa competência é afeta ao Tribunal de Justiça estadual; d) o desnecessário afastamento do prefeito, que representaria “verdadeira cassação”, sendo que o vice-prefeito, co-réu, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, teria retornado ao cargo público, havendo tratamento desigual.

Ao final, requereu, no caso de incabimento da medida processual, o seu recebimento como mandado de segurança ou medida cautelar satisfativa, para “atribuir efeito suspensivo não só em relação à decisão agravada, mas também àquela que há mais de 19 meses o afastou da Administração Municipal de Pelotas-RS, em processo absolutamente nulo por falta de pressupostos de validade da relação processual”.

O **habeas corpus** foi indeferido, liminarmente, com os seguintes fundamentos:

“*Inicialmente*, é de se firmar a competência, por prevenção, tanto dessa relatoria, pelo que foi decidido no MS n. 6.683, como no precedente a seguir:

‘RHC. **Habeas corpus**. Prefeito municipal. Sanção política. Competência. A competência interna no STJ é determinada pela natureza da relação jurídico-litigiosa (RISTJ, art. 9^a). A ação civil proposta encerra, no pedido, sanção política e reparação de dano ao Erário do Município.

Incompetência da Sexta Turma. A natureza jurídica da ação (**habeas corpus**) é irrelevante no caso, para definir a competência.’ (RHC n. 4.736-RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 6.5.1996).

Sendo competente para exame da impetração, há de se perquirir sobre o cabimento da via eleita para reintegração do Prefeito.

É assente na jurisprudência que as sanções da Lei n. 8.429/1992 não possuem natureza penal. Veja-se:

‘Constitucional. Administrativo. Prefeito municipal. Ato de improbidade administrativa. Ação civil. Sanções. Natureza jurídica. Lei n. 8.429/1992. Competência. Matéria constitucional.

– Os atos de improbidade administrativa definidos nos arts. 9^a, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

– Tais sanções, embora não tenham natureza penal, revelam-se de suma gravidade, pois importam em perda de bens e de função pública, ou em pagamento de multa e suspensão de direitos políticos, todos aplicados no âmbito de uma ação civil.’ (REsp n. 150.329, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 5.4.1999).

A partir desse entendimento, resta claro que ao juiz de 1^a grau de jurisdição compete o julgamento da ação civil pública, que não se confunde com a ação penal processada, originariamente, perante o Tribunal de Justiça estadual. Pela própria natureza da ação – para

ressarcimento ao Erário, com pedido cautelar de afastamento do prefeito, por improbidade administrativa, e necessidade da instrução –, inexistente comprometimento da legitimidade do Ministério Público para instauração do inquérito, revestido da mesma natureza da ação que o sucede, qual seja, ‘cível’.

Por outro lado, o **habeas corpus** não é substitutivo de recurso especial, e não admite o contraditório, nem reexame de provas.

O afastamento do agente público do cargo, previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, se reveste de caráter cautelar, para garantia da instrução do processo, e não em norma de natureza penal, não podendo ser subvertido o ordenamento processual ao talante da parte, que não interpôs o recurso competente, nem pode subtrair a apreciação da causa do juízo revisional, que é o Tribunal estadual.

Quanto ao pedido sucessivo de conversão do processo em medida cautelar ou mandado de segurança, afigura-se esse impossível, juridicamente, porque inexistente suporte legal para ‘fungibilidade’ de procedimentos especiais. Na verdade, todas as ações mencionadas pelo nobre patrono são processadas, originariamente, perante o colendo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, não são recursos ou seus sucedâneos, sendo incabível a pretensa ‘fungibilidade’.

Note-se a imprescindibilidade de pedido expresso de citação da parte contrária ou do litisconsórcio necessário, de valor atribuído à causa, e diversidade de causa de pedir.

Forte nestas razões, *indefiro a petição inicial*, liminarmente, e, por consequência, extingo o processo sem julgamento de mérito, com espeque nos arts. 210 do RISTJ e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Adveio o presente agravo regimental, com as seguintes razões:

“o ora agravante requer a V. Ex.^a se digne receber o presente agravo regimental, mandar processá-lo de acordo com a vontade da lei e, ao final, seja o mesmo conhecido e provido pelo Plenário da Segunda Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, com a reforma da decisão agravada, para que sejam conhecidos tanto a preliminar quanto o mérito postulados na impetração do aludido *writ*, como medida de inteira justiça.”

É a exposição.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Como narrado, a petição recursal não contém a razão de inconformismo do Recorrente, não demonstrando a erronia da decisão agravada.

O recurso só apresenta o pedido de seu processamento, nenhuma linha a mais, sendo manifestamente inadmissível, face à sua inépcia.

No AgRg no Ag n. 236.510, DJ de 22.5.2000, decidi que:

“Processo Civil. Agravo no agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória. Inconformismo recursal que não ataca a decisão agravada, limitando-se a requerer a submissão do feito ao órgão colegiado, com referência à petição de agravo de instrumento. Recurso não conhecido, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atribuído à causa, por manifestamente infundado. Artigo 557, § 2^a, combinado com o 545, ambos do Código de Processo Civil.

I – É inepta a petição recursal desprovida de razões de inconformismo, deixando de atacar os fundamentos da decisão agravada especificamente...”.

Forte nestas razões, *não conheço* do agravo.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 8.490 – RJ

(Registro n. 91.0003101-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Embargante: Amil – Assistência Médica Internacional Ltda

Advogados: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outros

Embargado: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro
– Cremerj

Advogados: Paulo Sérgio da Costa Martins e outros

EMENTA: Processo Civil – Embargos de declaração – Erro material: inexistência. Art. 162, § 3º, RISTJ.

1. Em caso de empate na sessão de julgamento, convoca-se Ministro de outra Turma e, nesta complementação, não há obrigatoriedade de estarem presentes todos os julgadores no início da sessão.

2. Inexiste erro material pelo fato de atribuir-se a lavratura de acórdão a Ministro que não tenha participado da segunda sessão.

3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Franciulli Netto. Ausentes, justificadamente os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Francisco Peçanha Martins.

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 7.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: 1. Esta Turma, em 4.5.1999, julgando apelação da Amil – Assistência Médica Internacional Ltda, decidiu em acórdão assim ementado pelo Ministro Ari Pargendler, relator designado, restando vencido o Relator, Ministro Peçanha Martins:

“Mandado de segurança. Resolução n. 19/1987 do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro. O Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro tem competência para baixar resoluções a respeito da profissão de médico; não pode, todavia, a pretexto disso, legislar acerca das relações entre médicos e empresas que têm como objeto social a prestação ou a garantia de serviços médicos. Recurso especial conhecido e provido, em parte.” (fl. 1.061).

2. Interpõe o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de

Janeiro – Cremerj embargos de declaração, alegando estar o acórdão eivado de vício insanável, embora aparentemente normal o procedimento.

Recordando o **iter** procedimental, diz a Embargante:

a) em 15.12.1998 foi o processo incluído em pauta e, em 2.2.1999, realizou-se o julgamento que teve o Ministro Peçanha Martins como Relator, que não conheceu do recurso e tendo o Ministro Ari Pargendler pedido vista. Ficando aguardando os Ministros Aldir Passarinho Junior e Hélio Mosimann;

b) o Ministro Ari Pargendler, diferentemente do Relator, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, sendo acompanhado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior. O Ministro Hélio Mosimann acompanhou o Relator;

c) registrando-se empate, foi o feito submetido a novo julgamento e, em 4.5.1999 foi certificado que, renovando-se o julgamento, ficaram vencidos o Ministro-Relator Hélio Mosimann, ficando o Ministro Ari Pargendler de lavrar o acórdão;

d) acontece que, em 4.5.1999, o Ministro Ari Pargendler não compareceu à sessão e não votou e, como tal, não poderia lavrar o acórdão.

Afirma a Embargante que os embargos têm a função de corrigir a proclamação do resultado.

3. A Amil – Assistência Médica Internacional Ltda peticionou às fls. 1.074/1.076, a correção do erro material.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A questão relatada por ambas as partes está disciplinada no RISTJ, a partir do art. 162, estando assim redigido o § 3º:

“Se, para efeito do **quorum** ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos.”

Temos, portanto, a possibilidade da continuidade do julgamento, sem a presença de Ministros que já proferiram voto.

Foi o que ocorreu na hipótese dos autos, quando foi convocado o Ministro José Delgado. A ausência do Ministro Ari Pargendler, que aliás não era o relator, não impediu que se tomasse o voto do Ministro convocado para prosseguir-se no julgamento, nos moldes do art. 162, § 3º, do RISTJ, acima transcrito.

Assim sendo, não vislumbro correção a fazer, razão pela qual rejeito os embargos.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 171.543 – RS

(Registro n. 98.0027642-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi
Embargante: Companhia Riograndense de Saneamento – Corsan
Advogados: Eduardo A. L. Ferrão e outros
Embargado: Município de Novo Hamburgo
Advogados: Ruy Engler Noronha de Mello e outro

EMENTA: Embargos de declaração – Omissão – Inexistência – Caráter infringente – Impossibilidade – Prazo em dobro da Fazenda Pública para interposição de recurso adesivo – Independência do ato processual de resposta do recurso principal – Ausência de preclusão.

I – O prazo em dobro para interposição do recurso adesivo decorre da conjugação dos arts. 500, I, c.c. 188, ambos do Código de Processo Civil.

II – O recurso adesivo não está condicionado à apresentação de contra-razões ao recurso principal, porque são independentes ambos os institutos de direito processual, restando assegurado, pela ampla defesa e contraditório constitucionais, tanto o direito de recorrer, como o de responder ao recurso.

III – Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de declaração apontando omissão, porque “na dicção do art. 500, I, do Código de Processo Civil, o prazo para interposição do recurso adesivo encontra-se condicionado ao prazo para o oferecimento das contra-razões. Por imperativo lógico, consumido o prazo da resposta pela prática antecipada do ato, consume-se, também, o prazo para interposição do recurso adesivo”.

O v. acórdão embargado teve ementa lavrada nos seguintes termos:

“Processo Civil. Recurso adesivo de pessoa jurídica de direito público que goza de prazo em dobro para interposição de qualquer recurso. Arts. 188 e 500, I, CPC, com a redação dada pela Lei n. 8.950/1994. Recepção pela nova ordem constitucional. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal.

O art. 188 do Código de Processo Civil é expreso na admissão do prazo recursal em dobro para as pessoas jurídicas de direito público, embora não o faça para apresentação de contra-razões. Na verdade ‘adesivo’ é a modalidade de interposição do recurso, e não uma outra espécie recursal. Por isso que o recurso do autor município é ‘recurso de apelação’, na modalidade ‘adesiva’, e para sua interposição, como de qualquer outro recurso, goza do privilégio de interposição no prazo dobrado.”

É a exposição.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Como se deduz da ementa colacionada, o prazo em dobro para interposição do recurso adesivo decorre da conjugação do art. 500, I, c.c. art. 188, ambos do Código de Processo Civil.

Não há omissão a ser sanada, revestindo o recurso de nítido caráter infringente, inadmissível a via eleita.

Com efeito, o recurso adesivo é tempestivo, e não está condicionado sequer à apresentação de contra-razões ao recurso principal, porque são independentes ambos os institutos de direito processual, restando assegurado, pela ampla defesa e contraditório constitucionais, tanto o direito de recorrer, como o de responder ao recurso.

A insurgência da Recorrente é procrastinatória e atentatória à dignidade da Justiça, seja porque ausente suporte legal, seja porque garantido ao embargado o direito processual de ter seu recurso adesivo, quanto ao mérito, apreciado pelo Tribunal de origem.

Forte nestas razões, *rejeito* os embargos declaratórios.

É o voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 172.593 – CE

(Registro n. 98.0030730-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Embargante: R. D. Máquinas Ltda

Advogados: Mara Regina Siqueira de Lima e outros

Embargada: Fazenda Nacional

Procuradores: Tarcísio Carvalho Sisnando de Lima e outros

EMENTA: Processo Civil – Embargos de declaração – Expurgos inflacionários – Omissão.

1. Índices e períodos dos expurgos explicitados em precedente

que embasa a decisão monocrática, entretanto, merece a questão ser melhor esclarecida.

2. Aplicação dos expurgos inflacionários, atendendo, no período de março de 1990 a janeiro de 1991, o IPC; a partir da promulgação da Lei n. 8.177/1991, o INPC; e, a partir de janeiro de 1992, a Ufir, na forma preconizada pela Lei n. 8.383/1991.

3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeito modificativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Franciulli Netto. Ausentes, os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Francisco Peçanha Martins.

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

Ministra Eliana Calmon, Presidente e Relatora.

Publicado no DJ de 1.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: R. D. Máquinas Ltda opõe embargos de declaração contra decisão que deu provimento a recurso especial, para determinar a incidência da correção monetária plena, mediante aplicação dos expurgos inflacionários (fls. 206/207).

Alega a Embargante que o **decisum** foi omissivo, deixando margem de dúvidas, uma vez que não especificou e determinou o período de incidência dos expurgos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Os índices e os períodos encontram-se especificados no primeiro precedente colacionado que embasou a decisão monocrática.

Entretanto, merece melhor esclarecimento.

A correção monetária far-se-á da seguinte forma:

- a) no período de março/1990 a janeiro/1991, o *IPC*;
- b) a partir da promulgação da Lei n. 8.177/1991, o *INPC*; e
- c) a partir de janeiro de 1992, a *Ufir*, na forma preconizada pela Lei n. 8.383/1991.

Com estas considerações, acolho os embargos de declaração, sem efeitos modificativos.

RECURSO ESPECIAL N. 65.846 – SP

(Registro n. 95.0023235-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Algodoeira Donega Ltda
Advogados: Cyro Penna César Dias e outros
Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Márcia Ferreira Couto e outros

EMENTA: Tributário e Processo Civil – ICM – Coisa julgada – Creditamento – Levantamento “a maior” – Correção monetária – Honorários.

1. Inexiste coisa julgada quando, a despeito da identidade de tese jurídica e igualdade das partes, diversos são os fatos geradores.

2. Pacificou-se entendimento nesta Corte quanto ao não creditamento do ICM incidente sobre o algodão *in natura* adquirido para beneficiamento.

3. A verificação do excesso de execução enseja exame de prova, o que não se compatibiliza com o recurso especial.

4. A correção monetária não é acréscimo e, como tal, incide em todas as hipóteses de atraso de pagamento.

5. Honorários são devidos na execução e nos embargos.

6. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

Publicado no DJ de 1.8.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: 1. A empresa Algodoeira Donega Ltda interpôs recurso especial com respaldo nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III, da CF/1988.

Alega a Recorrente que opôs embargos à execução fiscal que lhe moveu a Fazenda do Estado de São Paulo, insurgindo-se, sem sucesso, contra o pagamento de *ICM* e multa.

2. Na apelação alegou a Empresa-recorrente:

- a) ausência de título executivo válido, por iliquidez;
- b) ilegalidade na cobrança de juros, correção monetária e multa;
- c) existência de crédito diferido em favor da Empresa, por força de coisa julgada;
- d) ilegalidade na cobrança de honorários na execução e nos embargos.

Para negar provimento ao recurso, disse o Tribunal que a sentença estava corretamente posta, concluindo:

- a) pela existência de coisa julgada, em razão dos fortes e irrespondíveis argumentos da sentença;
- b) que perfeitamente realizada a cobrança exigida pela Fazenda, não só quanto ao principal, mas também em relação às verbas acessórias, por não ser passível de acolhimento a teoria da Recorrente alicerçada em norma de 1984 e jurisprudência de 1986;

c) em relação aos honorários, que o mesmo assentou-se em jurisprudência predominante da Corte.

Interpostos embargos de declaração, foram os mesmos parcialmente acolhidos, suprindo a omissão relativa à preliminar de nulidade de título executivo argüida no apelo.

Concluiu o Tribunal, que a nulidade do título nada tinha a ver com nulidade da sentença, pois presentes os requisitos essenciais previstos no art. 458 do CPC (fls. 286/287).

3. Interpostos recursos extraordinário (fl. 290) e especial (fls. 324/360), alegou a Recorrente no especial que a cobrança de correção monetária e multa, sem que tenha sido indicado o dispositivo legal que levou à incidência, viola o art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/1968, não se podendo aceitar a cumulatividade do imposto, pois o que está sendo exigido da Empresa é o estorno de um crédito tido como ilegalmente apropriado, e não a falta de recolhimento do imposto, afastando-se a incidência do art. 492 do Decreto n. 17.727/1981 do RICM.

Enfatiza, ainda, que não há ICM a recolher como está a exigir o Fisco, ou seja, além do tributo, está fazendo incidir juros, tudo devidamente atualizado. Assim, entende não haver similitude entre quem deixa de recolher um tributo e quem dele se credita de forma incorreta, hipótese em que não há correção monetária.

Em uma longa exposição afirma a Empresa que, no período abrangido pela execução, mantinha em sua escrita fiscal créditos do ICM pela aquisição de algodão *in natura* – entradas –, feitas aos produtores-contribuintes –, créditos estes que foram impugnados pelo Fisco.

Invocando coisa julgada, diz que obteve judicialmente o reconhecimento de seu crédito, por decisão transitada em julgado, creditamento este que, diferentemente das normas operacionais, ficou para ser contabilizado quando da saída do produto, na derradeira operação, solvendo assim duas operações: como responsável, substituindo-se ao produtor, e como contribuinte de direito.

Assim sendo, conclui que foram vulnerados o art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/1968, art. 468 do CPC e art. 6º, § 3º, da LICC.

Por fim, formula a Recorrente pedido alternativo, para dizer que, não sendo declarada nula a sentença, deve ser revisto o fato de ter sido comprovado que a autuação foi substancialmente maior do que a devida, como comprovou a perícia, fato que terminou por viciar a própria certidão de dívida ativa.

Quanto à verba honorária, afirma a Empresa que houve ofensa ao art. 20 do CPC, ao acumular verba de patrocínio na execução e nos embargos.

4. Contra-arrazoado o recurso, subiu a esta Instância por força de agravo de instrumento (fl. 388).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do especial, por falta de prequestionamento, porque os dispositivos legais, apontados pela Recorrente, não foram apreciados pelo acórdão recorrido.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): O recurso especial aborda as questões seguintes:

- a) a questão central sobre a forma de contribuição do ICM sobre o produto que tem como insumo o algodão **in natura**;
- b) erro no levantamento do montante devido;
- c) não incidência da correção monetária;
- d) coisa julgada; e
- e) honorários.

Coisa Julgada

Início o exame do especial pela coisa julgada e considero como prequestionado o art. 468 do CPC e o art. 6º, § 3º, da LICC, artigos que, embora só mencionados no especial, referem-se ao tema que, à saciedade, sofreu prequestionamento implícito, quer na apelação, quer na via dos embargos de declaração.

Este Tribunal, pela Corte Especial, tem admitido o prequestionamento implícito como provam os arestos seguintes:

“Recurso especial. Prequestionamento.

Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida.” (EREsp n. 181.682-PE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Corte Especial, unânime, DJ de 16.8.1999).

“Processual Civil. Prequestionamento explícito. Citação dos dispositivos violados. Desnecessidade.

Para implementar a exigência do prequestionamento não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida.

O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal.

Embargos recebidos.” (EREsp n. 169.414-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, unânime, DJ de 28.6.1999).

A sentença de 1ª grau bem afastou o fenômeno da coisa julgada por inexistência de identidade no objeto das demandas, haja vista que, naquele processo precedente, o fato gerador da incidência era outro que não o fustigado neste processo, o que leva a uma diferença fundamental dos litígios.

Entretanto, não é possível olvidar-se que há entre as ações identidade pela tese jurídica que, coincidentemente, encerram também identidade dos sujeitos e da causa de pedir.

A semelhança, entretanto, não serve para o fim colimado, ou seja, dar sentido a este processo.

Creditamento do ICM

Este é o tema central da controvérsia, e veio prequestionado e esquadrihado em todos os aspectos, pela Empresa-recorrente.

Por este ângulo, afirma-se que houve violação ao art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 406/1968, dispositivo que repudia a cumulatividade.

A questão do creditamento do ICM que se diz diferido foi muito bem explicada pela Recorrente: ocorre quando a empresa compra de produtor rural o algodão e por ele paga o ICM, na qualidade de responsável por substituição, para ter então diferido este creditamento no futuro, abatendo o montante na oportunidade em que sai do estabelecimento o produto pronto e acabado.

A tese não conseguiu vingar neste Tribunal, que tem precedente em sentido contrário ao esposado neste especial, coincidentemente em recurso interposto pela própria empresa – Algodoeira Donega Ltda, representada pelos mesmos causídicos.

Assim, em 23.11.1995, a Primeira Turma, pelo relato do Ministro José de Jesus Filho, negou provimento ao REsp n. 71.561-SP, resumindo a que-rela na ementa seguinte:

“ICMS. Diferimento. Crédito. Coisa julgada. Inocorrência. Correção monetária e juros. Cabimento.

I – **In casu** não restou caracterizado o instituto jurídico da coisa julgada;

II – Conforme decidiu esta Corte, a Recorrente não tem direito ao creditamento, uma vez que não paga o ICMS sobre algodão adquirido; beneficiado pelo diferimento. Precedentes.

III – Recurso desprovido.”

De igual teor é o precedente no REsp n. 64.183-7, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 19.6.1995 e também REsp n. 49.905-4-SP, Rel. Ministro Américo Luz, assim ementado:

“Tributário. ICM diferido. Crédito. Vedação. Correção monetária. Cabimento. Coisa julgada material. Inocorrência na hipótese.” (DJ de 14.8.1995).

Além destes precedentes, trago um último, bem esclarecedor:

“ICM. Crédito. Algodão. Produtores rurais.

A aquisição de produtos rurais com ICM diferido não conduz ao direito ao crédito, não havendo pagamento do ICM na entrada, não se deve falar em crédito, se a saída for tributada, a presunção é a de ter havido o fenômeno da repercussão, a transferência para o contribuinte de fato adquirente do produto com o valor do imposto já embutido no prazo.

Recurso improvido.” (REsp n. 23.571-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, decisão unânime, publ. no DJ de 19.10.1992, p. 18.225).

Levantamento “a maior”

Vencida a tese central da controvérsia, passo ao exame da questão que,

segundo a Recorrente, levaria ao pedido alternativo, ou seja, excesso de execução e, com ele, a nulidade do título e da própria execução.

A sentença concluiu que a Embargante não conseguiu levantar provas suficientes para se desconsiderar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade de que goza a dívida (fl. 186), e o acórdão omitiu-se quanto à alegação. Nos embargos de declaração, o Tribunal não apreciou devidamente a questão, afirmando, com simplicidade, que não se confundia nulidade do título com nulidade da sentença, ficando, segundo minha ótica, em pendência, embora prequestionada exaustivamente.

Observe, entretanto, que, modernamente, tem a jurisprudência se inclinado na aceitação da validade de uma execução com título “a maior”, fazendo-se a redução do que sobejar, posição nada ortodoxa que tem a virtude de rapidamente solucionar o processo.

Correção Monetária

Sem a mínima condição de se impor como tese, basta lembrar que correção monetária não é acréscimo e, sim, expressão atualizada da moeda, paga por todos a partir do vencimento da dívida.

Com a correção, os juros de mora também são devidos pelo atraso.

Honorários

Em sendo os embargos processo diferente da execução, tem-se como de absoluta legalidade a incidência de honorários em ambos os processos.

A única exceção está na execução fiscal da Fazenda Nacional, porque a imposição já vem na certidão de dívida ativa, por força do Decreto-Lei n. 1.025/1969.

Na hipótese, como eram impostos honorários de 20% (vinte por cento) na execução, o TFR fez aliviar a carga para o contribuinte, editando a Súmula n. 168 do teor seguinte:

“O encargo de 20% do Decreto-Lei n. 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios.”

Na hipótese em julgamento, não se configurando a excepcionalidade, temos que incidem os honorários em ambas as demandas.

Assim, e em conclusão, nego provimento ao recurso, para manter a decisão.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 175.363 – SP

(Registro n. 98.0038514-2)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros
Recorrida: Ibar Tintas e Vernizes Ltda
Advogado: Ariovaldo José Zanotello

EMENTA: Processo Civil e Tributário – ICMS – Execução fiscal – Embargos do devedor – Decadência – Inteligência dos arts. 142, 150, § 4º; e 173, I, do CTN.

1. Constitui-se o crédito tributário pelo lançamento, sendo a inscrição da dívida o título hábil para proceder-se a execução fiscal.

2. Nas hipóteses em que o sujeito passivo da obrigação tributária antecipa o pagamento, o crédito se constitui mediante o lançamento por homologação, que deve ocorrer dentro de cinco anos, contados do primeiro dia do ano subsequente ao do fato gerador.

3. No caso em espécie, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 1.1.1990, não há como afastar-se a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.8.1995.

4. Recurso especial conhecido, porém, improvido.

ACÓRDÃO

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

mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Nancy Andrighi.

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

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ 19.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial amparado nos permissivos **a** e **c**, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça local que deu provimento à apelação de Ibar Tintas e Vernizes Ltda, julgando extinta a execução fiscal, pelos motivos expostos no acórdão e fls. 117/121 assim resumidos na ementa:

“Execução fiscal. Embargos acolhidos para extinguir o feito com base no artigo 269, IV, do CPC. Decadência configurada. Decurso de prazo de cinco anos após a ocorrência do fato gerador. Aplicação dos arts. 150, § 4º; e 173, I, do Código Tributário Nacional. Recurso provido.”

Alega a Recorrente negativa de vigência ao art. 150, § 4º, c.c. art. 173, I, do CTN e divergência com decisão deste STJ prolatada no REsp n. 58.918-5-RJ. Sustenta que o fato gerador do imposto (ICMS) ocorreu em agosto/1989, assim, o prazo de cinco anos para extinguir a constituição do crédito tributário começaria a fluir do primeiro dia do ano seguinte (1.1.1990), ocorrendo a inscrição da dívida em 5.8.1995, cujo prazo decadencial só se encerraria dez anos depois do fato gerador, isto é, em 1999.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte onde, cabendo-me relatá-lo, dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Diz o acórdão recorrido:

“No caso, cuidando-se de imposto declarado pelo contribuinte, verifica-se que o ICMS apurado pelo regime periódico diz respeito ao mês de agosto de 1989. Definido o fato gerador, de nenhum sentido que a dívida tenha sido inscrita apenas em agosto de 1995, quando já consumada a decadência de vez que aqui inexistiu interrupção por qualquer motivo.

Destarte, pela combinação do art. 150, § 4^o, com o art. 173, I, do Código Tributário Nacional, chega-se à conclusão de que sendo agosto/1989 o mês de referência, o prazo é contado do primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, de 1^o de janeiro de 1990. E o direito da Fazenda de exigir o tributo extinguiu-se cinco anos depois, no último dia de 1994. Ao inscrever a dívida em agosto de 1995, já havia decaído do direito de cobrar esse imposto.” (fl. 129).

A Recorrente, entretanto, afirma que, aplicando-se a regra contida no art. 150, § 4^o, em combinação com o art. 173, I, ambos do CTN, “... a imputação feita ainda goza de validade e eficácia. Isto porque, segundo o disposto nos artigos supracitados, o direito da Fazenda Pública de inscrever a dívida decai decorridos dez anos do fato gerador do imposto” (fl. 126); destarte, no seu entender, a decadência só se operaria em 1999 e invoca em seu favor o acórdão prolatado no REsp n. 58.918-5-RJ.

Tal decisão, a rigor, não serve como paradigma, pois, refere-se a várias contribuições previdenciárias, compreendidas no período de outubro/1974 a dezembro/1975, cuja inscrição ocorreu em 17.5.1983, enquanto o aresto impugnado diz respeito ao ICMS correspondente a agosto/1989.

O mencionado acórdão deixa transparecer que o lapso de decadência é constituído pelo período entre o fato gerador e o lançamento (5 anos) somado de mais cinco anos, até a data em que se extingue o direito potestativo do Fisco de homologar o lançamento. Eis suas palavras:

“Na hipótese de que agora cuidamos, o lançamento poderia ter sido efetuado durante cinco anos, a contar do vencimento de cada uma das contribuições.

Se não houve homologação expressa, a faculdade de rever o lançamento correspondente à mais antiga das contribuições (outubro/1974) estaria extinta em outubro de 1979.

Já a decadência ocorreria cinco anos depois ‘do primeiro dia do

exercício seguinte' à extinção do direito potestativo de homologar (1ª de janeiro de 1980). Ou seja: em 1ª de janeiro de 1985.

Ora, a inscrição da dívida verificou-se em maio de 1983 (cf. fl. 47).

Não houve decadência.” (fl. 138).

Data maxima venia, essa ótica não me parece acertada.

Há que distinguir-se, em primeiro lugar, constituição do crédito tributário de inscrição da dívida; a primeira se dá pelo lançamento e, a segunda, constitui formalização do título ensejador da execução. Partindo desses pressupostos, nos tributos lançados por homologação, esta deverá ser efetuada pela Fazenda Pública, impreterivelmente, dentro de 5 anos contados do fato gerador (caso a lei não estabeleça outro prazo); é o que dispõe o art. 150, § 4º, do CTN. Se a Fazenda não proceder à homologação de modo expresse, esta se dará tácita e automaticamente. De uma ou de outra forma, a caducidade se opera em relação ao direito material de constituir o crédito tributário, que se extinguirá se isso não se verificar no prazo estipulado.

Misael A. Machado Derzi leciona:

“Ora, no caso da homologação tácita, pela qual se aperfeiçoa o lançamento, o CTN estabelece expressamente prazo dentro do qual se deve considerar homologado o pagamento, prazo que corre contra os interesses fazendários, conforme § 4º do art. 150 em análise. A consequência – homologação tácita, extintiva do crédito – ao transcurso **in albis** do prazo previsto para a homologação expressa do pagamento está igualmente nele consignada. O caráter tácito do ato administrativo não decorre assim de uma ilação interpretativa lógica, admitida pelos administrativistas clássicos, mas de disposição expressa de lei. Portanto, não deve causar pasmo a disposição do CTN, que adota lançamento homologatório tácito do pagamento efetuado pelo sujeito passivo, como de resto outros sistemas jurídicos o admitem.” (Comentários ao CTN, Forense, 3ª ed., p. 404).

E Carlos Valder do Nascimento:

“A decadência é o decaimento de um direito, é o instituto que dá

causa à extinção da obrigação, visando a não permitir à Fazenda Pública que eternize o direito de constituir o crédito tributário.” (**op. cit.**, p. 451).

Ainda que se atrele à interpretação do art. 150, § 4º, com o art. 173, I, do CTN, que estabelece a contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao em que poderia ser feito o lançamento, nada autoriza o alargamento de prazo de decadência para dez anos.

Na espécie, como acentua o acórdão recorrido, o fato gerador data de agosto/1989. Mesmo contando-se o prazo para a constituição do crédito de 1.1.1990, tal direito extinguiu-se cinco anos depois (31.12.1994), porém, a formalização do título executivo, que ensejou a ação fiscal, só se deu em agosto/1995, quando a Fazenda já havia decaído do direito de cobrar o imposto.

Encaixa-se como luva ao presente caso, parte do acórdão prolatado no REsp n. 132.329-SP, de minha relatoria e originário do mesmo Tribunal de Justiça **a quo**, que transcrevo:

“De acordo com o art. 142/CTN, constitui-se o crédito tributário pelo lançamento, sendo a inscrição da dívida o competente título extrajudicial para desfechar a execução. Nas hipóteses, como a presente em que o sujeito passivo da obrigação deve antecipar o pagamento do tributo, sem exame prévio da Administração, o crédito se constitui mediante o lançamento por homologação (art. 150), que se deve concretizar dentro de cinco anos, contados do fato gerador sob pena de decadência.

Ressalvados os casos *comprovados* de dolo, fraude ou simulação, o crédito tributário *extingue-se definitivamente* nas circunstâncias previstas no § 4º do art. 150/CTN, e crédito definitivamente extinto não mais pode ser cobrado. Em outras palavras, a caducidade opera-se em relação ao direito material de constituir o crédito tributário e, se tal não se verifica no tempo aprazado, ele se extingue em definitivo, descabendo sua cobrança posterior. Vale transcrever, na íntegra, a lição de **Aliomar Baleeiro**:

‘O direito de o Fisco rever o lançamento do sujeito passivo, e, em conseqüência, exigir diferença ou suplementação do tributo, ou, ainda, aplicar penalidade, salvo caso de dolo, fraude ou

simulação, caduca em 5 anos, reservado à lei do poder tributante fixar outro prazo menor. Se esgotar-se o prazo, há decadência do direito de revisão por parte do Fisco, considerando-se automaticamente homologado o lançamento em que se baseou o sujeito passivo para efetuar o pagamento antecipado.' (**op. cit.**, p. 478)."

Por esses mesmos motivos, embora conhecendo do recurso pelo fundamento da letra **c**, nego-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 185.059 – PE

(Registro n. 98.0058871-0)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Estado de Pernambuco
Advogados: Tereza Cristina de L. V. F. Moreira e outros
Recorrido: José Romualdo Maranhão Neto
Advogado: Rogério Vieira de Melo da Fonte

EMENTA: Processual Civil – Tributário – ICMS – Importação – Veículo novo – Pessoa física – Fazenda Pública Estadual – Parte legítima – Recurso conhecido e provido.

Diante do questionamento sobre a legalidade do recolhimento do ICMS por pessoa física, decorrente de aquisição de bem para uso próprio, e não somente do ato que condicionou o desembaraço aduaneiro do bem ao prévio recolhimento da exação, é a Fazenda Estadual parte legítima para figurar na lide, porquanto é de sua competência o tributo questionado.

O Tribunal **a quo**, ao entender pela ilegitimidade passiva do Estado de Pernambuco, excluindo-o da lide, deixou de apreciar fundamentos jurídicos e legais apresentados nas contra-razões às razões da apelação. Omissão que persistiu a despeito do ajuizamento de embargos declaratórios. Ofensa ao art. 47 do Código de Processo Civil. Nulidade configurada.

Recurso conhecido e provido, pelas alíneas **a** e **c**, para que,

retornando os autos à origem, seja a apelação novamente submetida a julgamento, desta vez presente a Fazenda Estadual como parte. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pelo qual foi dado parcial provimento à apelação interposta nos autos de mandado de segurança impetrado por José Romualdo Maranhão Neto, em que se busca seja reconhecida a ilegalidade do ato que condicionou o desembaraço aduaneiro de veículo importado para uso próprio à comprovação do recolhimento do ICMS e do IPI.

Entendeu o acórdão recorrido, preliminarmente, por excluir da lide o Estado de Pernambuco, o qual havia sido citado para integrá-la na qualidade de litisconsorte passivo necessário, porque inexistiria interesse da Fazenda Estadual, uma vez que o objeto do mandado de segurança relacionava-se à legalidade do recolhimento do tributo pela autoridade federal. No mérito, deu parcial provimento ao apelo, reconhecendo como legítima a incidência do IPI, e indevido o recolhimento do ICMS.

Interpostos embargos de declaração pelo Apelado, foram rejeitados, dando ensejo à presente irresignação.

Alega o Estado de Pernambuco, em preliminar, que o v. acórdão recorrido negou vigência ao art. 47 do Código de Processo Civil, pois que há, no caso, litisconsórcio passivo necessário, divergindo, neste ponto, o Tribunal de origem, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Requer seja novamente apreciado o recurso de apelação, desta vez considerando as contra-razões apresentadas.

No mérito, sustenta infringência ao art. 2^a, I, do Convênio n. 66/1988, porquanto deve ser considerado como momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, no caso de contribuinte pessoa física, a ocasião do recebimento do bem pelo importador. Invoca, em amparo à sua tese, a Súmula n. 198 do Superior Tribunal de Justiça, além de precedentes desta Corte e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Regularmente processado, conta o recurso com a resposta do Recorrido (fls. 277/279).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Trata o presente de matéria relativa à incidência do ICMS na hipótese de importação de veículo novo por pessoa física, para consumo próprio.

O egrégio Tribunal **a quo** deixou assentado, em preliminar, que a Fazenda Pública não constituía parte legítima para figurar na lide, porquanto cingira-se o objeto do **mandamus** à ilegalidade do ato administrativo relativo ao desembaraço aduaneiro somente mediante a comprovação do referido tributo.

A irresignação está a merecer provimento.

A impetração, contra ato de autoridade federal, refere-se à responsabilidade pelo cumprimento da legislação então vigente, qual seja o Convênio n. 66/1988.

Tal circunstância, no entanto, não retira o interesse estadual, pois que é entre ele, Estado, e o contribuinte, que se forma a relação jurídica, no que concerne ao ICMS, já que de sua competência tal exação, consoante determina o texto constitucional.

A discussão sobre a legalidade do recolhimento do tributo, na situação posta, tem inegável pertinência aos interesses da Fazenda Pública do Estado. Entendo, pois, que houve afronta ao disposto no art. 47 do Código de Processo Civil.

Outras vezes já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em apreço, afirmando a legitimidade passiva da pessoa jurídica de direito público, sob cuja competência está a exação, configurando-se hipótese de litisconsórcio passivo necessário. Assim se verifica dos seguintes precedentes a seguir transcritos:

“Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Mercadoria importada. Desembaraço aduaneiro. Convênio entre as Fazendas Estadual e Federal. Litisconsórcio necessário. Precedentes.

– No processo de mandado de segurança impetrado para afastar a exigência do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro, torna-se obrigatório o chamamento à lide da Fazenda Estadual, como litisconsorte passivo necessário, por isso que a relação jurídica forma-se sempre entre esta e o contribuinte do ICMS.

– Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 61.594-RS, DJ de 12.4.1999, p. 109, Rel. Min. Peçanha Martins).

“ICMS. Fato gerador. Fazenda Estadual. Litisconsórcio necessário.

A Fazenda Estadual é litisconsorte passiva necessária em mandado de segurança impetrado contra autoridade fiscal federal, objetivando afastar exigência de comprovação do recolhimento do ICMS para o desembaraço aduaneiro de mercadoria importada.

Recurso provido.” (REsp n. 165.624-PE, DJ de 3.8.1998, p. 126, Rel. Min. Garcia Vieira).

“Mandado de segurança. Tributário. Mercadoria importada e desembaraço aduaneiro. Exigência do ICMS. Litisconsórcio da Fazenda Estadual. Artigo 47, CPC. Lei n. 1.533/1951, artigo 19.

1. Competindo à Fazenda Estadual a fiscalização e o recolhimento do ICMS, qualifica-se como litisconsorte necessária no processo de mandado de segurança impetrado para afastar aquela exigência fiscal.

2. Precedente jurisprudencial.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 47.155-SP, DJ de 21.8.1995, p. 25.352, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Pelo dissídio pretoriano, do mesmo modo merece guarida a irresignação.

O v. acórdão atacado decidiu pela ilegitimidade da ora recorrente, nos termos a seguir transcritos (fl. 209):

“Verifico, inicialmente, que o Estado de Pernambuco foi citado para integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário (fls. 41/41v.). Todavia, entendendo falecer interesse ao citado Estado de figurar na lide na condição referida, vez que o pedido de segurança do qual decorreu a decisão impetrada cingiu-se ao pleito da Impetrante, relacionado à apreciação acerca da legalidade do ato de autoridade federal, ao compeli-la ao recolhimento do tributo estadual (ICMS) suso referido, no ato do desembaraço aduaneiro.

Em caso assemelhado, pronunciou-se a egrégia Segunda Turma do STJ, no julgamento dos Embargos de Declaração no REsp n. 15.926-0-RJ, Relator o Ministro Antônio de Pádua:

‘Ementa: Tributário. Importação. ICMS. Exigência por ocasião do desembaraço aduaneiro. Instrução Normativa SRF n. 54/1981. Citação do Estado do Espírito Santo como litisconsorte necessário. Descabimento.

I – O acórdão embargado decidiu o pedido de segurança, adstrito ao pedido da impetrante no que concerne a ato da autoridade federal impetrada, isto é, no sentido de que proceda ao despacho aduaneiro e à liberação das mercadorias, descritas na guia de importação, bem como permita seu trânsito, sem exigência antecipada do ICMS. Daí não ter cabimento a citação do Estado do Espírito Santo como litisconsorte necessário como pleiteado pela União, que sequer, suscitou a questão nas instâncias ordinárias.

II – Embargos declaratórios rejeitados.’ (DJU de 2.5.1994, p. 9.992).

Da mesma forma, a egrégia Terceira Turma deste Tribunal, em hipótese assemelhada, não conhecera da apelação interposta pelo Estado de Pernambuco, quando do julgamento da AMS n. 44.898-PE, em 15.9.1994, em que fui Relator.

Excluo, portanto, o Estado de Pernambuco da lide.”

O paradigma, por sua vez, encontra-se assim ementado (fl. 240):

“ICMS. Convênio celebrado entre a Fazenda Federal e o Estado. Litisconsórcio passivo necessário.

A Fazenda Estadual é litisconsorte passiva necessária em mandado de segurança impetrado contra autoridade fiscal federal objetivando afastar exigência de comprovação do recolhimento do ICMS para o desembaraço de mercadoria importada do exterior. Recurso improvido.” (REsp n. 47.044-7-SP, DJ de 20.6.1994, p. 16.064, Rel. Min. Garcia Vieira).

Do cotejo dos arestos observa-se a alegada divergência. O Tribunal de origem considerou ilegítima a Fazenda Estadual, porquanto no mandado de segurança a discussão era atinente à legalidade do ato praticado pelo Inspetor da Receita Federal, ao exigir a comprovação do recolhimento do ICMS para o desembaraço da mercadoria. Não haveria, aí, portanto, interesse da parte então excluída.

É de se frisar que o precedente em que se fundou o Tribunal **a quo**, da lavra do Sr. Ministro Antônio de Pádua referia-se à hipótese diversa da dos autos. Naquele caso, o pedido do impetrante restringira-se ao reconhecimento da ilegalidade do ato praticado pelo servidor da Receita Federal. Aqui, busca o Recorrente seja declarada a ilegalidade da cobrança do imposto. Há, portanto, inegável interesse da Fazenda Estadual, a quem compete o tributo, entendimento sustentado no recurso e que vai ao encontro do precedente colacionado.

Por outro lado, admitida a legitimidade passiva do Estado de Pernambuco, não se mostra possível a apreciação da matéria atinente ao recolhimento do ICMS. Não obstante ter sido apreciado no v. acórdão recorrido o mérito da apelação, acerca do qual, aqui não se olvida, há súmula desta Corte, houve vício no julgamento. Uma vez excluída da lide, a Fazenda Estadual, ora recorrente, não logrou obter a apreciação das contra-razões apresentadas, pelo que impende haja novo julgamento da apelação. A corroborar o raciocínio, destacando-se a imprescindibilidade da análise das contra-razões, apresento os seguintes precedentes deste Sodalício:

“Tributário. Imposto de Renda. Incidência sobre as quantias recebidas pelo empregado em face da rescisão contratual incentivada. Negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC configurada.

A instância **a quo** foi omissa quanto à apreciação dos arts. 153, III; 145, § 1º, da CF e 6º, V, da Lei n. 7.713/1988 levantados pela Recorrente em contra-razões de apelação.

Ofensa ao art. 535, II, do CPC configurada.

Necessária a manifestação da Corte **a quo** quanto aos dispositivos legais não apreciados.

Recurso provido. Decisão unânime.” (REsp n. 191.611-SP, DJ de 22.3.1999, p. 99, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

“Processual Civil. Recurso especial. Embargos de declaração rejeitados. Violação ao art. 535, II, CPC. Omissão configurada. Decisão nula. Precedentes.

– Se o Tribunal deixou de se pronunciar acerca das questões suscitadas pelas partes em suas razões ou contra-razões de apelação e permanece a omissão, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, configura-se a alegada contrariedade ao art. 535, II, do CPC.

– O voto-condutor do aresto embargado, na hipótese dos autos, no mínimo deixou obscuros temas necessários ao deslinde da controvérsia, a ensejar os embargos de declaração na instância **a quo**.

– Recurso especial conhecido e provido para anular a decisão proferida nos embargos declaratórios, a fim de que outra seja proferida reexaminando as questões suscitadas.” (REsp n. 153.281-RN, DJ de 22.5.2000, p. 94, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Ante o exposto, conheço do recurso pelas alíneas **a** e **c** e dou-lhe provimento, a fim de que, retornando os autos ao juízo de origem, seja apreciada a apelação interposta, desta vez com a presença da ora recorrente como parte.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 187.864 – DF

(Registro n. 98.0066086-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Recorrente: Expresso União Ltda

Advogado: Arthur de Castilho Neto
Recorrida: Rápido Federal Viação Ltda
Advogados: José Euclides Tavares de Souza e outros
Recorrida: União
Sustentação oral: José Euclides Tavares de Souza (pelos recorridos), e Moacir Guimarães Moraes Filho (Subprocurador-Geral da República)

EMENTA: Administrativo – Recurso ordinário – Mandado de segurança – Transporte interestadual de passageiros – Superposição de linha – Exercício ilegal por concorrente – Direito de denúncia.

1. Empresa permissionária de transporte interestadual de passageiros tem o direito, e não mero interesse reflexo, de denunciar à autoridade competente concorrência desleal e clandestina praticada por outra empresa que, sem dispor de permissão ou autorização, explora trecho superposto à linha de transporte por ela regularmente coberto.

2. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Nancy Andrichi.

Brasília-DF, 4 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente e Relator.

Publicado no DJ 1.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de recurso especial manifestado por Expresso União Ltda, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por maioria, deu parcial provimento à apelação da ora recorrente e à remessa oficial, interpostas nos autos de ação

mandamental impetrada por Real Expresso Ltda, objetivando exigir do Secretário de Produção do Ministério dos Transportes providências no sentido de coibir o exercício irregular e clandestino de transporte de passageiros ligando Santo Antônio do Descoberto-GO a Guarulhos-SP, praticado pela Expresso União Ltda.

O v. acórdão recorrido afastou as preliminares de incompetência da Justiça Federal, extinção do direito de requerer o mandado de segurança; de ausência de direito líquido e certo; e de inadequação da via eleita. No mérito, declarou que a Impetrante tem legítimo interesse de denunciar e impugnar empresas que exercem a mesma atividade sem permissão, e de exigir providências no sentido de coibir tal exercício, principalmente quando há superposição de linha, como na hipótese dos autos. Ao final, excluiu a condenação em honorários de advogado nos termos da Súmula n. 512-STF.

Sustentando que o mandado de segurança só se presta para proteger direito subjetivo e, não, mero interesse, como é o caso dos Autores, alega a ora recorrente ter o v. acórdão afrontado os arts. 1^o da Lei n. 1.533/1951 e 94 do Decreto n. 952/1993, bem como divergido de julgado do STF.

Contra-razões às fls. 470/488 (Real Expresso) e 561/564 (União).

Admitido o recurso no Tribunal **a quo**, subiram os autos a esta egrégia Corte, de onde vieram a mim conclusos.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Administrativo. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Transporte interestadual de passageiros. Superposição de linha. Exercício ilegal por concorrente. Direito de denúncia.

Empresa permissionária de transporte interestadual de passageiros tem o direito, e não mero interesse reflexo, de denunciar à autoridade competente concorrência desleal e clandestina praticada por outra empresa que, sem dispor de permissão ou autorização, explora trecho superposto à linha de transporte por ela regularmente coberto.

Recurso ordinário improvido.

O acórdão recorrido está assim ementado:

“Administrativo. Mandado de segurança. Exploração de linha de transporte de passageiros. Legítimo interesse de empresa concorrente para denunciar e exigir da autoridade competente providências no sentido de coibir o exercício ilegal de transporte de passageiros. Segurança deferida. Honorários. Súmula n. 512 do Supremo Tribunal Federal.

1. Empresa que explora legalmente linha de transporte de passageiros tem legitimidade ativa para denunciar e exigir de autoridade competente providências no sentido de coibir o exercício irregular e clandestino de transporte de passageiro, principalmente quando há superposição de linhas.

2. Recurso e remessa parcialmente providos apenas para excluir da sentença a condenação em honorários de advogado (Súmula n. 512-STF).

3. Sentença parcialmente reformada.” (fl. 236).

Contra essa decisão a recorrente, Expresso União Ltda, manifesta o presente recurso especial pelos permissivos **a** e **c**, alegando contrariedade aos arts. 1^a da Lei n. 1.533/1951, e 94 do Decreto n. 952/1993, bem como divergência com decisão do STF indicada como paradigma, sustentando, em resumo, que as Recorridas não têm direito subjetivo, mas apenas mero interesse que não cabe ser protegido por mandado de segurança, e, além disso, não têm exclusividade na exploração da linha de transporte objeto da impetração.

Vejamos, porém, o voto-condutor, da lavra do ilustre Juiz Plauto Ribeiro que, após acompanhar o Relator quanto à rejeição das preliminares, assim se pronunciou sobre o mérito:

“Todavia, no que toca ao mérito, com a devida vênia, não posso concordar com S. Ex.^a, uma vez que ficou bastante claro em seu voto que a recorrente, Expresso União Ltda, na verdade, não tem permissão para explorar a linha de transporte de passageiros interestadual, ligando Santo Antônio do Descoberto, Estado de Goiás, a Guarulhos, Estado de São Paulo, ou seja, está, clandestinamente, praticando o exercício ilegal de transporte de passageiros.

Outra banda, também ficou claro, no voto de S. Ex.^a, que as recorridas, Rápido Federal Viação Ltda e Real Expresso Ltda, exploram regularmente e legalmente a linha rodoviária interestadual Brasília, Distrito Federal, a São Paulo, Estado de São Paulo.

Deste modo, diante destes fatos, que são incontroversos, resta saber apenas se as Impetrantes, ora recorridas, têm legitimidade ativa para denunciar e impugnar o exercício irregular de transporte de passageiros praticado pelo litisconsorte passivo necessário, Expresso União Ltda, ora recorrente, no aludido trecho Santo Antônio do Descoberto-GO/Guarulhos-SP.

A meu sentir, com a devida vênia do ilustre Relator, penso que sim, pois se elas exploram, com permissão, regular e legalmente, uma linha de transporte de passageiros, têm, sim, interesse legítimo de denunciar e impugnar empresas que exercem a mesma atividade, sem permissão – logo, clandestina e ilegalmente – principalmente quando há superposição de linhas, como é a hipótese. Ouvei da tribuna e corrija-me, se ouvi mal, que a Apelante, vindo de Santo Antônio do Descoberto-GO, mantém até guichê em Brasília, por onde necessariamente passa, vendendo passagens para São Paulo, por onde necessariamente passa, para alcançar a cidade de Guarulhos, Estado de São Paulo.

Logo, sem receio de errar, penso que as Impetrantes, ora recorridas, têm legítimo interesse de exigir da autoridade impetrada – Secretário de Produção do Ministério dos Transportes – providências no sentido de coibir o exercício de atividade ilegal praticada pela litisconsorte passiva, Expresso União Ltda, ora apelante.

Pelo exposto, pedindo vênia ao ilustre Relator, dou provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para excluir da sentença, nos termos da Súmula n. 512 do Supremo Tribunal Federal, a condenação em honorários de advogado, mantendo-a quanto ao mais.” (fls. 227/228).

Do voto convergente do ilustre Juiz Catão Alves extraio os seguintes trechos esclarecedores:

“Ora, a Apelante não tem concessão, nem permissão para trafejar no trecho explorado. Portanto, está caracterizado o que ficou, reiteradamente, consagrado na jurisprudência da Primeira Seção deste Tribunal: linha pirata” (fl. 229).

“... as Apeladas são detentoras da exploração da linha São Paulo/Brasília...” (...) “... a maioria do trecho que está sendo explorado pela Apelante é trecho que legalmente cabe às Apeladas explorar. Logo, há, sem dúvida, superposição.” (...) “É evidente, e o advogado bem disse da tribuna, que elas não têm exclusividade na exploração desse trecho. Contudo, têm não só o interesse, mas, também, o direito a uma concorrência legal.” (...) “Nessa ordem de idéias, como entender que as Apeladas não teriam interesse, nem direito e que aquele seria meramente reflexo? Há, inclusive, interesse econômico porque, havendo concorrência irregular, o faturamento das Apeladas, que têm exploração regular, diminui, e nós sabemos que as tarifas desses transportes são feitas através de estudos em relação à demanda de passageiros.” (fls. 229/230).

Diante dessas evidências, como dizer-se que as Impetrantes, ora recorridas, não têm direito subjetivo, mas, mero interesse reflexo? Penso que elas têm não só direito, mas, até mesmo, o dever de denunciar a concorrência desleal praticada pela Recorrente que sequer tem permissão para explorar o trecho superposto da linha de transporte por elas regularmente coberto. E é nisso que se encerra o acórdão recorrido, isto é, no direito que elas têm de denunciar a irregularidade à autoridade competente a quem incumbe tomar as providências necessárias para coibi-la. Pouco importa que as Recorridas não tenham exclusividade da exploração da referida linha de transporte; porém, o fato é que a exploram de forma regular, por força do art. 94 do Decreto n. 952/1993 invocado pela Recorrente. Caso a Recorrente pretendesse explorar, se possível, esse trecho, deveria socorrer-se dos meios legais, a fim de obter permissão ou autorização e não o fazer de forma clandestina e ilegal.

Em face do exposto, mantenho o acórdão recorrido que, por seus jurídicos fundamentos, dispensa maiores acréscimos, negando provimento ao recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 187.886 – SP

(Registro n. 98.0066117-4)

Relator: Ministro Franciulli Netto

Recorrente: Município de São Paulo

Advogado: João Baptista Campi
Recorrida: Tradecom – Corretora de Mercadorias Ltda
Advogados: Benedicto Celso Benício e outros

EMENTA: Recurso especial (art. 105, III, letras a e c, CR) – Não admissão pela Presidência do Tribunal de origem pela alínea a – Alegação da Recorrida no sentido de inépcia da petição de recurso e ausência de prequestionamento – Não ocorrência – Afastada a não admissão do recurso pela alínea a, fica conhecido o especial – Aplicação da Súmula n. 528 da Corte Máxima – Tributário – ISS – Empresas que atuam como corretoras de mercadorias junto à Bolsa de Mercadorias & Futuros – Relação com os clientes que encerra verdadeira intermediação e corretagem – Incidência.

– Conquanto nas razões do especial a Municipalidade de São Paulo tenha reproduzido trechos do v. acórdão atacado, o certo é que fundamentou seu **petitum** no sentido da reforma do mencionado julgado, razão por que não há falar em inépcia da petição de recurso.

– A admissão parcial do recurso especial pela Presidência do Tribunal de origem, não limita seu amplo conhecimento por este Superior Tribunal de Justiça (cf. RSTJ n. 40/363, Relator Ministro Cláudio Santos). Aliás, tal entendimento está em harmonia com a jurisprudência da Corte Máxima ao assentar “se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.” (Súmula n. 528).

– Nas atividades exercidas pelas corretoras de mercadorias junto à Bolsa, ocorre a hipótese de incidência prevista no item 50 da Lista de Serviços editada pela Lei Complementar n. 56/1987, ao estabelecer: “agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis e imóveis não abrangidos nos itens 45, 46, 47 e 48”.

– Conquanto haja uma certa correlação entre os itens 46 e 50 da Lista de Serviços da Lei Complementar n. 56/1987, o certo é que, naquele, a intermediação e corretagem diz respeito a títulos, enquanto neste cuida-se de mercadorias. No item 46 há exceção da hipótese de incidência do tributo municipal aos serviços prestados por

instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, o que não é o caso da ora recorrida, seja porque intermedeia mercadorias, seja porque as sociedades corretoras que dependem de autorização da instituição bancária são as que operam em Bolsa de Valores.

– Recurso especial conhecido e provido, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 8 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto pela Prefeitura do Município de São Paulo contra Tradecom – Corretora de Mercadorias Ltda, com supedâneo no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição da República.

Impende dos autos que a ora recorrida ajuizou ação declaratória, precedida de medida cautelar, tendo por objeto o reconhecimento de inexistência de relação jurídica com a Recorrente, desobrigando-a de recolher o Imposto sobre Serviços – ISS, visto que é uma sociedade de “intermediação e corretagem na compra e venda de mercadoria no mercado a termo e no disponível em Bolsas de Mercadorias no País e no exterior e na corretagem da comercialização atacadista de resíduos **in natura** e beneficiários (...)” (cf. cláusula 3ª – fl. 15).

A r. sentença de 1ª grau julgou improcedentes os pedidos na cautelar e na ação declaratória (fls. 104/111).

Em vista disso, a ora recorrida ajuizou apelação que, pelo v. acórdão oriundo do colendo 1ª Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, foi dado provimento ao recurso, asseverando que as operações realizadas pela Corretora não se circunscrevem àquelas que tenham por fato gerador a intermediação ou o agenciamento de bens móveis (fls. 143/145).

Dado esse desate, veio a lume o presente recurso especial fulcrado na vulneração do artigo 8º do Decreto n. 406/1968, no item 50 da Lei Complementar n. 56/1987. Aduz, também, dissonância do v. acórdão atacado, em confronto com o posicionamento adotado pela Corte Máxima e por este Sodalício ao tratar da matéria.

Apresentadas as contra-razões, a Recorrida argüiu preliminar de inépcia da inicial, ante a falha na fundamentação do recurso por ausentes as razões e o pedido de reforma do **decisum**. Argumenta, também, com a falta do necessário prequestionamento e, bem assim, a não comprovação do dissídio exigido pela alínea c do mandamento constitucional.

A Corte **a quo** não admitiu o especial com fundamento na negativa de vigência ou contrariedade à lei federal e deferiu caminhada ao recurso pela alínea c do permissivo constitucional.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Antes de penetrar no busílis da questão, é de todo oportuno enfrentar a preliminar argüida pela Recorrida ao asseverar que não existem razões recursais e, bem assim, pedido de reforma do **decisum**, razão por que a pretensão sequer merece conhecimento.

Conquanto nas razões do especial a Municipalidade de São Paulo tenha reproduzido trechos do v. acórdão atacado, o certo é que fundamentou seu **petitum** no sentido da reforma do mencionado julgado, pois afirma que o “v. aresto se assentou em premissas inexatas, para atingir conclusão incorreta, **data venia**. A Recorrida não integra o Sistema Nacional de Distribuição de Títulos Mobiliários: esta atividade é privativa da Bolsa de Valores Mobiliários, não se confundindo com a da Bolsa de Mercadorias e, para operar junto a esta não necessita de qualquer autorização do Banco

Central” (fls. 159/160). Além do mais, trouxe à colação vv. arestos deste Sodalício e da Corte Máxima, com o fito de comprovar que o Tribunal de origem apreciou a lei federal em dissonância com outros tribunais, nos moldes, aliás exigidos, pela alínea **c** do mandamento constitucional.

Assim, pois, inexistentes as pechas apontadas pela ora recorrida, ficando, por conseguinte, rejeitada a preliminar de inépcia da petição recursal.

Colocada essa premissa, denota-se que o recurso especial não foi admitido pelo Tribunal **a quo** no tocante à letra **a** do mandamento constitucional, sob o fundamento de que o artigo 1.479 do Código Civil, ventilado nas razões recursais, padece do necessário questionamento prévio. Além disso, também, reconheceu que o v. acórdão atacado deu a correta interpretação ao comando inserto no artigo 8^a do Decreto-Lei n. 406/1968 e, de igual forma, ao disposto no item 50 da Lei Complementar n. 56/1987. Assim, repita-se uma vez mais, o recurso especial somente teve caminhada com fundamento no artigo 105, inciso III, letra **c**, da Constituição da República.

Antes da análise da ocorrência ou não, do necessário dissenso pretoriano, há que observar se em verdade não merece o recurso especial caminhada pela negativa de vigência e contrariedade à lei federal (cf. art. 105, III, **a**, CR).

Sabem-no todos, ocioso lembrar, que a admissão parcial do recurso especial pela Presidência do Tribunal de origem, não limita seu amplo conhecimento por este Superior Tribunal de Justiça (cf. RSTJ n. 40/363, Relator Ministro Cláudio Santos). Esta interpretação aliás, está em harmonia com a jurisprudência da Corte Máxima que já se encontra sedimentada por meio das Súmulas n. 292 e 528, sobretudo da última, cujo teor assim está deduzido:

“Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal **a quo**, de recurso extraordinário que sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.”

Assim sendo, percebe-se que conquanto o recurso não tenha sido admitido com fundamento na ausência de prequestionamento do artigo 1.479 do Código Civil, o certo é que a Municipalidade de São Paulo não fundou suas razões na negativa de vigência ou contrariedade do dispositivo legal em

comento, já que não é o tema objeto da demanda. Ao contrário, tão-só procurou demonstrar que na ocasião da liquidação do contrato, os bens objeto da intermediação deverão existir a fim de que o comprador pudesse optar pela compra física do bem ou pela diferença dos valores da mercadoria, pois, se não observada a regra, além de o contrato não ser exigível, poderia equipará-lo ao jogo. Adicione-se, ainda, a assertiva de que a “prestação de serviços pela corretora a seus clientes, mediante remuneração (e sobre a qual se exige o Imposto sobre Serviços), constitui o fato gerador deste tributo, conforme o art. 8º do Decreto-Lei n. 406/1968, sendo, em consequência, a Recorrida contribuinte do imposto e existindo relação jurídico-tributária, que se pretende negar” (fl. 161), consiste no cerne da questão trazida para debate.

Posto isso, conheço do presente recurso especial ajuizado com suporte na alínea **a** do mandamento supremo, afastando a sua não admissão, reconhecida pela Corte de origem.

Desta feita, há que averiguar se o v. acórdão impugnado acabou por malferir o disposto no artigo 8º do Decreto-Lei n. 406/1968. O referido dispositivo prevê:

“O imposto de competência dos municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante na lista anexa.”

Emerge do contrato social da Recorrida, em sua cláusula terceira que: “A sociedade terá por objetivo a intermediação e corretagem na compra e venda de mercadorias, no mercado a termo e no disponível em Bolsas de Mercadorias no País e no exterior e na corretagem da comercialização atacadista de resíduos **in natura** e beneficiários, bem como a participação em outras empresas, na qualidade de quotista e acionista”. (fl. 15).

Assim, colocada a questão nestes termos, necessário se faz perquirir se a atividade desenvolvida pela Recorrida consiste em agenciamento, corretagem ou intermediação a autorizar a cobrança do tributo pelo Município de São Paulo.

Afirma a Recorrida que é empresa dedicada à operação de corretagem de títulos e valores mobiliários, exercitando suas atividades por meio de contratos (fl. 3).

Sérgio Pinto Martins, ao dissertar acerca do item 50 da Lei Complementar n. 56, de 15.12.1987, preleciona que “o agenciador é a pessoa que agencia ou encaminha negócios para outrem. Pode trabalhar por conta própria ou por conta de terceiro, de acordo com as instruções expendidas pelo proponente. Não deixa de ser um procurador de negócios alheios. O agenciamento corresponde também ao ato de negociar, de procurar, de solicitar. Não se confunde o agenciamento com a representação. No agenciamento, o agente atua em nome próprio. Na representação, o representante age em nome de outrem, embora haja intermediação nas duas espécies, em que os interessados são aproximados. O agenciamento é contrato em que uma pessoa se obriga para com outra, mediante remuneração, a efetuar determinado serviço, agindo em nome próprio. O agente exerce atividade com habitualidade e autonomia. O agenciamento, muitas vezes, é feito numa certa zona delimitada e até com exclusividade. Os agentes não se confundem com os viajantes ou praticistas, que, quando estão subordinados, são empregados e estão protegidos pelas determinações da Lei n. 3.207, de 18.7.1957, que regulamenta as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas.

A corretagem é a função do corretor que se interpõe entre duas ou mais pessoas, aproximando-se para realizar uma certa operação ou negócio, recebendo o corretor uma porcentagem sobre o referido negócio.

O termo “intermediário” provém do Latim **intermedius** (interposto, intercalado). É aquele que intermedeia os negócios aproximando os interessados, que são duas ou mais pessoas, para sua realização. Não se confunde com o mandatário, pois não contrata nem conclui negócio para outrem, apenas o encaminha, para que as partes procedam ao ajuste definitivo, não representa nem substitui aquele que procura o negócio. Não é parte no negócio, apenas aproxima as partes para que se ajustem, oferecendo assistência.” (cf. Manual do ISS, 2ª edição, atualizada, revista e ampliada, Malheiros Editores, p.p. 139/140).

A Bolsa de Mercadorias & Futuros é uma associação civil, sem finalidade lucrativa, cujo objetivo maior é organizar, operacionalizar e desenvolver um mercado de derivativos livre e transparente, ou, em outras palavras, é uma instituição cuja função central consiste em prover um lugar adequado para abrigar um mercado aberto e ordenado para a negociação diária de contratos futuros de *commodities*.

Os negócios jurídicos se efetivam na Bolsa de Mercadorias & Futuros por intermédio de corretoras de mercadorias que “deverão celebrar com seus

clientes um contrato de intermediação, contendo, no mínimo, as condições estabelecidas pela Bolsa, ... *omissis* ..." (cf. art. 4^a do Regulamento de Operações na Bolsa de Mercadorias & Futuros).

Em razão da operação em pregão há um custo de intermediação fixado pela Bolsa, isto é, as corretoras de mercadorias cobram uma taxa de corretagem fixada pela própria Bolsa de Mercadorias & Futuros.

Infere-se daí que, conquanto as corretoras de mercadorias não aproximem as partes fisicamente, inegavelmente ocorre na transação firmada na Bolsa uma intermediação e corretagem.

Para bem demonstrar essa assertiva, cumpre trazer à colação trecho do r. voto-vista do ilustre Ministro Ari Pargendler, quando do julgamento do REsp n. 61.228-SP, in DJ de 30.9.1996, cujo relator foi o não menos ilustre Ministro Peçanha Martins:

"A Bolsa de Mercadorias & Futuros – BM&F tem por objeto social, nos termos do artigo 2^a dos respectivos estatutos sociais, aprovados pela 15^a Assembléia-Geral Extraordinária, realizada em 9 de maio de 1991, e registrados em microfilme, sob o n. 164.434/1991, no 3^a Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de São Paulo:

I – organizar, prover o funcionamento e desenvolver um mercado, livre e aberto, para negociação de mercadorias e ativos financeiros nos mercados disponíveis e de liquidação futura;

II – propugnar pelo desenvolvimento da produção e da comercialização dos produtos relacionados aos contratos nela operados e pelo aprimoramento e pelo desenvolvimento dos mercados à vista e de liquidação futura de tais produtos."

Quase todos os demais itens do seu objeto social dizem respeito ao desenvolvimento dessas duas finalidades: a de manter em funcionamento um mercado para a negociação de mercadorias e ativos financeiros, bem assim a de colaborar no desenvolvimento da produção e comercialização de produtos agrícolas negociados nesse mercado.

O fato de que a maior parte dos negócios sejam ajustados para liquidação futura, e de que visem à proteção das partes (*hedge*) ou à especulação sobre preços e produtos agrícolas, resolvendo-se, no mais das vezes, financeiramente, sem a entrega *in natura*, não descaracteriza os contratos, sempre celebrados por, no mínimo, duas partes, mediante

a intermediação de um corretor, e tendo como objeto a compra e venda de produtos agrícolas; a aproximação e conhecimento físico dos contratantes, nada tem a ver com a intermediação, a qual se completa pela realização do negócio, tenham ou não as partes contactado pessoalmente.

A segunda está, desde logo, prejudicada pelo reconhecimento de que a Bolsa de Mercadorias & Futuros é um mercado para negociação de mercadorias e ativos financeiros, obviamente instrumentalizada por contratos, nas suas mais diversas modalidades, inclusive os de cessões ou transferências.”

Daí deflui que os negócios realizados pela ora recorrida se amoldam à hipótese de incidência prevista no item 50 da Lista de Serviços editada pela Lei Complementar n. 56/1987, ao estabelecer: “agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis e imóveis não abrangidos nos itens 45, 46, 47 e 48”.

É que, em verdade, a atividade da Recorrida como corretora de mercadorias, consoante já assinalado, consubstancia intermediação ou corretagem. Aliás, ensina **Walter Gaspar** ao discorrer sobre o aludido item 50, que “qualquer tipo de corretagem pode ser aqui enquadrada” (cf. ISS – Teoria e Prática, 2ª edição revista e atualizada, Editora Lumen Juris, p. 226).

Para bem evidenciar que nas atividades da Recorrida incide o ISS, é curial, uma vez mais, reproduzir o pronunciamento do ilustre Ministro Ari Pargendler no REsp n. 61.228-SP:

“Os contratos e os títulos são espécies diferentes de negócios; estes unilaterais, aqueles bilaterais.

No magistério de **Pontes de Miranda**, ‘a diferença entre o negócio jurídico unilateral e o contrato é que aquele se basta (subscrição do título, promessa) e nesse se faz necessária a vontade de outrem que aceite a oferta’ (Tratado de Direito Privado, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, Tomo XXXII, p. 136).

Quando as partes ajustam a compra e venda de mercadorias, ou a cessão dessa avença, tem-se, respectivamente, um contrato e uma cessão de contrato – nunca um título ou uma transferência de título.

‘A expressão ‘venda de contratos’, utilizada nos mercados futuros,’ – escreveu **Nelson Eizirik** (Aspectos Jurídicos dos Mercados Futuros, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e

Financeiro n. 81, p. 27) – ‘significa precisamente a possibilidade, sempre existente, de reversão de posições. Juridicamente, estamos diante do instituto da cessão de contratos, regulado pelo Código Civil Italiano (arts. 1.406 e 1.410) e que vem sendo admitido na doutrina pátria’ (**Dimas de Oliveira César**, Estudo sobre a Cessão de Contrato, São Paulo, Ed. RT, 1954). No mesmo sentido, **Luiz Gastão Paes de Barros Leães** (Liquidação Compulsória de Contratos Futuros, in Revista dos Tribunais, vol. 675, p. 47).

A hipótese, portanto, é aquela prevista no artigo 50 da Lista de Serviços editada pela Lei Complementar n. 56, de 1987, **in verbis**:

‘Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens *móveis* e imóveis não abrangidos nos itens 45, 46, 47 e 48.’”

É de rigor, também, asseverar que a colenda Primeira Turma deste Sodalício, ao apreciar o mesmo tema envolvendo as mesmas partes, já nos idos de 1998, assim se pronunciou, consoante se pode verificar de v. aresto da lavra do ilustre Ministro Garcia Vieira, assim ementado:

“ISS. Intermediação na compra e venda de títulos representativos de bens móveis.

Não se confunde a intermediação de títulos e valores mobiliários com a intermediação de títulos representativos de bens móveis, comercializados nas bolsas de mercadorias, sujeita ao ISS.

Recurso provido.” (cf. REsp n. 152.876-SP, in DJ de 8.6.1998).

Nessa linha de raciocínio, podem ser lembrados, entre outros, inúmeros vv. arestos deste Sodalício: REsp n. 237.165-SP e 241.895-SP, ambos relatados pelo Ministro José Delgado, respectivamente, in DJ de 27.3.2000 e 22.3.1999; REsp n. 196.886-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, in DJ de 1.7.1999 e REsp n. 178.068-SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, in DJ de 10.5.1999.

Ad argumentandum tantum e somente **ad argumentandum tantum**, e com o escopo de que não padeça qualquer dúvida, é curial observar que, embora haja uma certa correlação entre os itens 46 e 50 da Lista de Serviços, o certo é que, naquele, a intermediação e corretagem diz respeito a títulos, enquanto neste cuida-se de mercadorias. Além desta particularidade, há no item 46 exceção da hipótese de incidência do tributo municipal aos serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central

do Brasil, o que não é o caso da ora recorrida, seja porque intermedeia mercadorias, seja porque as sociedades corretoras que dependem de autorização da instituição bancária são as que operam em Bolsa de Valores.

Assim, pois, conheço do recurso especial com suporte no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Carta Política, e lhe dou provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 200.670 – RJ

(Registro n. 99.0002569-5)

Relator: Ministro Franciulli Netto
Recorrente: Maia Consultoria Ltda
Advogados: Carla Theophilo de Sabóia e outros
Recorrido: Município do Rio de Janeiro
Advogado: José Roberto de Macedo Soares

EMENTA: Processo Civil – Depósito judicial para suspensão da exigibilidade de crédito decorrente da cobrança de ISS – Lei municipal remetindo os créditos – Levantamento da quantia deferida – Valor levantado inferior em razão de não ter sido utilizado o índice correto pela instituição financeira – Pretendido recebimento da diferença – Indeferimento – Agravo de instrumento – Não provimento sob a assertiva de que o tema deverá ser discutido em ação própria – Recurso especial (art. 105, III, letra c, CR).

– A instituição financeira figura como depositária judicial e, como tal, como órgão auxiliar da Justiça, até porque “o depositário não é parte no processo principal, é um auxiliar do juízo que, tendo aceito a sua condição e se beneficiado da disposição do numerário, durante o tempo que lhe foi confiado (tanto que tais depósitos são disputados no mercado), deve atender às determinações judiciais”. (cf. REsp n. 60.665-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJ de 2.10.1995).

– A responsabilidade da entidade bancária para pagamento da correção monetária é matéria que não mais oferece grandes discussões, visto que a Súmula n. 179 estabelece: “O estabelecimento

de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos”.

– O índice a ser aplicado será o indicado pelo juiz da execução, nos próprios autos, sem a necessidade de a parte-credora socorrer-se das vias ordinárias para, por ação própria, alcançar tal direito.

– Recurso especial conhecido e provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Brasília-DF, 3 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Franciulli Netto, Relator.

Publicado no DJ de 4.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Trata-se de recurso especial interposto por Maia Consultoria Ltda, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Política, tendo por objeto desconstituir v. julgado oriundo do colendo Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro.

Aduz, em apertada síntese, que em vista de estar discutindo a legitimidade da cobrança de Imposto sobre Serviços – ISS com a Municipalidade do Rio de Janeiro, ajuizou medida cautelar e obteve liminar em 1ª grau de jurisdição para suspender a exigibilidade de créditos tributários decorrentes da cobrança do referido tributo. Diante disso, depositou as quantias questionadas junto ao Banco do Estado do Rio de Janeiro – Banerj, colocando-as à disposição do juízo. Ocorre, todavia, que sobreveio lei municipal remetindo os créditos objeto da controvérsia, razão por que a ora recorrente

postulou a desistência da ação com o conseqüente levantamento do depósito efetivado. Acolhido o pleito, ao providenciar o recolhimento da quantia que lhe era devida, observou que a aludida instituição bancária não utilizou os índices corretos para remunerar o montante depositado.

Diante desse desate, pleitou ao Juízo de 1ª grau, cuja ordem se encontrava depositado o valor, fosse determinado o pagamento da diferença. Não acolhida a pretensão deduzida, foi interposto agravo de instrumento.

A colenda Corte de origem, ao apreciar o recurso de agravo, por maioria de votos, negou-lhe provimento, asseverando que a discussão trazida é estranha aos autos, por estabelecida entre a então agravante e o Banco-depositário, enquanto a ação primitiva fora ajuizada contra a Prefeitura do Rio de Janeiro. Assim sendo, o v. acórdão decidiu no sentido de que a controvérsia seja dirimida em ação própria (fls. 145/147).

Inconformada a ora recorrente opôs embargos de declaração, sob o argumento da ocorrência de omissão, que foram devidamente rejeitados (fl. 154).

Ainda irresignada, em longo arrazoado, ajuizou o presente recurso especial, alegando violação a dispositivos de lei federal. Com o fito de demonstrar a divergência jurisprudencial, trouxe à colação julgados do colendo 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo e deste Sodalício (fls. 157/173).

Após a Municipalidade do Rio de Janeiro ter manifestado seu desinteresse no desfecho do presente recurso (fls. 194/195), a Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo chamamento do Banco Estadual para respondê-lo (fl. 196v.), o que foi indeferido (fl. 197).

O douto Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em seu r. parecer, manifestou-se no sentido da não admissão do recurso especial (fls. 198/199).

O colendo Tribunal **a quo** não admitiu o recurso especial pela letra **a**, admitindo-o, entretanto, no tocante à letra **c**, entendendo demonstrada a divergência jurisprudencial (fls. 201/202).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto (Relator): Cifra-se o controvérsia em

averiguar se o colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, ao julgar por maioria de votos agravo de instrumento, acabou por interpretar lei federal de maneira dissonante à dada por outra Corte, visto que determinou que a Recorrente ajuizasse ação própria para compelir o Banco-depositário a pagar eventual diferença não considerada no período em que a quantia ficou à disposição do Juízo.

O v. acórdão impugnado está ementado nos seguintes termos:

“Agravo. Cobrança de eventual diferença entre o que o Banco-depositário pagou, e o que deveria ter sido pago.

Pedido feito em processo *findo*. Descabimento do pedido, o qual deverá ser formulado em ação própria.

Desprovimento do recurso.” (fl. 145).

Trazendo para os autos vv. arestos do colendo Tribunal de Alçada de São Paulo e desta Corte Superior, em verdade, a Recorrente demonstrou o conflito jurisprudencial, consoante exigem os comandos insertos nos artigos 541 do estatuto processual civil e 255 do Regimento Interno deste Sodalício.

Diante dessa circunstância, sobreleva notar que a relação de crédito e débito envolveu a Recorrente e a Municipalidade do Rio de Janeiro, tendo em vista ter sido ajuizada medida cautelar, cujo objeto era obstar a exigência de créditos decorrentes da cobrança de ISS, em favor da ora recorrida.

A instituição financeira, Banerj, nos autos em questão figurou como depositária judicial e, como tal, como órgão auxiliar da Justiça, até porque “o depositário não é parte no processo principal, é um auxiliar do juízo que, tendo aceito a sua condição e se beneficiado da disposição do numerário, durante o tempo que lhe foi confiado (tanto que tais depósitos são disputados no mercado), deve atender às determinações judiciais.” (cf. REsp n. 60.665-SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJ de 2.10.1995).

Colocada essa premissa, é curial observar que a responsabilidade da entidade bancária para pagamento da correção monetária é matéria que não mais oferece grandes discussões, pois já se encontra sedimentada por meio da Súmula n. 179 deste Sodalício, ao dispor que:

“O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.”

Deflui dos autos que a obrigação que sobre o estabelecimento bancário recaía era aquela disciplinada pelos Provimentos n. 2/1991 e 6/1993, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro e que, segundo afirmou a Recorrente, não teriam sido observados.

Em verdade, é elementar que, com supedâneo nos provimentos acima, caberá ao juízo de 1ª grau que determinou o depósito das quantias, decidir acerca da aplicação do índice correto. Entretanto, não há necessidade de a parte credora ingressar com ação específica para tanto.

Aliás, a fim de espancar qualquer dúvida acerca do tema, é de bom conselho trazer à balha o recente posicionamento adotado pela egrégia Primeira Seção desta Corte Superior no REsp n. 122.745-SP, relatado pelo ilustre Ministro José Delgado, *in* DJ de 26.6.2000, cuja ementa está vazada da seguinte forma:

“Processual Civil. Depósito judicial. Correção monetária. Bancos.

1. De acordo com a Súmula n. 179 deste STJ, o estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

2. O percentual a ser aplicado será o indicado pelo juiz da execução, nos próprios autos, sem a necessidade da parte-credora socorrer-se das vias ordinárias para, por ação própria, alcançar tal direito.

3. Relação de depositário judicial do banco com o juízo.

4. Embargos acolhidos.”

Na linha de raciocínio do entendimento acima esposado, é torrencial o posicionamento desta Corte Superior, podendo ser lembrados, entre outros, os seguintes julgados: REsp n. 169.558-SP, Relator Ministro José Delgado, *in* DJ de 31.5.1999; REsp n. 172.017-SP, Relator Ministro Hélio Mosimann, *in* DJ de 12.4.1999 e REsp n. 53.644-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* DJ de 5.5.1997.

Este Relator outrora perfilhava a tese abrigada pelo egrégio Tribunal de origem, no sentido de ser necessária ação própria. Todavia, curva-se à jurisprudência predominante deste colendo Tribunal, por entendê-la mais consentânea com os princípios gerais de processo, notadamente os da celeridade e da economia processual.

Desta forma, inegável que compete à instituição bancária detentora do depósito judicial proceder à correção dos valores recolhidos, tendo em vista a finalidade de resguardá-los da desvalorização. Entretanto, se tal providência não foi observada pelo Banco, desnecessário o ajuizamento de ação própria para discussão da controvérsia, que poderá ser deslindada nos presentes autos.

Pelo que precede, conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e lhe dou provimento, a fim de que o Banco-depositário responda pela correção monetária incidente sobre as quantias depositadas, segundo os índices indicados pelo juízo de 1ª grau, sem a necessidade de a credora ingressar com ação própria para tal finalidade.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 230.197 – MA

(Registro n. 99.0082405-9)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrente: José de Ribamar Silva Moraes Filho
Advogado: Clineu César Coelho
Recorrida: Câmara Municipal de Bom Jesus das Selvas
Advogado: Carlos Sérgio de Carvalho Barros

EMENTA: Administrativo – Processual Civil – Afastamento – Prefeito – Decreto-Lei n. 201/1967 – Recurso especial fundamentado nas alíneas a, b e c do permissivo constitucional – Não conhecimento.

1. Inexistência de argumentação quanto ao cabimento do recurso pela alínea b. Não demonstração de ter o acórdão recorrido julgado válido qualquer ato de governo local contestado em face de lei federal.

2. Divergência jurisprudencial não comprovada, pois desatendidos os requisitos do artigo 255 do RISTJ.

3. Ausência de fundamentação quanto à alegação de violação à lei federal.

4. Inobservância a dispositivo constitucional é tema insuscetível de ser apreciado em sede de recurso especial.

5. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrichi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

Brasília-DF, 15 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: O Recorrente, então Prefeito de Bom Jesus das Selvas, Estado do Maranhão, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato da Câmara Municipal, objetivando a declaração de nulidade do processo instaurado para a cassação de seu mandato.

Deferida a liminar, foi esta suspensa por decisão do Tribunal de Justiça daquela unidade federada (fls. 174/176).

A sentença, reconhecendo que o procedimento de afastamento do mandatário municipal encontrava-se eivado de irregularidades insanáveis, concedeu a segurança “para o efeito de declarar a nulidade do procedimento administrativo adotado pela Câmara Municipal de Bom Jesus das Selvas, através de seu Presidente, e via de consequência, seu arquivamento com suporte no artigo 5^a, inciso XXXV, da Constituição Federal, e artigo 7^a da Lei n. 1.533/1951” (fl. 190).

Os efeitos dessa decisão foram sustados por determinação do Tribunal Estadual, que deferiu pedido de suspensão de execução da sentença (fls. 199/201).

Interposta apelação, a sentença foi reformada, à unanimidade, em julgado que porta a seguinte ementa:

“Apelação cível. Mandado de segurança. Cassação de prefeito. Legitimidade passiva da Câmara Municipal. Aplicação do Decreto-Lei n. 201/1967. Inobservância de formalidade não sacrifica o processo administrativo quando suprível e dela não decorreu nenhum prejuízo à defesa.

Infrações político-administrativas: A Constituição Federal, ao outorgar competência aos municípios para definir as infrações político-administrativas não retirou a validade e eficácia do Decreto-Lei n. 201/1967, vez que o município pode adotá-la como aplicação subsidiária mormente quando remetido a esta lei pela própria legislação municipal competente.

Formalidade procedimental: Diante do caráter administrativo do processo de cassação do mandato de prefeito, a observância do procedimento adotado na lei de regência é necessária à sua validade não pode ser sacrificado por inobservância de alguma formalidade, principalmente quando suprível e dela não decorreu nenhum prejuízo à defesa e nem comprometeu a finalidade para a qual foi instaurado.

Apelação provida, para reformar a decisão monocrática.” (fls. 291/298).

Contra tal decisão foram opostos embargos de declaração que restaram rejeitados em acórdão assim ementado:

“Embargos de declaração. Propósito infringente. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 535, incisos I e II, do CPC. Embargos rejeitados.

1. Os embargos de declaração têm os seus pressupostos definidos no art. 535 e seus incisos do CPC, prestando-se para expungir do julgamento obscuridade, contradição ou omissão.

2. É incabível, nos declaratórios, reexame da matéria sobre a qual já houve pronunciamento definitivo do egrégio Tribunal.” (fl. 324).

Daí o presente recurso especial, calcado nas alíneas **a**, **b** e **c**, do permissivo constitucional, onde o ora recorrente alega violação aos artigos 1^o,

4^a e 5^a do Decreto-Lei n. 201/1967, bem como dissídio jurisprudencial com julgados deste Tribunal.

O especial foi contra-arrazoado (fls. 357/362), tendo recebido positivo juízo de admissibilidade (fls. 370/375).

Oficiando no feito, manifestou-se a Subprocuradoria Geral da República, pelo não conhecimento do recurso, ou, caso conhecido, por seu improvimento (fls. 382/386).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Ressalto, inicialmente, que a pretensão não merece ser conhecida pelo fundamento da letra **b**, tendo em vista que o acórdão recorrido não julgou válido qualquer ato de governo local contestado em face de lei federal, não tendo o ora recorrente desenvolvido argumentação com referência ao cabimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

Igualmente, afasto o conhecimento do recurso pela alegada divergência jurisprudencial, pois claramente a petição do especial não preenche os requisitos previstos no artigo 255 do Regimento Interno desta Corte, tendo o Recorrente se limitado a citar a existência de julgados que entende dissidentes, não transcrevendo os trechos dos acórdãos que, em tese, configurariam o dissídio e tampouco efetuado o necessário cotejo analítico.

Ainda quanto ao dissídio, as razões do recurso especial referem que julgados de outros tribunais teriam dado interpretação diversa ao art. 4^o do Decreto-Lei n. 201/1967, não se apontando, contudo, nenhuma dessas decisões.

Melhor sorte não assiste ao Recorrente quanto à alegação de violação à lei federal, ante a manifesta ausência de fundamentação do recurso interposto.

Com referência aos demais artigos do Decreto-Lei n. 201/1967, constata-se que o Recorrente restringiu-se a afirmar que tais dispositivos teriam sido violados, sem, no entanto, indicar clara e precisamente em que teria consistido a apontada ofensa, o que faz incidir o óbice da Súmula n. 284 do STF.

De registrar que é manifestamente incabível o recurso quanto à suposta

violação ao art. 5º, LV, da Constituição, uma vez que se trata de tema insuscetível de ser apreciado em sede de apelo especial.

Resta apreciar a alegação de que os embargos declaratórios teriam sido indevidamente rejeitados.

Aduz o Recorrente que “aplicar efeito modificativo na decisão que aprecia embargos de declaração, **data venia**, não implica em ‘outro julgamento’, mas, sim, necessária e justa correção à equivocada decisão, objetivando atender aos ditames da boa justiça”, indicando, no ponto, paradigmas desta Corte.

No julgamento dos embargos, o acórdão hostilizado, ao contrário do alegado, decidiu a causa com estrita observância do regramento legal aplicável à espécie, valendo transcrever o seguinte trecho do voto-condutor.

“Como se vê dos autos, pretende o Embargante através deste recurso obter a reforma do julgamento, sob o argumento de que no processo de cassação não foi oportunizada a ampla defesa, ocorrendo a inversão de competência para julgamento dos ilícitos da Justiça, pela Câmara Municipal, bem como a falta de razões finais no processo político-administrativo.

Não merece prosperar a tese aventada pelo Recorrente.

Os embargos de declaração têm os seus pressupostos definidos no artigo 535 do CPC, prestando-se para expungir do julgamento obscuridade, contradição ou ainda para suprir omissão sobre ponto acerca do qual impunha-se pronunciamento pelo Tribunal.”

Tal entendimento guarda perfeita sintonia com a orientação jurisprudencial desta Corte, da qual é exemplo o seguinte julgado:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Pressupostos. Inexistência. Efeito infringente. Impossibilidade.

Segundo a moldura do cânon inscrito no art. 535 do CPC, os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual destinado a expungir do julgamento obscuridades ou contradições, ou ainda para suprir omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado, sob a alegação de existência de erro material inócurrenente na espécie.

Embargos rejeitados.” (EDcl no REsp n. 205.752-SP, Relator o Ministro Vicente Leal, DJU de 14.2.2000).

Por fim, a pretensão de modificar a decisão recorrida, como propugnado, implicaria no revolvimento de matéria fática, providência sabidamente incompatível com a via estreita do apelo especial (Súmula n. 7-STJ).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

RECURSO ESPECIAL N. 250.612 – DF

(Registro n. 2000.0021780-8)

Relator: Ministro Paulo Gallotti
Recorrentes: Antônia Elba de Andrade Arraes e outros
Advogados: Ivo Evangelista de Ávila e outros
Recorrida: Fazenda Nacional
Procuradores: Karla Osório Netto e outros

EMENTA: Tributário – Imposto de renda – Parcelas indenizatórias – Prescrição – Honorários.

1. O direito de pleitear a restituição esgota-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.

2. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado podem ser fixados em porcentagem inferior ao mínimo legal previsto no art. 20, § 3º, do CPC (REsp n. 206.322-DF, Relator o Ministro Garcia Vieira, DJU de 16.8.1999).

3. Precedentes.

4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrichi e Eliana Calmon. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 20 de junho de 2000 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Presidente.

Ministro Paulo Gallotti, Relator.

Publicado no DJ de 28.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão em que se reconheceu não haver a incidência de imposto de renda sobre parcelas indenizatórias recebidas pelos Recorrentes.

Pretendem eles, tão-somente, afastar a prescrição reconhecida e elevar o percentual relativo à verba honorária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Não merece acolhimento a irresignação.

Assinalo, por oportuno, que alguns dos Recorrentes não foram atingidos pela prescrição decretada, sequer tendo, portanto, interesse para postular a modificação do julgado nesse ponto.

De qualquer sorte, idênticos pedidos ao que é objeto do presente recurso já foram examinados por esta Corte, como se vê do REsp n. 206.322-DF, Relator o Ministro Garcia Vieira, DJU de 16.8.1999, constando do respectivo acórdão os fundamentos da improcedência do pleito, que adoto, como se destaca a seguir:

“Estabelece o artigo 168, inciso I, do CTN, que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos

contados, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165 do CTN, da data de extinção do crédito tributário. No caso concreto, a extinção do crédito ocorreu com a retenção na fonte do imposto de renda sobre as importâncias pagas aos autores da indenização correspondente às férias e licenças-prêmio não gozadas por necessidade do serviço. Como a presente ação foi ajuizada no dia 28 de março de 1996, estão prescritos todos os valores recolhidos até 28.3.1991. Também o artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 estabelece que as dívidas da Fazenda Pública, bem assim de todo e qualquer direito de ação contra ela, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram (retenção do IR na fonte).

Nesta parte, o recurso não prospera. É ele também improcedente no concernente aos honorários de advogado. Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários de advogado podem ser fixados em porcentagem inferior ao mínimo legal previsto pelo artigo 20, § 3º, não podendo o STJ, em recurso especial, alterar esta fixação porque foi ela estabelecida consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas **a**, **b** e **c** do § 3º, e sua revisão importaria exame de questões de fato, mas isso é vedado por nossa Súmula n. 7.”

Pelo exposto, não conheço do recurso.